



Mod. 22-0 (ricelco) (1988) - Cod. 007503

AMMINISTRAZIONE P.T

RICEVUTA

### Accettazione delle raccomandate

Da compilarsi a cura del mittente (Si prega di scrivere a macchina o in stampatello)

Destinatario ON. GERARDO BIANCO

Via CAMERA DE' STABILI ROMA

Località ROMA (C.A.P.) (Prov. ....)

Mittente FRANCESCO DE MARTINO

Via ANGIULO FALLO NO 250

Località NAPOLI

Servizi accessori richiesti  Espresso  Via aerea  A. R.

Contrassegnare con X  Assegno L. 4400

È vietato includere denaro e valori nelle raccomandate; l'Amministrazione non ne risponde.

Roma - I.P.Z.S. - P.V.

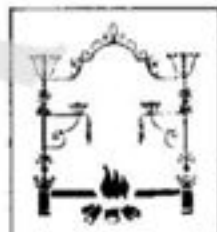
# FONDAMENTI

Rivista quadrimestrale di cultura

diretta da Gerardo Bianco, Massimiliano Pavan, Valerio Verra

Direttore responsabile: Giuseppe Scarpat - Segretario di redazione: Maurizio Eufemi

Redazione e amministrazione: Paideia Editrice, 25125 Brescia, via Corsica 130, tel. 030/222094



Roma, 10.4.1989.

Ci rinviamo De Hartimo,

per incarico dell'on. Bianco,  
le rimetto le seguenti bozze nel Suo  
ufficio per la rivista Fondamenti, con  
megliora a mia molta revisione e vert. culturale.

Con l'occasione le verbro a  
inviare una sinossi di 20-25 righe.

Con una cordialità

M  
Maurizio Eufemi

N. B. vert. culturale a  
on. Prof. GERARDO BIANCO  
Camera dei Deputati

3  
2'A. menesso che un confronto tra il sistema emano  
e quello attuale è irragionevole, esaminando il sistema  
delle finanze <sup>emane</sup> nella sua evoluzione storica, dalla giurisdizione  
giurisdizionale alle NN Finanze

Un confronto tra le fonti del diritto moderno ed il sistema romano è improponibile. In questo nell'età arcaica si passò dalla giurisprudenza pontificale al primo corpo di leggi scritte, le XII Tavole, che però non regolarono se non alcune parti del diritto. L'interpretazione continuò ad essere riservata ai Pontefici, fino alla cosiddetta laicizzazione della giurisprudenza, attribuita dalla tradizione ad Appio Claudio ed al suo liberto Gn. Flavio. Si aprì la via alla nascita della giurisprudenza laica, esercitata dai nobili, con tendenze creative, accentuate con la giurisdizione del pretore ed il diritto pretorio. L'esigenza della certezza si venne a scontrare con la creatività del nuovo sistema non dominato dal formalismo e fondato sull'equità.

Durante l'impero le fonti tradizionali persero la creatività, si svilupparono quelle imperiali e le opere dei giuristi raggiunsero il massimo splendore. In questo nuovo diritto la mancanza di certezza divenne maggiore, né una soluzione stabile si ebbe con le codificazioni incoraggiate dal potere, il Gregoriano e l'Ermogeniano, né con il Codice Teodosiano. L'A. contesta la tesi che le codificazioni derivassero da una tendenza alla stabilizzazione della burocrazia.

La grande codificazione giustiniana solo in apparenza si richiamava alle opere dei giuristi classici. Essa aveva il fine politico di riassumere nell'impero bizantino il patrimonio storico di Roma. Le vere tendenze classicheggianti si ravvisano invece in quelle edizioni di opere dei giuristi, come le Istituzioni di Gaio, nell'età postclassica forse in questo si può intravedere uno scontro di idee.

# FONDAMENTI

Rivista quadrimestrale di cultura

diretta da Gerardo Bianco, Massimiliano Pavan, Valerio Verra

Direttore responsabile: Giuseppe Scarpit - Segretario di redazione: Maurizio Eufemi

Redazione e amministrazione: Paideia Editrice, 25125 Brescia, via Corsica 130, tel. 030/222094



5

Roma, 12 gennaio 1989

*Carri - Eufemi*

su cortese invito del Prof. Gerardo Bianco provvedo ad inviarLe, in allegato alla presente, le bozze di stampa del Suo saggio per la rivista Fondamenti per il fascicolo dedicato a "LA VITA DELLA LEGGE", con preghiera di pronta revisione e restituzione.

Con viva cordialità

(Dott. Maurizio Eufemi)

*Maurizio Eufemi*

NB. - restituire a

On. Prof. Gerardo Bianco  
Via Civitella d'Agliano, 35  
00197 Roma

On. Prof. Francesco De Martino  
Via A. Falcone  
80127 NAPOLI

6

→ In modo più penetrante E. Guetbo

Tendenze all'unificazione normativa nel diritto pubblico.

Torale repubblicano nel volume La certezza del diritto

169 ss.

FRANCESCO DE MARTINO

lista all'indice

J  
g  
L

mente G. Crifo, *La legge delle XII Tavole. Osservazioni e problemi*, in *Aufstieg und Niedergang* 1,2, 1972, 115 ss.; E. Ferenczy, *La legge delle XII Tavole e le codificazioni greche*, in *Sodalitas. Scritti Guarino IV*, Napoli 1984, 200 ss.; A. Watson, *Agriculture and Law in Rome of XII Tables*, in *Recueil J. Bodin* 41,11, Paris 1983, 408 ss. Vari altri studi su singoli istituti e sul linguaggio non possono essere qui ricordati. Lo scritto di F. D'Ippolito è *Das ius Flavianum und die lex Ogulnia*: *Zeitschrift der Savigny Stiftung* 1985, 81 ss., trad. ital. Napoli 1984. Con un nuovo esame e le considerazioni sulle Note di Valerio Probo, *Giuristi e sapienti in Roma antica*, Bari 1986. Vari altri scritti e poi *I giuristi la città*, Bari 1986.

Sulla più antica funzione dei Pontefici un tempo si riteneva da più parti che essi avessero la giurisdizione vera e propria: in tal senso vedi anche la mia *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 3 ss. Questa tesi non ha avuto molta fortuna fra gli studiosi più recenti.

Lo studio di Riccardo Orestano è *Notarella su Derrer e la quidditas della giurisprudenza: Materiali per una storia della natura giuridica* 18 (1987) 3 ss.

Il libro di Aldo Schiavone è *Nascita della giurisprudenza*, Bari 1976.

Il libro di Mario Bretonne è apparso in seconda ediz.: Napoli 1982. Alle pp. 257 ss. le considerazioni sui «fondatori» del diritto civile. In una nota finale l'A. discute in modo succinto gli scritti apparsi fino al 1981, molto utile per la bibliografia recente sui giuristi repubblicani. V. anche A. Guarino, *La coerenza di Publio Mucio*, Napoli 1981.

+

T +

L M

Sul *mos maiorum* v. gli autori citati da Schulz, *Storia*, 49 n. 3 e poi J. Bleicken, *Lex publica. Gesetze und Recht in der römischen Republik*, Berlin - New York 1975, 350 n. 41, 352 n. 42 (Kaser), 354 n. 50 (Steinwenter, Rech, Roloff, Kaser, Giuffredi, Schniedel, Mayer-Naly).

Sul rapporto *mos-consuetudo* v. lo stesso Bleicken, 350. Sulla formazione di una teoria del diritto consuetudinario D. Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, in *Festschrift f. M. Felgentraeger*, 1969, 353 ss.

Sul valore della tradizione come fattore di certezza del diritto I. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, 27. Secondo l'A. il rispetto della tradizione sarebbe la caratteristica fondamentale dei giuristi addirittura fino all'età dei Severi. Oltre i rilievi critici di Bretonne, *Tecniche e ideologie*, 330, che sono da condividere, la tesi dell'A. contrasta con i lamenti continui sulla confusione e l'oscurità, lamenti che si trovano già in Cicerone, come è ricordato nel testo.

Sull'editto del pretore la letteratura è vastissima. La ricostruzione fondamentale è quella di Otto Lenel, *Edictum perpetuum*, 1927.

Sulla *lex Cornelia*, da ultimo A. Metro, *La lex Cornelia de iurisdictione alla luce di Dio Cass.* 30,40,1-2: *Iura* 1969, 501 ss.; A. Torrem, *La ordinatio edicti cit. più sotto*, 38 ss.; N. Palazzolo, *La propositio in albo degli edicta perpetua e il plebiscito Cornelianum del 67 A.C.*, in *Sodalitas, Studi Guarino V*, Napoli 1984, 2427 ss. - 0

Non molto di nuovo sui progetti di Cesare in E. Polay, *Der Kodifizierungsplan des Julius Caesar*. *Iura* 1965, 47. 5

→ Manuscript, Pontificis Edicta, Annali Pontificis - Univ.  
Università Pontificia XVII, 1933, 377 ss., il quale  
sostiene in 22 ab che non si tratterebbe mai  
stato in un caso di senza testi autentici storici  
Senato della Repubblica per la certezza del diritto  
in Carinata 7

L

La questione dei mezzi materiali per la trasmissione dei testi si pone già per l'età repubblicana. V. Mancuso nella scritta citata se ne rende conto e ha posto all'editto al pretore e suppone che i singoli editti venivano scritti su Tabulae, poi legate in un volume. Sarebbe stato invece una parete in biondetta. Ma quando potesse usare l'uso e CERTITZA DEL DIRITTO

ca  
mi limito

Sulla questione della codificazione adriana e Giuliana mi limito a ricordare A. Guarino, *La formazione dell'editto pretorio*, in *Austrius und Niederrang des römischen Welt* 11, XIII, 82 ss.; A. Torrent, *La ordinatio edicti en la politica juridica de Adriano*. Bull. Ist. Dit. Rom. 1984, 37 ss. ed in essa l'abbondante bibliografia, della quale ricordare F. Wiaters, *Studien zur hadriantischen Justizpolitik*, Freiburg 1935; non che gli scritti di A. D'Orsi e R. Syme nel volume *Les empereurs romains d'Espagne*, Paris 1967; F. Casavola, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980; per un caso di intervento successivo di Adriano v. ancora Torrent, *Intervenciones de Adriano en el Edicto «ordinatum» pos Juliano* (En tema de bonorum possessio Carboniana). Anuario de historia del derecho Español, 1984, 103 ss.

757  
Te  
2 + P  
1 e Th

Il libro di F. Wiaters è *Textstufen der römischen Juristen*, Göttingen 1960. Volterra è citato più oltre.

w  
L +

Sulla pubblicazione Schind, *Zur Frage der Publikation im röm. Recht*, München 1940; G. Tibiletti, *Lex*, in *Diz. Epigr.* IV, 709 ss. con altre cit.; Stein, *Römische Inschriften in der Antike-Literatur*, Prag 1931; G.I. Luzzatto, *Appunti sulla pubblicazione delle leggi nell'impero romano*. Archives Pringsheim, 86 ss. Contro la tesi che la pubblicazione non era obbligatoria si potrebbe addurre Plin. *nat. hist.* 34, 19, ma questi parla di un *usus aeris ad perpetuitatem monumentorum* e l'uso non equivale ad un obbligo.

Per la pubblicazione dei rescritti Schulz, *Storia*, 268 en. 3 e gli Autori ivi citati.

Per quanto riguarda i Codici Gregoriano ed Ermogeniano vedi i citati in G.G. Archi, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli 1976, 25 n. 39. L'ermogeniano è stato oggetto di ricerche specifiche ai nostri giorni Lide, *Hermogenianus iuris epitome*, Göttingen 1964; A. Cenderelli, *Ricerca sul Codex Hermogenianus*, Milano 1965.

E

+ lo getico

Sul Teodosiano v. Archi, *op. cit.* qui sopra! Una ricerca utile con qualche accesso apocritico che però la nega. Le sue critiche e mie opinioni espresse in *Storia della costituzione romana* V, 422 (nella 1ª ed.) IV, 1, 494 s. (2ª ed.) non mi sembrano pertinenti. Io non detto soltanto che la distinzione classica venne mantenuta, il che risulta dalle fonti, ma ho posto in rilievo le novità per i rescritti, la scarsità dei decreta e la fine dei mandata caduti in *desuetudine*. Quanto alla distinzione classica è molto difficile dubitarne di fronte alla testimonianza certa delle fonti. Altro è invece il problema del suo significato e della sua formazione storica. Su di questo un esame approfondito e documentato è in E. Volterra, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Atti II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto*, 1967, pubblicati a Firenze 1971, 846 ss. I vari scritti di Archi sul tema delle fonti nel tardo impero sono ora pubblicati in *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano*, Cagliari 1987.

T ho

sc

Sul valore sistematico della legge sulle citazioni F. De Marini Avonzo, *Pagani e Cristiani nella cultura giuridica del V secolo*, Bologna 1972, II, 23.

Su *ius e leges* J. Gaudemet, *Jus et leges*. Iura 1950, 223 ss. ristampato in *Études de droit romain* I, Napoli 1979, 439 ss., utile anche per la storia della distin-

A L

→ In modo più penetrante E. Grubbs  
Tendenze all'unificazione normativa nel diritto pubblico

Tando repubblicano nel volume La certezza del diritto

169 ss.

FRANCESCO DE MARTINO

libro all'inizio

mente G. Crifo, *La legge delle XII Tavole. Osservazioni e problemi*, in *Aufstieg und Niedergang* 1, 2, 1972, 115 ss.; E. Ferenczy, *La legge delle XII Tavole e le codificazioni greche*, in *Sodalitas. Scritti Guarino IV*, Napoli 1984, 200 ss.; A. Watson, *Agriculture and Law in Rome of XII Tables*, in *Recueil J. Bodin* 41 II, Paris 1983, 408 ss. Vari altri studi su singoli istituti e sul linguaggio non possono essere qui ricordati. Lo scritto di F. D'Ippolito è *Das ius Flavianum und die lex Ogulnia*: *Zeitschrift der Savigny Stiftung* 1985, 81 ss., trad. ital. Napoli 1984. Con un nuovo esame e le considerazioni sulle Note di Valerio Probo, *Giuristi e sapienti in Roma antica*, Bari 1986. Vari altri scritti e poi *I giuristi la città*, Bari 1986.

Sulla più antica funzione del Pontefici un tempo si riteneva da più parti che essi avessero la giurisdizione vera e propria: in tal senso vedi anche la mia *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 3 ss. Questa tesi non ha avuto molta fortuna fra gli studiosi più recenti.

Lo studio di Riccardo Orestano è *Natura della *Doctrina* e la quidditas della giurisprudenza*; *Materiali per una storia della natura giuridica* 18 (1982) 3 ss.

Il libro di Aldo Schiavone è *Nascita della giurisprudenza*, Bari 1976.

Il libro di Mario Bretonè è apparso in seconda ediz.: Napoli 1982. Alle pp. 257 ss. le considerazioni sui «fondatori» del diritto civile. In una nota finale l'A. discute in modo succinto gli scritti apparsi fino al 1981, molto utile per la bibliografia recente sui giuristi repubblicani. V. anche A. Guarino, *La coerenza di Publio Mucio*, Napoli 1981.

Sul *mos maiorum* v. gli autori citati da Schulz, *Storia*, 49 n. 3 e poi J. Bleicken, *Lex publica. Gesetze und Recht in der römischen Republik*, Berlin - New York 1975, 350 n. 41, 352 n. 42 (Kaser), 354 n. 50 (Steinwenter, Rech, Roloff, Kaser, Giuffrè, Schniedel, Mayer-Maly).

Sul rapporto *mos consuetudo* v. lo stesso Bleicken, 350. Sulla formazione di una teoria del diritto consuetudinario D. Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, in *Festschrift f. M. Felgentrauf*, 1969, 353 ss.

Sul valore della tradizione come fattore di certezza del diritto I. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, 27. Secondo l'A. il rispetto della tradizione sarebbe la caratteristica fondamentale dei giuristi addirittura fino all'età dei Severi. Oltre i rilievi critici di Bretonè, *Tecniche e ideologie*, 330, che sono da condividere, la tesi dell'A. contrasta con i lamenti continui sulla confusione e l'oscurità, lamenti che si trovano già in Cicerone, come è ricordato nel testo.

Sull'editto del pretore la letteratura è vastissima. La ricostruzione fondamentale è quella di Otto Lenel, *Edictum perpetuum*, 1927.

Sulla *lex Cornelia*, da ultimo A. Meix, *La lex Cornelia de iurisdictione alla luce di Dio Cass.* 30, 40, 1-3; *Iura* 1969, 501 ss.; A. Torrent, *La ordinatio edicti* cit. più sotto, 38 ss.; N. Palazzolo, *La propositio in albo degli edicta perpetua e il plebiscito Cornelianum del 67 A.C.*, in *Sodalitas, Studi Guarino V*, Napoli 1984, 2427 ss.

Non molto di nuovo sui progetti di Cesare in E. Polay, *Der Kodifizierungsplan des Julius Caesar*. *Iura* 1965, 47.

g  
L  
+  
T +  
L M

→ Mancino, *Prætoris Edicta*, *Annali Seminaris-Gur.*  
*Instituta Palerma*, XXXVII, 1983, 3-97 ss., il quale  
è stato in... non si sarebbe mai  
Cass... ma testi destinati per...  
secoli... in... 1987

l'età moderna.

Semplicità e chiarezza rimasero un'aspirazione e così anche la certezza del diritto. Forse quest'ultima come valore assoluto non esiste. In una controversia pratica la certezza per le parti nasce con la sentenza del giudice.

Finisco come ho cominciato. La storia delle fonti in Roma antica non offre paragoni per la nostra epoca. Vi è soltanto però da osservare che nella secolare esperienza romana l'impiego di mezzi utili per la creazione di un diritto più adeguato alle esigenze nuove fece sorgere forti tendenze politico-sociali alle condifitazioni. Gli inconvenienti pratici derivanti dalla creatività della giurisprudenza e dalla molteplicità delle fonti si rivelarono intollerabili. Forse non è nemmeno utile cercare se vi siano oggi mezzi diversi dalle leggi, perché non se ne troveranno. Per di più il libero diritto creato da giudici o giuristi è fonte di arbitri. Vi è sempre qualcuno tentato di usare un siffatto potere in modo iniquo o dispotico. Anche il nazionalsocialismo aveva fatto del Führer l'interprete della coscienza popolare! Quanto più avizzeremo sulla via di poderosi mezzi tecnici tanto più si farà sentire l'esigenza di un diritto che garantisca pienamente la libertà dell'uomo. Esiste senza dubbio l'esigenza di una migliore e più precisa delimitazione dell'attività legislativa in senso proprio, eliminando un falso ed ipocrita principio di legalità, che oggi vale per buona parte di atti di organi pubblici, per i quali si richiede una legge, mentre in realtà sono atti dell'amministrazione. Il controllo su di essi potrebbe essere reso più incisivo, se il Parlamento libero dall'enorme peso della congerie di leggi costretto ad emanare, potesse essere posto in grado di esercitare un penetrante controllo sull'amministrazione, per assicurare la rispondenza dei suoi atti ai principi di legalità dell'ordinamento.

*Nota bibliografica*

1-1 Sulla storia della giurisprudenza fondamentale rimane Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946 e poi 1963; più completa l'edizione tedesca *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961; traduzione italiana del Nocera Firenze 1968. Precedente bibliografia cit. alle pp. 10 ss. di quest'edizione.

Sulle XII Tavole vedi le citazioni nella mia *Storia della costituzione romana* 1, Napoli, 1972, 302 nn. 22 e 23 per il periodo precedente al 1971. Successiva-

Dopo che questo studio era già in stampa è stato pubblicato il volume La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Pubblicazioni Universitarie di Padova. Studi sulle scienze giuridiche e sociali, N.S. 48, 1987, con contributi di vari autori ed una relazione introduttiva di F. Serra. Il periodo studiato è quello fra le XII Tavole e l'età di Silla e Cesare. Trovo convergenze, ma anche diversità di opinioni con le mie. Mi increosce di non aver potuto tener conto di esse.

vedi anche Lezioni di giurisprudenza tardo repubblicana (a cura di G.G. Archi) Milano 1985, con saggi di Bretonne, Il giureconsulto e la memoria, e particolarmente 19, di Talamanca, Bona, Casavola e Tondo. Il Senato della Repubblica - Archivio Storico e Archiv für Rechtsgeschichte, 1976.

l'età moderna.

Semplicità e chiarezza rimasero un'aspirazione e così anche la certezza del diritto. Forse quest'ultima come valore assoluto non esiste. In una controversia pratica la certezza per le parti nasce con la sentenza del giudice.

Finisco come ho cominciato. La storia delle fonti in Roma antica non offre paragoni per la nostra epoca. Vi è soltanto però da osservare che nella secolare esperienza romana l'impiego di mezzi utili per la creazione di un diritto più adeguato alle esigenze nuove fece sorgere forti tendenze politico-sociali alle condifazioni. Gli inconvenienti pratici derivanti dalla creatività della giurisprudenza e dalla molteplicità delle fonti si rivelarono intollerabili. Forse non è nemmeno utile ricercare se vi siano oggi mezzi diversi dalle leggi, perché non se ne troveranno. Per di più il libero diritto creato da giudici o giuristi è fonte di arbitri. Vi è sempre qualcuno tentato di usare un siffatto potere in modo iniquo o dispotico. Anche il nazionalsocialismo aveva fatto del Führer l'interprete della coscienza popolare! Quanto più avizzeremo sulla via di poderosi mezzi tecnici tanto più si farà sentire l'esigenza di un diritto che garantisca pienamente la libertà dell'uomo. Esiste senza dubbio l'esigenza di una migliore e più precisa delimitazione dell'attività legislativa in senso proprio, eliminando un falso ed ipocrita principio di legalità, che oggi vale per buona parte di atti di organi pubblici, per i quali si richiede una legge, mentre in realtà sono atti dell'amministrazione. Il controllo su di essi potrebbe essere reso più incisivo, se il Parlamento libero dall'enorme peso della congerie di leggi costretto ad emanare, potesse essere posto in grado di esercitare un penetrante controllo sull'amministrazione, per assicurare la rispondenza dei suoi atti ai principi di legalità dell'ordinamento.

#### Nota bibliografica

Sulla storia della giurisprudenza fondamentale rimane Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946 e poi 1963; più completa l'edizione tedesca *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961; traduzione italiana del Nocera, Firenze 1968. Precedente bibliografia cit. alle pp. 10 ss. di quest'edizione.

Sulle XII Tavole vedi le citazioni nella mia *Storia della costituzione romana*, Napoli, 1972, 302 nn. 22 e 23 per il periodo precedente al 1971. Successiva-

Dopo che questo studio era già in stampa è stato pubblicato il volume La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Pubblicazioni Università di Pavia. Studi sulle scienze giuridiche e sociali N.S. 49, 1987, con contributi di vari autori ed una relazione introdotta da F. Serrao. Il periodo studiato è quello fra le XII Tavole e i di Silla e Cesare. Trovo convergenze, ma anche diversità di opinioni con le mie. Mi rincresce di non aver potuto tener conto di esse.

J. Sadova,

Vedi anche Questioni di giurisprudenza tardo repubblicana (a cura di G.G. Archi), Milano 1985, con saggi di Bretone, Il giureconsulto la memoria, o. 1 e particolarmente 19, di Talamanca, Bona, Casavola Tondo. Segnalazioni nell'etica del giurista e Medical

1985 Aufsteig und Niedergang der römischen Welt, 1976.

M

Citare

Questioni N. ginevrino dalla  
Tardo repubblicana - (a cura  
di Archi) Milano 1985

e in particolare

Bretone Il ginevrino  
e la memoria, I. II. e part.  
19 (il diritto sfugge a un  
giurista come legislatore o  
cooperatore) - Telmarca

12

Torment. In *editio* edita in  
la *politia* ~~ad~~ *Adriano*,  
BIBR. 1986-87, 370.

Innovatio Praetorij *Edicta* Palermo  
1983.

rec. *Lammota* in *Jura*  
1983, 205 ss. con *risorse*  
*trivide* sulla *elucidatione*  
della *lex*.

v. p. 81

*Lettera* del *diritto*.

*Instituzione* dell' *albo* alle *tabulae*  
*deedictae* - le *Tabulae* *or*  
*legimus* in *un* *codex* - *pie*  
della *repubblica*

Sulla *lex* *Comelia* *ortione* *la*  
*lex* *de* *sancturae* - *V. Arde*

*Giomano* *Pri* lo *studio* della *lex* *Com-*  
*nelia* *de* *edictis* *del* *67* *a. C.* ; *la*  
*personalita* *il* *tribuno* *proponente* ;

Spazio Pubblico Comunitario

Studi Urbanistici 1974-75

269 n.

sentenza del tribunale in materia

401 n.

Ministero per i Beni Culturali e Ambientali  
Soprintendenza per i Beni Artistici e Storici di Napoli

La fotografia vista da **Leonardo Sciascia**

**Ignoto a me stesso**

a cura di Daniela Palazzoli

Museo Diego Aragona Pignatelli Cortes

Giovedì 16 Luglio ore 19,00

Assessorato per la cultura della città di Torino - Associazione Amici Torinesi dell'Arte Contemporanea

a proposito della quinaria  
citare di Wilamowitz-Moellendorf  
II, 15 e la considerazione  
entrate di Telamona, per  
la storia della quinaria. 2000.  
BJDR. 1977, 195 ss.

particolarmente per la XII  
Tab. 280 s. a proposito  
della discussione Apiano e  
Pavonino in Zell 20, 1, 53

Telamona Costituzione  
quinaria e strutture  
della fra a diritto  
muro in Poeta romana  
e produzione schiedstien  
III, 15 ss.

Memorie Praetoris  
 Edite, Ann. Lem. Sciz.  
 Univ. Palermo XXVII,  
 1983, 31300. distingue  
 Tabulae et Album, sottome  
 de l'ortueto edicti ~~et~~  
~~in~~ per compito della  
 giurispr. a cominciare da  
 altri sulla base di un  
 primo sommario razionalizza  
 zione della materiale dispo  
 sizione delle proposte annuali  
 assegnando i singoli editti  
 sulla parte in bianco,  
 l'album secondo in ato  
 ordine in ragione della  
 materia (p. 328)

16  
Questioni N. Quindici  
Tando - Repubblica - Firenze 1983 -  
rel. Autor. - Il <sup>giudicamento</sup> ~~giudizio~~ e le  
memorie

Primo Ciampi e i libri in  
civile N. Quindici Merito Scienza -  
Casavola Ciampi e Prati  
Cesare tra democrazia e diritto

EL DEPUTATI



H

ZEITSCHRIFT  
DER SAVIGNY-STIFTUNG  
FÜR  
**RECHTSGESCHICHTE**

HERAUSGEGEBEN VON  
M. KASER, W. KUNKEL, K. S. BADER, H. THIEME  
S. GRUNDMANN, S. REICKE

ACHTZIGSTER BAND  
XIII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG



WEIMAR 1963  
VERLAG HERMANN BOHLAUS NACHFOLGER

Senato della Repubblica - Archivio Storico

*vindicat* bezeichnet wird, jetzt *si quis in eo vim faciet* geschrieben werden.

Fassen wir zusammen: Die Prozeßsymbolik der *vis* ist nicht einfach ein Überbleibsel aus dem System der wirklichen, vorstaatlichen Selbsthilfe. Die Akte der prozessualen *vis* bestehen von Anfang an in der Sphäre der Symbolik. Es bleibt daher die Frage nach der Entstehung dieser Prozeßsymbolik offen. Bekannt ist, daß der Staat nur langsam und nicht ohne wesentliche Schwierigkeiten die Kontrolle über Privatrechtsstreitigkeiten übernahm; die bisher auf dem Wege der Selbsthilfe von den betroffenen Parteien geregelt worden waren. Die Einschränkung der Selbsthilfe ist ein langsamer und sehr komplizierter Prozeß<sup>74</sup>). Im römischen Zivilprozeß ist noch im klassischen Zeitalter das Hinschreiten der Staatsgewalt verhältnismäßig begrenzt. Häufig ist hier die Initiative der Parteien selbst ausschlaggebend. In der Vorzeit mußte dies noch deutlicher in Erscheinung treten. Der Staatsapparat konnte in den Anfängen seiner Entwicklung in die Streitigkeiten der Bürger nicht eingreifen, konnte ihnen den Schutz der Privatrechte nicht garantieren. Er war jedoch daran interessiert, daß vorkommende Kontroversen nicht mehr *vi* entschieden wurden. Überall, wo die streitenden Parteien zu Selbsthilfe griffen, schritt der Staat ein. Und da diese Praxis allmählich zur Gewohnheit wurde, so daß gerade in solchen Fällen der Staat in Streitigkeiten zwischen den Bürgern eingriff, mußte später eine symbolische *vis* ausgeübt werden, um dieses Eingreifen zu provozieren. Ein typisches Beispiel, das dieses hypothetische Schema illustrieren könnte, ist die alte *vindicatio* sowohl in bezug auf bewegliche Sachen als auch auf Grundstücke. Das läßt gleichzeitig den Gedanken aufkommen, daß die *vis ex consensu* in der bisher rätselhaften *deductio quae moribus fit* eine ähnliche Rolle gespielt hat. Hier ist auch der Ursprung des vielumstrittenen *vindex* zu suchen.

<sup>74</sup>) Luzzatto, Von der Selbsthilfe, SZ 73 (1956) 46 ff.

## IV.

## Zu den geistigen und sozialen Grundlagen der spätantiken Kodifikationsbewegung.

(Anon. de rebus bellicis XXI)

Von  
Dieter Nörr.

## I.

Die Monumentalität und Ausstrahlungskraft der justinianischen Kodifikation ist ein schwer zu bewältigendes Hindernis für jeden Versuch, zu einer richtigen Würdigung der spätantiken Kodifikationsbewegung zu gelangen. Im Bewußtsein des rückblickenden Betrachters vermengt sich unmerklich die Frage nach der Bedeutung des justinianischen Werkes für die europäische Rechtsentwicklung mit der Frage nach dem historischen Ort der Kodifikation in ihrer Zeit. Für eine Betrachtungsweise, die allein aus einem ideengeschichtlichen Blickwinkel auf das *Corpus Iuris* sieht, mag in ihm in schwer deutbarer Form die gesamte römische Rechtsentwicklung sich wie in einem Brennspiegel vereinigt und damit die notwendige Endform gefunden haben, die eine Weiterwirkung des römischen Rechts in die Zukunft ermöglichte. Doch ist diese Perspektive zu einseitig. Die justinianische Kodifikation ist nicht nur der letzte Höhepunkt der römischen Rechtsentwicklung in der Antike, sie ist auch der Endpunkt einer auf schmalerer Basis als die Gesamtentwicklung des römischen Rechts verlaufenden Sonderbewegung, der spätantiken Kodifikationsbewegung. Diese aber hatte freilich nicht das Ziel, wie es ihr von den für das römische Recht begeisterten Nachkommen zugewiesen werden könnte: das römische Recht für die europäische Rechtsentwicklung zu erhalten, die notwendigen Voraussetzungen für die Begründung der Rechtswissenschaft im Mittelalter zu schaffen oder gar zur Verwirklichung des Geistes des römischen Rechts zu dienen; sondern, wenn die Ziele der Kodifikationsbewegung überhaupt zu finden sind, dann im politischen und sozialen Felde der Zeit.

Eine Untersuchung der spätantiken Kodifikationsbewegung müßte etwa folgende Fragen zu beantworten versuchen: Woher nimmt sie ihren Anstoß, wer sind ihre Träger, welches sind ihre

Zwecke und schließlich, welche Bedeutung hat sie in den Augen der Zeitgenossen? Fragt man in der Literatur nach Antworten auf diese Fragen, so herrscht Übereinstimmung darüber, daß die Ursachen in der Rechtsunsicherheit liegen, die sich aus der Unübersichtbarkeit des geltenden Rechts und aus der Unordnung des Gesetzgebungsverfahrens ergibt<sup>1)</sup>, daß der Zweck die Stabilisierung des Rechts ist<sup>2)</sup>; im übrigen wird auf die Gesetzgebungs-idee als Ausdruck des Kaisergedankens<sup>3)</sup> und auf die Zentralbürokratie als ursprünglichen Träger des Kodifikationsgedankens hingewiesen<sup>4)</sup>, der erst unter Justinian die Rechtswissenschaft zur Seite trat.

Diese Antworten sind sicherlich nicht falsch, befriedigen aber nicht vollkommen. Die Ursache hierfür ist leicht zu finden; sie liegt in der schwachen Quellenbasis, auf die sie sich berufen. Da die literarischen Quellen für die Kodifikationen so gut wie kein Interesse haben<sup>5)</sup>, müssen die Antworten — abgesehen von allgemeinen historischen Erwägungen — weit überwiegend aus den Einführungserlassen entnommen werden. Diese scheinen das Gesagte allerdings zu bestätigen.

In fast allen die Kodifikationen begleitenden kaiserlichen Erlassen wird auf die in der *senctio Romana*<sup>6)</sup>, der römischen Rechtsordnung, herrschende Unsicherheit hingewiesen, zu deren Behebung die Kodifikationen dienen sollten. So heißt es bereits in der Einführungskonstitution zum Codex Theodosianus (Nov. Theod. I 1):

Quod ne a quoquam ulterius sedula ambiguitate tractetur, si copia iurum libera, si actionum diversitas difficultatque causarum animis nostris occurrat, si denique moles constitutionum divalium, quae velut sub crassa demersae caligine obscuritatis valle sui notitiam humanis ingeniis intercalat, verum egimus negotium temporis nostri et discussis tenebris compendio brevitatis lumen legibus dedimus.

Die *confusio*<sup>7)</sup> des Rechts zu beheben, die sich aus dem Nebeneinanderstehen verschiedener teils widersprüchlicher, teils gleich-

<sup>1)</sup> Vgl. nur Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano* (1907) 355ff.

<sup>2)</sup> S. Fritz Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961) 362ff.

<sup>3)</sup> Vgl. nur Lauria, *In* (Lezioni, 1963<sup>2</sup>), 288ff.

<sup>4)</sup> S. nur Schulz, a. a. O. 340.

<sup>5)</sup> Vgl. Rotondi, *Scritti* I, 340ff.; zum Codex Theodosianus vgl. 367 A. 2.

<sup>6)</sup> S. Tanta 23.

<sup>7)</sup> Deo auctore I, *Omnem* 2 a. E.

lautender, teils überflüssiger, teils schädlicher Rechtsnormen, sei es aus den Juristenschriften, sei es aus den Konstitutionen, ergibt: das ist das erklärte Ziel auch der justinianischen Gesetzgebung<sup>8)</sup>. Die Folge eines geordneten Rechts wird die Verkürzung der Prozesse<sup>9)</sup> und ihre richtige Erledigung sein<sup>10)</sup>.

Für die quellenmäßigen Belege zur spätantiken Stabilisierungstendenz darf auf die Ausführungen von Fritz Schulz verwiesen werden<sup>11)</sup>. Am bewußtesten kommt sie in den Worten Justinians zur Einführung der Institutionen (Tanta § 11) zum Ausdruck: *ut sit manifestum et quid a iure vacillabat et quid postea in stabilitatem redactum est*.

Daß die Staatsbürokratie der ursprüngliche Träger des Kodifikationsgedankens war, wird vor allem aus der Zusammensetzung der Kommissionen geschlossen. Der ersten Kommission für den Codex Theodosianus (CT) gehörte wohl kein einziger Rechtslehrer an<sup>12)</sup>. In der zweiten Kommission saß mit Sicherheit nur ein *iuris doctor*. Obwohl er *ex vicariis* genannt wird, war er in sie wahrscheinlich nicht als ehemaliger Beamter, sondern als jetziger Rechtslehrer berufen worden; die Worte *ex vicariis* geben nur seinen Rang innerhalb der staatlichen Hierarchie an<sup>13)</sup>. Ähnliches gilt für die justinianische Kodifikation, bei der am Anfang die Prak-

<sup>8)</sup> S. nur Haec pr., *Summa pr.*, *Cordi pr.*; vgl. auch CT I. 1. 2; CJ I. 14, über das Verhältnis der verschiedenen Typen kaiserlicher Erlasse zueinander. Dazu vor allem Gaudemet, *Formation du droit séculier et du droit de l'église* (1967) 26ff.

<sup>9)</sup> Haec pr.: *prodizitatem litium amputare*.

<sup>10)</sup> Tanta 17.

<sup>11)</sup> A. a. O., 362ff.

<sup>12)</sup> Der Apollon *vir disertissimus scholasticus* (CT I. 1. 5.) dürfte kein solcher, sondern ein Advokat sein.

<sup>13)</sup> CT I. 1. 6: *Erotius vir spectabilis ex vicariis iuris doctor*; vgl. zum Rang der langjährigen Professoren an der Universität Konstantinopel CT 6. 21. 1 (425). Schwierigkeiten macht allein die Notwendigkeit zwanzigjähriger Lehrtätigkeit zum Erwerb des Vicariatsranges (*cum ad viginti annos ... docendi labore perveneris*); diese Frist kann Erotius im Jahre 435 noch nicht erreicht haben, da die Rechtsschule in Konstantinopel erst 425 gegründet wurde. Doch kann er den Rang etwa als Sondervergünstigung oder als Lehrer in Berytus erhalten haben. Senato della Repubblica - Archivio Storico

tiker weitaus das Übergewicht hatten; der Rechtslehrer bedurfte man in größerem Umfang erst zur Herstellung der Digesten<sup>14</sup>).

Auch dafür, daß die Kodifikationen letztlich Ausdruck der Kaiseridee sind, dürfen hier einige wenige Belege genügen. Dieser Gedanke klingt in der theodosianischen Gesetzgebung verhältnismäßig schwach an. In dem überlieferten Text der beiden Vorbereitungskonstitutionen (CT 1. 1. 5; 6) ist von ihm fast nichts zu spüren, während die Einführungskonstitution (Nov. Theod. I) einen gewissen Ansatz dazu zeigt<sup>15</sup>. In vollem Akkord ertönt er dagegen bei Justinian<sup>16</sup>. Als Beispiel seien einige Worte des *principium* der *c. Summa* zitiert, wo Justinian seine persönliche Fürsorge für den Staat in helles Licht setzt:

... merito igitur ad prima communium rerum sustentationis semina nostram mentem nostrosque labores referentes militaria quidem agmina multiplicibus et omnem providentiam continentibus modis curavimus, tam veteribus ad meliorem statum brevi tempore reductis, quam novis non solum exquisitis, sed etiam recta dispositione nostri nominis sine novis expensis publicis constitutis, legum vero praesidia primo servando positas, deinde novas ponendo firmissima subiectis effecimus.

Deutlicher noch spricht Justinian den Gedanken in seiner Rede an die *cupida legum inventus* aus, die es als zukünftige Trägerin des justinianischen Erneuerungswerkes vor allem für die Kaiseridee zu gewinnen galt (*Imperatoriam pr.*):

... et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis sed etiam per legitimos tramites calumniantium inequitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator.

Diese wenigen Quellenstellen aus den Konstitutionen könnten genügen, die herrschende Auffassung über die Kodifikationsbewegung als richtig erscheinen zu lassen. Doch ist es zweifelhaft, ob sie wirklich ein vollständiges Bild geben. Die herrschende Auffassung kann sich allein auf die kaiserlichen Konstitutionen berufen, von denen aber mit Sicherheit nicht mehr gesagt sein kann, als daß sie das Bild wiedergeben, das Kaiser und Zentralbürokratie ihren Untertanen von der Kodifikation vermitteln wollten. In einer

<sup>14</sup> Vgl. für alle Wieacker, Vom römischen Recht (1961<sup>9</sup>) 244ff.; Pringsheim, *Atti Roma I* (1934) 449ff.; vor allem 462 A. 29.

<sup>15</sup> Vgl. etwa die Worte im § 1: *terum agimus negotium temporis nostri*.

<sup>16</sup> Vgl. zur justinianischen Herrscherpropaganda Rubin, Das Zeitalter Justinians I (1900) 146ff.; s. auch Wieacker, a. a. O. 286.

beliebten modernen Terminologie zu reden: Die Ausführungen der Erlasse unterliegen dem Ideologieverdacht. Es ist durchaus denkbar, daß die Hintergründe der Kodifikationsbewegung zumindest anders zu nuancieren sind, als die offizielle Berichterstattung es erkennen läßt.

So ist es auffällig, daß in den Konstitutionen zwar von dem Wohl und der Überlegenheit des Imperium und des *felix Romanorum genus* im ganzen die Rede ist, nicht aber — wenigstens nicht unmittelbar — davon, daß die Kodifikation in erster Linie dazu dient, dem einzelnen Untertan wirkliche Erleichterung und Verbesserung seiner Lage zu verschaffen. Letzteres ist nach offizieller Anschauung sozusagen nur ein Nebenweck, der automatisch dann erreicht sein wird, wenn die Größe des römischen Namens wiederhergestellt ist. Nur einige Andeutungen lassen diese Fürsorge für das Wohl der einzelnen Untertanen unmittelbar erkennen<sup>17</sup>.

Auch die Einstellung der Bevölkerung muß durchaus nicht von der Dankbarkeit getragen sein, auf die die programmatischen Äußerungen der Kaiser zu hoffen scheinen. Ein Hinweis auf Prokop mag genügen. Daß er in seiner Geheimgeschichte Justinians Regierung parteiisch beurteilt, ist nicht zu bezweifeln<sup>18</sup>. Trotzdem ist es recht auffällig, daß für ihn der „große Gesetzgeber“ Justinian der *δυσφροσενής τῶν εὐνοειστῶν*<sup>19</sup>, der unheilvoll dämonische Zerstörer von Welt- und Rechtsordnung ist<sup>20</sup>. Der „Archaisit“ und „Klassizist“ Justinian als verbrecherischer Revolutionär: dieses Urteil wenigstens eines Teiles der byzantinischen Oberschicht sollte bei der Bewertung der justinianischen Gesetz-

<sup>17</sup> Vgl. vor allem die Hinweise darauf, daß Erfolge *sine novis expensis* erzielt worden sind; *Summa pr.*, CJ 1. 29. 5. Auch die Herkunft Justinians legt eine Untersuchung der Frage nahe, ob seine gesetzgeberische Tätigkeit soziale Tendenzen hatte.

<sup>18</sup> S. hierzu nur Rubin, a. a. O. 173ff.

<sup>19</sup> *Anek. VI 21*; vgl. zur Gesetzgebung auch XI.

<sup>20</sup> Seine Äußerungen erinnern an das Verdikt Julians über die Gesetzgebung Konstantins (*Ann. Marc. 21. 10. 8*): *Tunc et memoriam Constantini ut auctoritate turbulenterque principum legum et moris antiquitatis recepti venendi...* Allerdings entspricht das Urteil Jylars über Konstantin eher den modernen Vorstellungen als dasjenige Prokops über Justinian.

gehang nicht so völlig aus den Augen gelassen werden, wie es bis heute geschieht<sup>21)</sup>.

Doch ist das Problem der offiziellen Darstellungen als Erkenntnisquelle für die Kodifikationsbewegung hier nicht weiter zu erörtern. Fraglich bleibt, ob die verschwindend geringen nicht offiziellen Quellen es jemals erlauben werden, ein hintergründigeres Bild von den Kodifikationen zu zeichnen. Hier soll nur der bescheidene Versuch gemacht werden, aus der frühesten Quelle zur spätantiken Kodifikationsbewegung, dem Anonymus *de rebus bellicis*, einen kleinen Einblick in diesen Hintergrund zu gewinnen<sup>22)</sup>. Es darf im voraus bemerkt werden, daß der Anonymus keine sehr sicheren Aufschlüsse hergibt; weithin wird man über die Betrachtung von Möglichkeiten nicht hinauskommen.

## II.

Es dürfte wohl kaum einen Literaten der Antike geben, dessen Bewertung so schwankend ist, wie die des Anonymus *de rebus bellicis*. Die Skala reicht von der Benotung: „verrückter Projektmacher“<sup>23)</sup> bis zu seinem Lobpreis als „Wunderblume“ und tief und originell denkenden „Einzelgänger“ in dem „allgemeinen Kon-

<sup>21)</sup> Charakteristisch für die Einstellung der modernen Romanisten zu ihrem Fachheros Justinian sind etwa die Ausführungen Wengers (Quellen des römischen Rechts, 566), der dem Prokop der Gehelungsgeschichte — seinen Worten nach — „keine besondere Glaubwürdigkeit“ zubilligt, ihn in Wahrheit aber als völlig unglanbwürdig bei seiner Zeichnung des Gesetzgebers Justinian außer Betracht läßt. Zumindest wäre darauf hinzuweisen, daß die anachronistische Durchführung von „Archaismen“ oder „Klassizismen“ ebenso revolutionär wirken kann wie die Verwirklichung neuer Ideen und Tendenzen.

<sup>22)</sup> Auf den Vorschlag des Anonymus zu einer Kodifikation wird in der modernen Literatur nicht selten hingewiesen; das folgende (sicher unvollständige) Verzeichnis der Hinweise möge zugleich als weiterführendes Literaturverzeichnis zum Anonymus dienen: Gaudemet, *Formation*, 44; Wenger, *Quellen*, 533, A. 9; De Francisci, *Conferenze per il XIV Centenario della Pandette* (1931) 20; Thompson, *A Roman Reformer and Inventor* (1952) 74; Stade, *SZ* 71 (1954) 490; Vogt, *Orbis* (1960) 317; Mazzarino, *Aspetti sociali del quarto Secolo* (1951) 304f. (dort S. 384 A. 56 weitere Lit. zum Anonymus). Doch fehlt es — soviel ich sehe — noch an einer eingehenden Analyse seines Gesetzgebungsvorschlages.

<sup>23)</sup> S. Seeck, *RE* I, 2325; Untergang VI, 430.

formismus des Jahrhunderts“<sup>24)</sup>. Die moderne Tendenz zu einer positiveren Bewertung des Anonymus dürfte im ganzen richtig sein. Auf keinen Fall trifft das ältere negative Urteil für den Gesetzgebungsvorschlag zu. Man kann kaum sagen, daß dieser Vorschlag für die Spätantike ein „verrücktes Projekt“ ist.

Zur näheren Charakterisierung der Schrift darf auf die allgemeine Literatur, insbesondere auf die Werke von Thompson und Mazzarino<sup>25)</sup> verwiesen werden. Hier genügt folgendes: Die Entstehungszeit liegt nach jetzt durchaus herrschender Ansicht im dritten Viertel des 4. Jhs.<sup>26)</sup>. Der Verfasser war Privatperson<sup>27)</sup>; dahinstehen kann, ob man den von ihm beherrschten und in seiner

<sup>24)</sup> So Vogt, a. a. O., und die herrschende Tendenz in der modernen Literatur, insbesondere bei Thompson und Mazzarino. Etwas zurückhaltender etwa Stade, a. a. O. 430.

<sup>25)</sup> S. a. A. 22.

<sup>26)</sup> Unstrittig ist der terminus ante quem, nämlich das Jahr der Schlacht von Adrianopel (378); die Bemerkungen des Anonymus zur Barbarengefahr passen nicht auf eine Zeit nach dem Einbruch der Goten ins römische Reich (s. VI 1). Im übrigen nimmt Mazzarino (a. a. O. 72ff.) an, daß die Schrift in den letzten Jahren des Konstantius nach der Erhebung des Julian zum Caesar verfaßt sei (353—360). Doch sprechen dagegen 1. die Anrede „imperatores“ in der praefatio, die kaum auf zwei nicht gleichberechtigte Kaiser paßt, 2. die Vorwürfe gegen Konstantin (II 1), die der Verfasser sich kaum gegenüber einem Sohne Konstantins hätte erlauben dürfen, 3. der Hinweis auf die *fili* (praef. 5), der nach dem Kontext nicht einfach mit Mazzarino auf die Nachfolger bezogen werden kann, sondern die Existenz natürlicher *fili* voraussetzt. Wahrscheinlicher dürfte es sein, den Text in die Regierungszeit der Kaiser Valentinian und Valens (etwa in die Jahre 366—377, so Thompson, a. a. O. 2 mit Argumenten) zu setzen. Für die Zeit Valentinians spricht auch, daß der Verfasser vor allem Vorschläge über neue Waffen macht. Denn daran hatte dieser Kaiser besonderes Interesse (s. Amm. Marc. 30. 9. 4: *armorum inventor armatum*). Dieser Zeitansatz entspricht wohl auch der herrschenden Meinung. Doch kommt es für unsere Zwecke auf eine genauere Fixierung nicht unbedingt an. Richtig dürfte immerhin die Auffassung Mazzarinos insoweit sein, als er den Verfasser den mit Kaiser Julian sympathisierenden Kreisen zuweist (vgl. auch weiter im Text), wobei dahinstehen kann, ob Julian — die Richtigkeit des Zeitansatzes Mazzarinos unterstellt — den Text gekannt hat (so aber Mazzarino, a. a. O. 130 ohne nähere Begründung).

<sup>27)</sup> S. praefatio 3: *Set fas erit Republicae praesidium a privato Anonymo cognoscere, cum eorum utilitas interdum cum laici imperitorem.*

Schrift verwendeten Kanzleistil<sup>29)</sup> etwa als Indiz für eine frühere Beamtenstellung betrachten darf, oder ob der Stil nicht eher nur Ausdruck der allgemeinen Bildung der Zeit ist. Obwohl der Verfasser kein hervorragender Stilist ist, so zeigen doch gewisse Anklänge an ältere Schriftsteller<sup>30)</sup>, daß ihm nicht jede Bildung fehlt. Für militärische Dinge hat er großes Interesse, ohne selbst Militär zu sein<sup>31)</sup>. Wie seine Aversion gegen Konstantin zeigt<sup>32)</sup>, den er für den eigentlichen Urheber des Niedergangs des Reiches hält, dürfte er wahrscheinlich aus den heidnisch gebliebenen Schichten stammen. Wenn auch seine Herkunft nicht ganz unstrittig ist<sup>33)</sup>, so sprechen doch keine entscheidenden Gründe gegen die wegen des Gebrauchs der lateinischen Sprache näher liegende Annahme, daß er aus dem Westen stammte.

Der Inhalt des Werkes läßt sich kurz mit den Worten „Untersuchung der Verfallsgründe und Heilmittel gegen den Verfall“ umschreiben. Als Gründe für den Verfall nennt er — neben gelegentlichen Anspielungen auf das schlechte moralische Niveau der Beamtenschaft<sup>34)</sup> — vor allem die verfehlte Münz- und Steuerpolitik seit Konstantin und die damit verbundene Bedrückung und Auszehrung der Steuerzahler, der *collatores* oder *danatores*. Das Heilmittel liegt nach seiner Ansicht daher in einer gesunden Sparpolitik, zu deren Verwirklichung die Vorschläge dienen sollen. Verhältnismäßig kurz befaßt er sich dabei mit der Verbesserung der Münze (III) und der Steuereintreibung (IV) und geht dann ausführlich auf die Eindämmung der Militärausgaben ein, deren Möglichkeit er in erster Linie in der Verwendung von Kriegsmaschinen (VIff.), in zweiter Linie in einer Änderung der Dienstzeit (V) und der Grenzverteidigung (XX) sieht. Gleichsam anhangsweise folgt dann der Gesetzgebungsvorschlag, dem wir uns jetzt zuwenden wollen.

<sup>29)</sup> Thompson, a. a. O. 5.

<sup>30)</sup> Thompson, a. a. O. 4 A. 5.

<sup>31)</sup> Vgl. XII 1: ... *dicendi melius qui sua bella cognoscunt*.

<sup>32)</sup> II 1.

<sup>33)</sup> S. die Diskussion bei Thompson, a. a. O. 3.

<sup>34)</sup> Vgl. etwa IV 1: *iudicum (der Provinzstatthalter) ... exeranda cupiditas*.

## III.

Zuerst der Text<sup>35)</sup>:

*De legum vel iuris confusione purganda.*

*Divina providentia, sacratissime imperator, domi forisque Reipublicae praesidiis comparatis, restat unum de tua serenitate remedium ad civillum curarum medicinam, ut confusas legum contrariisque sententias, improbitatis repleto litigio, iudicio augustae dignationis illumines. Quid enim sic ab honestate consistit alienum quam ibidem studia exerceri certandi ubi iustitia proficente discernantur merita singulorum?*

Vor dem Versuch der historischen Einordnung der Stelle bedarf es einiger weniger Worte zur Interpretation. Es ist bisher — soweit ich sehe — in der Literatur nicht bestritten worden, daß der Anonymus nicht nur gesetzgeberische Ratschläge macht, sondern eine Kodifikation des Rechts projektiert. So ganz sicher ist das aber nicht. Beispielsweise erörtert Ammianus Marcellinus (22. 10. 7) mit inhaltlich ähnlichen Worten die gesetzgeberische Tätigkeit des Julian, von dem die Quellen nicht einmal Kodifikationspläne kennen: *Post multa enim etiam iura quaedam correxit in melius, ambagibus circumcisiss, indicantis liquide quid iuberent fieri vel vetarent*<sup>36)</sup>. Trotzdem ist es wahrscheinlich, daß die herrschende Auffassung das Richtige trifft. Zwar die *illuminatio* der *confusae legum contrariaeque sententiae* könnte — wie durch Julian — auch im Wege der Einzelgesetzgebung erfolgen. Aber eine allgemeine *purgatio* der *confusio legum vel iuris* ist nicht anders als durch eine Zusammenstellung des geltenden Rechts möglich. Wie etwa die privaten Sammelwerke des Gregorius und Hermogenianus sowie des Excerptors der Juristenschriften und Kaisergesetze in den Fragmenta Vaticana zeigen, ist ein solcher Gedanke dieser Zeit keineswegs fremd. Ein kleines Indiz für die Richtigkeit der hier vertretenen Meinung ist auch der ähnliche Sprachgebrauch Justinians etwa in *Deo auctore* 5: *ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum*<sup>37)</sup>. So darf ohne allzu große Leichtfertigkeit im folgenden davon ausgegangen

<sup>35)</sup> Zitiert nach Thompson, 106.

<sup>36)</sup> S. auch Nazar. paneg. Constant. (Paneg. lat. 10 [4]) 38 § 4: *novae leges rependit moribus et frangendis vitis constituit. Veterum calumniosae ambagis recinae captandae simplicitatis loquess perdidit*.

<sup>37)</sup> Vgl. auch *Omnia jura della Repubblica - Archivio Storico*.

werden, daß der Anonymus tatsächlich die Kodifikation für ein Heilmittel zur Rettung des Staates hielt<sup>37)</sup>.

Des weiteren ist nach dem Objekt der Kodifikation zu fragen. Der Text spricht von den *sententiae legum*, die Überschrift von *leges vel ius*. Die Untersuchungen Gaudemets<sup>38)</sup> haben überzeugend nachgewiesen, daß die in der modernen Literatur nicht seltene Entgegensetzung von *ius* als „aus den Juristenschriften entnommene Rechtsnormen“ und *leges* als „Kaisergesetze“ in der Spätantike eine räumlich (Okzident) und zeitlich (etwa 5. Jh.) nur recht beschränkte Entsprechung findet, die überdies auch in diesem Rahmen sich nicht streng durchgesetzt hat. Im 4. Jh. hatte *ius* noch keine technische Bedeutung<sup>39)</sup>. Darans sowie auch aus dem Sprachgebrauch unserer Stelle<sup>40)</sup> darf geschlossen werden, daß *ius* und *leges* hier nicht getrennte Rechtsmaterien bedeuten. Wenn auch nicht völlig auszuschließen ist, daß der Anonymus bei seinem Vorschlag auch an das Juristenrecht — gleichsam als Anhängsel des Kaiserrechts (vgl. CT 1.1.5: *... et per singulos titulos coherensibus prudentium tractatibus et responsis...*)<sup>41)</sup> — gedacht hat, so gilt

<sup>37)</sup> Damit wird die Richtigkeit der Behauptung Wieacker, a. a. O. 261 zweifelhaft, daß die Kodifikationsidee erst im 5. Jh. ins Leben getreten sei. Auch die Worte: *quod se a quosquam ulterius sedulo ambiguitate traheret* (vgl. den Fortgang des Zitats o. S. 110) in Nov. Theod. I 1 können vielleicht als Hinweis auf eine längere Diskussion der Kodifikationspläne gedeutet werden. Dagegen ist die Konjektur De Viszchers (Conferentia 67) einer Kodifikationspläne zur Zeit Diokletians ohne jeden Anhaltspunkt in den Quellen. Vgl. auch die weitere Darstellung im Text, wo Gründe dafür angegeben werden, daß in der Mitte des 4. Jhs. die Kodifikation des Rechts dringend wird.

<sup>38)</sup> Jura I (1950) 223 ff.

<sup>39)</sup> S. Gaudemet, a. a. O. 231.

<sup>40)</sup> Dem entspricht auch der literarische Sprachgebrauch; vgl. zur die Verwendung von *ius* in der oben zitierten Ammian-Stelle (22. 10. 7; dens. 16. 5. 12).

<sup>41)</sup> Nicht folgen kann ich der Ansicht Ebrards (vgl. etwa Studi Albario I [1963] 581), der das theodosianische Projekt der Kodifikation des Juristenrechts versteht. Gegen ihn spricht vor allem der insoweit klare Text von CT 1.1.5: *Et his autem tribus codicibus, et per singulos titulos coherensibus prudentium tractatibus et responsis, eorumdem opera, qui tertium ordinaverunt, noster erit alius...* Dabei geht es — anders als in den zur schelzbar ähnlichen Worten in Summa § 3 (*sufficit... constitutionum... recitatio adfectis etiam veterum iuris interpretatorum laboribus*) — kann um die bloße Interpretation und Ergänzung der Konstitutionen durch die Juristenschriften

sein primäres Interesse doch der Zusammenstellung der kaiserlichen Gesetzgebung. Dafür spricht auch eine weitere Erwägung. Die Gesamtintention des Werkes geht auf eine Reorganisation der Verwaltung, insbesondere der Steuerverwaltung. Wenn man den letzten Abschnitt der Schrift nicht völlig von dieser Gesamtintention lösen will, so ergibt sich auch hieraus, daß der Verfasser in erster Linie die Konstitutionen im Auge haben mußte; denn das Juristenrecht hatte seinen Schwerpunkt im Privatrecht, nicht im öffentlichen Recht. Dem entspricht auch die — allerdings späte — Verwirklichung seines Projekts im CT, der sich bekanntlich durch eine fast übermäßige Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Regelungen im Verhältnis zu den privatrechtlichen auszeichnet<sup>42)</sup>.

Damit dürfte der Weg für die Interpretation des Anonymus-Textes offen sein. Es geht dem Verfasser um die Bereinigung der Rechtsverwirrung; wenn die Ordnung nach innen und außen hergestellt ist, ist sie das Heilmittel (*medicina*) zur Beseitigung der inneren Sorgen (*ciuitatis curae*) (oder das zur inneren „Kur“ angezeigte Mittel). Durch sie soll das frevelhafte Prozessieren (*improbis litigium*) unmöglich gemacht werden. Denn dort, wo nach Gerechtigkeit die Prozesse entschieden werden sollen<sup>43)</sup>, darf bloße Prozeßsucht nicht herrschen.

Außerdem zeigen etwa die *Fragmenta Vaticana* und das *Breviarium* Beispiele für die mögliche Verwirklichung eines solchen Werkes. Immerhin hat Ebrard insofern recht, als er die *Digesten Justinians* von diesen Plänen weit abstet. Nicht nur ist die Verwendung der Literatur in den *Digesten* eine viel umfangreichere, als sie der damaligen Zeit denkbar und auch möglich gewesen wäre (vgl. nur Wieacker, a. a. O. 268, Textstufen klassischer Juristen [1960] 144 ff.); auch zeigt der Wortlaut von CT 1.1.5, daß die Juristenschriften gleichsam nur als Anhängsel zu den im Mittelpunkt der Kodifikation stehenden *leges* mit kodifiziert werden sollten (vgl. auch o. S. 129 ff.). Eine „Gleichberechtigung“ beider Massen, wie sie der justinianischen Kodifikation wenigstens dem Ergebnis nach zugrunde liegt, lag wohl außerhalb des Gesichtskreises dieser Zeit, in der die Rechtsschule und damit die Pflege der Juristenschriften offensichtlich erst wieder zu blühen begannen.

<sup>42)</sup> S. nur Gaudemet, *Formation*, 51; anders noch die *Codices Gregorians* und *Hermogenianus*; vgl. Gaudemet, 41.

<sup>43)</sup> Das bedeutet die *merita singulorum* (vgl. CT 1.20.1; a. 408: *consuetum moris vel facti*; s. auch 2.14.1; a. 400). Nicht aber geht es hier um eine partielle Entscheidung der Prozesse nach dem sozialen Range der Parteien, wie es Massarino (a. a. O. 104), verfährt durch seine etwas einseitig klassenkämpferische Aufsetzung des Anonymus; vgl. *Storico*.

## IV.

Betrachtet man die Stelle unter dem Gesichtspunkt der Kodifikationsbewegung im allgemeinen, so ist der erste Eindruck, daß die Aussage des Anonymus durchaus den offiziellen Äußerungen, wie sie oben skizziert worden sind, entspricht. Die Notwendigkeit der Gesetzesbereinigung wird mit der *confusio* des Rechts begründet, die dem Unredlichen die Möglichkeit gibt, Entscheidungen zu seinen Gunsten herbeizuführen. Besonders auffällig ist die Verwendung des Topos: *arma — leges*, der offensichtlich auch die Kodifikationsbewegung von Theodosius<sup>44)</sup> bis Justinian begleitet; besonders von letzterem wird er in fast allen die Kodifikation betreffenden Erlassen<sup>45)</sup> zur Charakterisierung der Kaiseridee wiederholt. Wäre der Anonymus nicht mit Sicherheit zeitlich vor die Kodifikationen zu stellen, so könnte man fast annehmen, daß der Kodifikationsvorschlag ihm gleichsam kraft Zwanges des ständig gebrauchten Topos in die Feder geflossen ist, nachdem er sich vorher ausführlich mit den *arma* beschäftigt hatte.

Wäre das alles, was man aus dem Anonymus entnehmen könnte, so würde man ihn neben den erlauchten Namen Caesars stellen dürfen<sup>46)</sup> als einen der Vorläufer der spätantiken Kodifikationsidee; seine Bedeutung für das Verständnis der Kodifikationsbewegung als solcher wäre demgegenüber gering. Doch wäre diese Resignation wohl vorsehnlich. Sie ließe den Kontext, die Gesamttendenz des Werkes und die Persönlichkeit des Verfassers außer acht. Zieht man diese Umstände — selbstverständlich hier allein vom Gesichtspunkt der Kodifikationsbewegung aus — noch hinzu, so läßt sich vielleicht über Träger, Zwecke und geistige Haltung als bestimmende Elemente der Kodifikationsbewegung teilweise mehr erfahren, als uns unsere sonstigen Quellen verraten.

## V.

Zuerst zur Frage nach dem Träger der Kodifikationsbewegung. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß nach herrschender Auf-

<sup>44)</sup> *Gesta 2: Aeternorum principum felicitas eo usque procedit augmento, ut ornamentis pacis instruat, quos bellorum sorte defendit.*

<sup>45)</sup> Vgl. den oben zitierten Text von *Imperatoriam pr.*, sowie *Summa pr.*, *Talia pr.*, 12; vgl. auch Rubin, a. a. O. 146ff.

<sup>46)</sup> *Sust. Caes.* 44. 2.

fassung der Anstoß zur Kodifikation von der Zentralbürokratie ausging. Doch würde diese Antwort nur dann die letztmögliche sein, wenn die Zentralbürokratie eine in sich geschlossene Klasse wäre. Das aber dürfte nicht der Fall sein, wenn auch das Fehlen einer Prosopographie und Sozialgeschichte der spätantiken Beamtenschaft eine endgültige Lösung dieses Problems unmöglich macht. Keinesfalls darf die Gesetzgebung, die vor allem den Eintritt der Kurialen in die Beamtenschaft weitgehend beschränkte<sup>47)</sup>, als ausreichende Begründung für eine etwaige kastenartige Abschließung<sup>48)</sup> der Beamtenschaft betrachtet werden.

Folgende Hinweise mögen genügen, um die verhältnismäßige „Offenheit“ der kaiserlichen Beamtenschaft zu kennzeichnen. Einmal ist es bekannt, daß trotz des Mißtrauens der Kaiser gegen die Senatsaristokratie diese weitgehend die obersten Staatsstellen besetzte<sup>49)</sup>. Wichtiger noch sind die Ergebnisse der Untersuchungen Petits über die Sozialstruktur der Schülerschaft des Libanios<sup>50)</sup>. Aus ihnen ergibt sich, daß die Schüler des Libanios, die zum großen Teil die Beamtenkarriere einschlugen, vorzugsweise aus Kurial-<sup>51)</sup> und Beamtenfamilien, teilweise auch aus der Schicht der Professoren und freien Berufe stammten. Nimmt man hinzu, daß der Militärdienst auch manchem Glied der untersten Volksschichten die höchsten Beamtenstellen eröffnete<sup>52)</sup>, so erweist sich damit die relative soziale Offenheit der Beamtenschaft. Wenn man nicht der Meinung ist, daß durch die Aufnahme in die Beamtenschaft eine Metamorphose des Aufgenommenen zu einem perfekten Kastenangehörigen eintrat, so bleibt also weiterhin die Frage offen, welche Schichten — eventuell innerhalb der Beamtenschaft — vorzugsweise als Träger der Kodifikationsidee in Betracht kommen. Hierzu

<sup>47)</sup> Vgl. nur *CT* 12. 1. 5 (317); 25 (338); 82 (380) *passim*.

<sup>48)</sup> von der etwa Ellul in seiner an sozialgeschichtlichen Beobachtungen reichen *Histoire des Institutions* (1961) 552 ausgeht. Vorsichtiger ist Rostovtzeff, *Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich* II, 220.

<sup>49)</sup> Vgl. nur die Liste bei Sundwall, *Weströmische Studien* (1915) 39ff.

<sup>50)</sup> *Les étudiants de Libanios* (1957) 165ff. *passim*.

<sup>51)</sup> Allerdings tendiert die Mehrzahl der aus den Kurialfamilien stammenden Schüler nach Petit (a. a. O. 174) zur Advokatur.

<sup>52)</sup> Im Beamtenkörper befanden sich Barbaren und Halbbarbaren; s. Rostovtzeff, *Gesellschaft u. Wirtschaft* II, 216.

Z4

vermag vielleicht die Herkunft unseres Anonymus eine gewisse Leitlinie zu geben.

Es wurde bereits erwähnt, daß der Verfasser unserer Schrift nicht Beamter oder Militär, sondern Privatmann war. Daß er eine rhetorische Ausbildung, vielleicht nicht allzu intensiver Art, genossen hat, ist wahrscheinlich; doch ist damit über seine Herkunft nur soviel gesagt, daß er kaum den untersten Bevölkerungsschichten angehörte. Ein Mitglied der Senatsaristokratie dürfte er höchstwahrscheinlich nicht gewesen sein<sup>42</sup>); dagegen spricht etwa die Großzügigkeit, mit der er die Kosten für den Bau der *castella* den *possessores* aufzuerlegen vorschlägt (XX 1). Vor allem aber ist auf seine Äußerungen in der *praefatio* hinzuweisen, wo er mit versteckter Ironie von der mangelnden Genialität (*ingenii magnitudo*) der Vornehmen, Reichen, Beamten sowie der Rhetoren spricht (s. 5) und sich selbst als mittelbegütert vorstellt<sup>43</sup>). Das macht es wahrscheinlich, daß er dem (städtischen) begüterten Mittelstande, vielleicht dem Kurlstande angehörte<sup>44</sup>). Dafür spricht vor allem auch sein besonderes Interesse für die Steuerpolitik, unter deren falscher Tendenz bekanntlich die Kurlen besonders litten. Um die finanziellen Interessen dieses seines Standes scheint es dem Anonymus vor allem zu gehen.

Demgegenüber darf man sich nicht durch den „sozialen“ Ton der Schrift zugunsten der armen Bevölkerungsschichten täuschen lassen, wie es Mazzarino geschehen ist, der den Anonymus gleichsam als „Sozialisten“ bezeichnet<sup>45</sup>). Das Interesse der Kurlen an der Existenz einer wirtschaftlich gesunden Unterschicht war ein durchaus egoistisches; denn ohne sie wurde ständig die eigene steuerliche Haftung der Kurlen aktuell. Aber auch die Worte des Anonymus selbst zeigen, daß er sich keineswegs<sup>46</sup>) als solidarisch mit den Unterdrückten oder als ihr Interessenvertreter fühlt; so, wenn er zwar ihre *pauperitas* ihnen nicht zuzurechnenden Umständen, vor allem der Münzpolitik Konstantins, zur Last legt, sich

<sup>42</sup>) S. auch Mazzarino, a. a. O. 71; Thompson, a. a. O. 5.

<sup>43</sup>) ... *otio persuasus, non adeo a rerum commoditatibus peregrinus* (s. 10).

<sup>44</sup>) Ähnlich Thompson, 401. Seine kurlfreundliche Tendenz wird mit Recht auch von Mazzarino, 824 betont.

<sup>45</sup>) S. etwa a. a. O. 106.

<sup>46</sup>) etwa gar in Klassenkämpferischer Position.

aber von den durch die Unterdrückten gezogenen Folgerungen aus der *pauperitas*, der Selbsthilfe, den Räubereien, Verbrechen etc. mit scharfen Worten distanzieren<sup>47</sup>). Seine Vorschläge gelten dem Wohl aller — wenn wir so sagen dürfen — konstruktiven Schichten des Reiches, den *militum tractantibus*, den *otio privato contentis, terrae cultoribus, negotiatoribus mercium luera tractantibus*<sup>48</sup>) — wobei auffälligerweise die Senatsaristokratie nicht genannt wird.

In einen etwas allgemeineren Rahmen gestellt, entspricht die Haltung des Anonymus weitgehend den Tendenzen der Regierung Julians. Diese bestehen in dem Versuch der Wiederherstellung des Staates auf heidnischer Grundlage, in der Fürsorge für die Städte (Kurlen)<sup>49</sup>), in dem Schutz der Steuerzahler<sup>50</sup>), in der Zurückdrängung der Übergriffe der Mächtigen<sup>51</sup>), in dem Bestreben, eine integre Gerichtsbarkeit und Rechtsordnung wiederherzustellen<sup>52</sup>). Grundlage der julianischen Regierungspolitik ist die Reaktion auf die konstantinische „Revolution“. Alle diese Momente finden sich bei dem Anonymus wieder. Er dürfte Heide, Kurlale und Gegner Konstantins sein, sein Bestreben geht auf Erleichterung der Bedrückung der Steuerzahler und der Armen, sowie auf Herstellung der Rechtssicherheit. Selbst die romantische Bewunderung alt-römischer *virtus* fehlt ihm nicht<sup>53</sup>).

Es spricht also manches dafür, daß der Anonymus als Angehöriger des begüterten Mittelstands, auf dem die Blüte des Imperiums

<sup>47</sup>) *Sed afflictis paupertas, in variis scelerum conatus accensa, nullam reverentiam iuris aut pietatis affectum prae oculis habens, vindictam suam malis artibus commendavit. Nam saepe gravissimis damnis affecti imperia populando agros, quidem atrocissimis persequendo, inflammando odia, et per gradus criminum fecit tyrannos quos ad gloriam virtutis haece produxit magis quam succendit audacia.*

<sup>48</sup>) Praef. 6.

<sup>49</sup>) Vgl. nur (Bischoff-)Nörr, Eine unbekannte Konstitution Julians (1963) 251.

<sup>50</sup>) S. nur Amm. Marc. 16. 5. 14; 17. 3. 1ff.; 18. 1. 1ff.; 25. 4. 15; Euseb. brev. X 16; vgl. etwa auch Mazzarino, a. a. O. 107.

<sup>51</sup>) S. Amm. Marc. 16. 5. 15.

<sup>52</sup>) Amm. Marc. 18. 1. 1.; 22. 10. 7.

<sup>53</sup>) II 5: *Denique paupertas felicitum temporum resolve memoriam et antiquae paupertatis famosa regna considera, quae agros colere et abstinerere epibus morant, qua haec honoris laude per omne aevum frugalitas incorrupta commendat. Vgl. auch I 2.* Senato della Repubblica - Archivio Storico

in der hohen Kaiserzeit geruht hatte und dessen Schwinden und Verfall mit dem Verfall des Reiches gleichläuft<sup>65</sup>), dessen Interessen vertritt. Dürfen wir in diesem gehobenen Mittelstande auch den wesentlichen Träger der Kodifikationsbewegung sehen? Dazu bedarf es eine kurzen Überblicks über die Bevölkerungsschichten des römischen Imperiums.

Als Salvian die Sünden des römischen Volkes schilderte, die zum Untergang des Reiches führen mußten, nennt er folgende Bevölkerungsklassen<sup>66</sup>): *servi, abiectionissimi* (coloni und sonstiges geringes Volk), *negotiantes, curiales, officiales, militantes, nobiles* (und *diocetes*). Von diesen Klassen scheiden die unteren Schichten, die für uns ohne Sprache sind, und die *salutantes* ohne weiteres als Träger der Kodifikationsbewegung aus. Über die hybride Zusammensetzung der Bürokratie (*officiales*), die es zumindest schwierig macht, in ihr den alleinigen Träger des Kodifikationsgedankens zu sehen, wurde schon gesprochen. In Betracht kommen also die (Groß-) Kaufleute und die Kurialen, die wir hier als eine Klasse, eben den gehobenen Mittelstand, zusammenfassen dürfen, auf der einen Seite, die Mächtigen und Reichen, die *possessores*, auf der anderen Seite<sup>67</sup>). Hat man zwischen diesen beiden Bevölkerungsklassen zu wählen, so spricht eine Reihe von inneren Gründen für den gehobenen Mittelstand als vorzüglichem Träger der Kodifikationsbewegung; das Indiz, das wir aus der Herkunft des Anonymus entnehmen konnten, dürfte also auf den richtigen Weg führen.

Vorauszuschicken ist, daß die Klasse der *possessores* in sich selbst wieder vielschichtig ist<sup>68</sup>), daß es vor allem nicht ausgeschlossen ist, daß sie im Osten und Westen wenigstens teilweise verschiedene Haltungen zeigt<sup>69</sup>). So ist die folgende Beurteilung notwendiger-

<sup>65</sup>) Ellul, a. a. O. 560f.

<sup>66</sup>) De gub. del III 10 (53); m. W. stellt diese Stelle die ausführlichste und beste Liste der Bevölkerungsklassen in der römischen Spätzeit dar.

<sup>67</sup>) Auf die Unterschiede der *honestiores* und *humiliores*, der *potentes* und *leniores* muß hier nicht näher eingegangen werden; vgl. nur Cardascia, RHD 28 (1960) 306ff., 461ff.; De Robertis, RISG 14 (1959) 92ff.; Mazzarino, a. a. O. 104; Gaudemet, Formation, 103; Ellul, a. a. O. 476f.

<sup>68</sup>) Vgl. Ellul, a. a. O. 500.

<sup>69</sup>) S. nur Ellul, a. a. O. 338 zum Unterschied in der sozialen Zusammensetzung des römischen und konstantinopolitanischen Senats. Letzterer besteht fast nur aus Alt-Beamten, ist staatsnäher und zentralistischer.

weise eine sehr allgemeine. Wenn man das vorzugsweise Ziel der Kodifikationsbewegung in der Herstellung der Rechtssicherheit sieht, so liegt es auf der Hand, daß die Erreichung dieses Zieles für die *possessores* nicht nur kein vordringliches war, sondern daß sie ohne Erreichung des Zieles vielmehr leichter und ungestörter ihre egoistischen Interessen wahrnehmen konnten. Die Kodifikation konnte für sie bedeuten: Festlegung und Einschränkung der Grenzen ihrer sozialen Macht gegenüber den unteren Schichten<sup>70</sup>), Erschwerung der Selbsthilfe<sup>71</sup>), Erschwerung des Einwirkens auf die Gerichte zur Erlangung eines parteiischen Urteils<sup>72</sup>), Abstellung der Versuche, die staatlichen Lasten auf die unteren Volksschichten abzuwälzen und sich der Staatsgewalt zu entziehen<sup>73</sup>). Auch der spätantike Kodifikationsgedanke ist durch einen allgemeinen Charakterzug jeder Kodifikationsbewegung gekennzeichnet: Er tendiert auf eine Stärkung der Staatsmacht. Die Rationalisierung des Rechts erhöht seine Wirkungskraft. Die Kodifikation ermöglicht die gleichmäßige Behandlung der Untertanen und ist damit auf die Nivellierung der Klassenunterschiede gerichtet<sup>74</sup>). In dem Kampf zwischen Zentralgewalt und den — insbesondere im Westen des Reiches starken — zentrifugalen Kräften, die gerade in den obersten Schichten beheimatet waren, war sie eine Waffe zur Konsolidierung der Staatsmacht<sup>75</sup>). Nicht umsonst ist die Kodifikationsidee im Osten des Reiches, wo die Staatsgewalt über die zentrifugalen Kräfte im ganzen gesehen den Sieg davon getragen hatte, zu vollkommenerer Verwirklichung gelangt als im Westen<sup>76</sup>).

<sup>70</sup>) S. nur CT 4. 4. 5 (416), CJ 3. 14. 1 (304); vgl. auch Salvian, de gub. del IV 4 (21) über die Untaten der Reichen und der Beamten.

<sup>71</sup>) S. etwa CT 4. 22. 3 (389); Ellul, a. a. O. 561.

<sup>72</sup>) Vgl. CT 1. 15. 1 (325); vgl. auch Ellul, 543.

<sup>73</sup>) S. Restovtzeff, a. a. O. II, 236.

<sup>74</sup>) Vgl. nur Pringsheim, RIDA 3. S. 4 (1957) 305 (Abh. II, 107ff.).

<sup>75</sup>) Zweifelhaft ist es, ob man in den recht unklaren Worten der Gesta senatus 5 zum CT: *Hic subreptionibus possessorum ius omne confunditur* (vgl. dazu auch Pharr, The Theodosian Code [1952] 6), eine Bestätigung des Gedankens sehen kann, daß die Kodifikation dem Treiben der *possessores* ein Ende machen sollte. Denn bei dieser Auslegung würde der Satz eine kaum zu erwartende offenerige Bewertung des eigenen Handelns durch die im Senat sitzenden *possessores* bedeuten.

<sup>76</sup>) Vgl. Wieacker, a. a. O. 270, der wohl zu Recht einen Zusammenhang zwischen der fehlenden Reaktivierung des Rechts im Westen und der Opposi-

Demgegenüber ist das Interesse des Mittelstandes an der Kodifikation ein weitaus größeres. Wenn auch er versuchte, die Steuerlasten auf die *collatores* abzuwälzen<sup>77)</sup>, so war ihm das wegen seiner geringeren Macht doch nicht in demselben Maße möglich wie den *possessores*. Er mußte an einer sicheren Handhabung des Rechts durch die Beamten besonders interessiert sein, auf deren Amtsausübung er nicht den gleichen Einfluß nehmen konnte wie die *possessores*. Auf ihm lag nicht nur ein großer Teil der staatlichen Lasten; er stellte vielmehr auch die wesentlichen Teilnehmer am Rechtsverkehr insbesondere im Bereich der Verkehrsgeschäfte. Ganz allgemein läßt sich sagen, daß nicht nur in der Spätantike, sondern auch in der Neuzeit die Interessen des gehobenen Mittelstandes häufig als Antriebskräfte von Kodifikationsbewegungen festzustellen waren<sup>78)</sup>.

Eine Gegenprobe zu diesem Ergebnis läßt sich vielleicht auch aus der Zusammensetzung des Juristenstandes ziehen. Während noch in der Mitte des 4. Jhs die Jugend der bürgerlichen Oberschichten in die Rhetorenschulen strebte<sup>79)</sup> und die eigentliche juristische Tätigkeit anscheinend recht gering geachtet wurde<sup>80)</sup>, trat in den sechziger Jahren jener von Libanios (or. LXII 21ff.) beklagte Umschwung ein, der diese Jugend von der Rhetorik weg zur Jurisprudenz, von Antiochia nach Berytos führte. Diejenigen Kreise, die sich früher mit der Rhetorik beschäftigten, sind dieselben, die jetzt zur Jurisprudenz übergehen. Wenn unter ihnen auch Angehörige der Senatsaristokratie waren<sup>81)</sup>, so stellt den Hauptteil doch der gehobene Mittelstand<sup>82)</sup>. Aus den Juristen ent-

tion der Senatsaristokratie gegen die Regierung sieht; s. auch Rostovtzeff II, 236.

<sup>77)</sup> *quod curiales, ut tyranni* (Salvian, de gov. dei V 4 [18]).

<sup>78)</sup> Vgl. nur Max Weber, *Rechtsoziologie*, Leichterhand, 1960, 260f.

<sup>79)</sup> Vgl. nochmals Petit, a. A. 50.

<sup>80)</sup> S. Mamertinus (Paneg. lat. II [8] 20. 1: *Juris civilis scientia, quae Manius Scapulus Servius in amplissimo gradu dignitatis egerit, libertorum artificum discolus*). Nach Libanios, or. LXII 21ff. waren es Handwerker-söhne, die sich vor dem Umschwung in der Mitte des 4. Jhs der Rechtskunde widmeten.

<sup>81)</sup> S. nur Libanios, or. XLVIII 11.

<sup>82)</sup> Vgl. auch Collinet, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth* (1925) 97f.; Wiesacker, *Vom römischen Recht*, 267; Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1962) 577.

nimmt der Staat aber auch mehr und mehr seine Beamten<sup>83)</sup> und damit diejenigen, die die Kodifikationsidee zum Erfolge führen konnten. Es ist vielleicht mehr als ein Zufall, daß der erste Vorschlag zu einer offiziellen Kodifikation von einem Angehörigen dieses oberen Mittelstandes etwa zur selben Zeit gemacht wurde, als dieser sich der juristischen Ausbildung zuwandte. Hierin liegt eine weitere Bestätigung unserer Vermutung, daß die Kodifikationsidee weitgehend von der städtischen Oberschicht getragen wurde.

Allerdings wäre es wohl eine nicht zulässige Vereinfachung, wenn man diese Schicht nun zum alleinigen Träger der Kodifikationen machen würde. Der Staat der Spätzeit ist eine absolute Monarchie. Das bedeutet vor allem, daß die Kodifikationsbewegung in keinem Falle zur Verwirklichung gelangen konnte, wenn sie nicht die eigentlichen Träger der Staatsgewalt, Kaiser und Zentrale, ergriff. Das konnte mittelbar durch Aufnahme von Mitgliedern der oberen Mittelschichten in die Beamtenschaft und damit auch in die Zentralbürokratie geschehen. Doch ist zu vermuten, daß den Bestrebungen dieser Schicht eigenständige Tendenzen in der Zentralbürokratie selbst entgegenkamen. Dabei ist auf die Ausführungen Max Webers zu den sozialen Grundlagen der Kodifikationen hinzuweisen<sup>84)</sup>. Nach ihm beruhen Kodifikationen weitgehend auf dem Zusammenspiel der Interessen des Fürsten an Einheit und Geschlossenheit des Reiches und an der Fungibilität seiner Beamten mit den Interessen der Beamten an der Übersichtlichkeit des Rechts, die zugleich eine leichtere Überwachung der Gesetzesdurchführung durch die Zentrale ermöglicht<sup>85)</sup>, und mit den bürgerlichen Erwerbsinteressen, die auf Rechtssicherheit drängen. Die Rolle der Beamtenklasse innerhalb der Kodifikationsbewegung darf also nicht ganz außer acht bleiben. Zwar haben wir gesehen, daß die Beamten nicht nur aus dem Beamtenstand selbst entstammten, sondern auch aus anderen Schichten der Bevölkerung, womit stets die Gefahr heraufbeschworen wurde, daß sie ihre Herkunftsinteressen zuungunsten der Allgemeininteressen bevorzugten; zwar hatte auch der Beamtenstand als solcher egoisti-

<sup>83)</sup> S. etwa Libanios LXII 47; Petit, a. a. O. 183; Wiesacker, a. a. O. 265ff.

<sup>84)</sup> *Rechtsoziologie*, 260, *della Repubblica - Archivio Storico*.

<sup>85)</sup> S. auch Schulz, *Rechtswissenschaft*, 362.

sehe Interessen, die er auf Kosten der anderen Bevölkerungsklassen durchzusetzen suchte<sup>86</sup>). Doch sind einmal die egoistischen Interessen der Beamten teilweise mit den Interessen des Staatsganzen identisch. Das gilt etwa vom Interesse der Zentralbürokratie an der Erhaltung einer starken Staatsgewalt, die durch sie selbst verkörpert wird. Zum anderen wird wenigstens in den integrierten Teilen der Beamtenschaft die Fürsorge für das Wohl des Staates stets eine beherrschende Rolle gespielt haben, wobei hier nur auf die umfangreiche Gesetzgebung zugunsten der unteren Schichten der Bevölkerung hinzuweisen ist<sup>87</sup>), die — selbst ohne Sprachrohr und wesentliche Einwirkungsmöglichkeiten — in der Staatsgewalt den einzigen Vertreter ihrer Interessen gegenüber den anderen Bevölkerungsklassen finden konnten. Danach ist es wahrscheinlich, daß wir in der Beamtenschaft, vor allem in der Zentralbürokratie, den zweiten Träger der Kodifikationsbewegung sehen dürfen.

Es wird zwar kaum möglich sein, insbesondere nicht anlässlich der Diskussion einer einzelnen Stelle wie des Anonymus, zu sicheren Schlußfolgerungen über den sozialen Ort der Kodifikationsbewegung zu kommen. Immerhin erscheint mir die Vermutung gerechtfertigt, daß wir ihn einmal bei den oberen städtischen Schichten, insbesondere den Kurialen, zum anderen bei denjenigen Teilen der Beamtenschaft suchen dürfen, die nicht wegen überwiegender eigensichtiger Interessen in eine der Konsolidierung der Staatsgewalt feindliche Richtung tendierten.

Eine eingehende Behandlung der weiteren Frage, ob diese soziale Konstellation auch für die justinianische Kodifikation zutrifft, würde zu weit vom Ausgangspunkt unserer Überlegungen hinwegführen. Immerhin steht fest, daß Beamtenschaft und Rechtsschulen an der Verwirklichung der Kodifikation maßgebenden Anteil hatten. Es ist nicht ausgeschlossen, daß auch die Senatsaristokratie, die im Osten regelmäßig staatsnäher war als im Westen<sup>88</sup>), der Kodifikation nicht geradezu feindlich gegenüberstand. Doch ist es immerhin auffällig, daß Prokop, der sich in seinen Invokativen gerade auch gegen die gesetzgeberische, wenn auch

<sup>86</sup>) Vgl. nur die Klagen Salvians, de gab. dei V 4 (18), VII 21 (89ff.) passim, sowie Rostovtzeff, a. a. O. II, 230.

<sup>87</sup>) Vgl. nur Ellul, Histoire des institutions, 564.

<sup>88</sup>) S. Ellul, a. a. O. 538.

nicht speziell gegen die kodifikatorische Tätigkeit Justinians wendet, wohl mit Recht stets als Vertreter der Senatsopposition gilt<sup>89</sup>). Das ist wenigstens ein Indiz dafür, daß wir auch in justinianischer Zeit nicht mit einem entscheidenden Wechsel der Träger der Kodifikationsbewegung zu rechnen brauchen.

Hinzu kommt allerdings das persönliche Engagement des Kaisers, das der justinianischen Kodifikation einen besonderen Zug gibt. So stark man aber einerseits die Persönlichkeit Justinians, andererseits die Bedeutung der Kaiseridee<sup>90</sup>) bei der Herstellung des Corpus iuris einschätzen mag, so bleibt doch immer die Frage offen, ob Justinian als Gesetzgeber nicht zugleich Exponent bestimmter Bevölkerungsschichten war<sup>91</sup>). Diese Frage mündet in das allgemeine Problem aus, von welchen Schichten der Reichsbewölkerung die expansive Restaurationspolitik Justinians vor allem getragen wurde, ein Problem, dessen Lösung hier nicht einmal angedeutet werden kann.

## VI.

Die Frage nach dem Zweck der Kodifikationsbewegung wird unter dem Eindruck der wissenschaftlichen Bedeutung und der praktischen Nutzlosigkeit der Digesten allzu leicht vom praktischen auf das theoretische Gebiet verschoben<sup>92</sup>). Stellen wir sie unserem Anonymus-Text, so kann die Antwort nicht anders lauten, als daß er durch den Kodifikationsvorschlag der Praxis dienen will. Sein ganzes Werk ist eine Anleitung zum richtigen Handeln auf dem Gebiet der Finanzen, der Verwaltung, des Militärwesens und schließlich auch der Gesetzgebung. Wenn sich der Verfasser auch gelegentlich auf die *libertas philosophiae* zur Rechtfertigung seiner freien Rede beruft<sup>93</sup>), so sind ihm „wissenschaftliche“

<sup>89</sup>) S. nur Rubin, a. a. O. 198: Klassenhochmut der mächtigen, aber zahlenmäßig schwachen Gruppe der Senatoren und Großgrundbesitzer.

<sup>90</sup>) Rubin, a. a. O. 122ff.

<sup>91</sup>) Vgl. etwa die niedrige Herkunft Justinians.

<sup>92</sup>) S. Wiesacker, Vom röm. Recht, 242: Umwandlung des römischen Rechts in der Spätantike vom Handeln in die Lehre. Konsequenterweise müßte dann auch in der Kodifikationsbewegung das theoretische Interesse wenigstens recht maßgeblich sein.

<sup>93</sup>) Praef. 10.

Interessen doch durchaus fremd. Ein äußeres Zeichen dafür ist es, daß der Gegenstand der Kodifikation in erster Linie die Konstitutionen sein sollen. Im übrigen erklärt es sich auch ohne weiteres aus den Zeitumständen, warum eine Kodifikation seit der Mitte des 4. Jhs besonders vordringlich war. Die revolutionäre, weitgehend inkonsequente, dem bisher geltenden Recht häufig widersprechende Gesetzgebung Konstantins<sup>94)</sup> konnte nicht mehr — wie einst die vordioletianische und dioletianische Gesetzgebung — durch private Sammlungen praktikabel gemacht werden. Hier bedurfte es in größerem Umfang Angleichungen und Verbesserungen — oder schließlich gar Beseitigungen und Rückkehr zum alten Recht, wie sie durch die julianische Rechtspolitik gefordert wurde. Die Kodifikationsbewegung hatte also nicht nur praktische Zwecke, sondern ruhte auf praktischen, aus der konkreten Situation der nachkonstantinischen Zeit zu verstehenden Notwendigkeiten.

Wenn wir — ohne Bekanntes breit zu wiederholen<sup>95)</sup> — von diesem Ausgangspunkt aus die Verwirklichung der Kodifikationsidee in der theodosianischen und justinianischen Gesetzgebung betrachten, so zeigt sich eine anfänglich leichte, später stärkere Abweichung des Kurses vom praktischen auf das wissenschaftliche Feld.

Die theodosianische Kodifikation sollte sich eigentlich in zwei Stadien vollziehen (s. CT I. 1. 5): Zuerst waren die konstantinischen und nachkonstantinischen Konstitutionen zu sammeln. Aus dieser Sammlung, den *Codices Gregorianus* und *Hermogenianus* sowie den Juristenschriften sollte dann ein endgültiges Gesetzbuch hergestellt werden, welches *nullius errores, nullas patitur ambages*. Doch ging bereits der erste Kodex nach dem Plan der kaiserlichen Zentrale über eine bloße Sammlung der Konstitutionen hinaus; er sollte diese nicht vollständig, sondern unter Weglassung des Überflüssigen enthalten; auch war bereits eine Aufteilung der Konstitutionen, die sich mit mehreren Rechtsmaterien befaßten, auf verschiedene Titel vorgesehen<sup>96)</sup>. Dagegen waren der Gesetzgebungskommission

<sup>94)</sup> S. nur Städe, *Der Politiker Diokletian ...* (1926) 73.

<sup>95)</sup> Vgl. vor allem die oft zitierte glänzende Darstellung Wieackers in: *Vom römischen Recht*, 242ff., sowie etwa die Lit. bei Ellul, a. a. O. 622f.

<sup>96)</sup> S. auch Gaudemet, *Formation*, 44f.

Änderungen an den Gesetzen offensichtlich ursprünglich nicht gestattet. Eine entsprechende Erlaubnis erhielt sie im Jahre 435 (CT I. 1. 6<sup>97)</sup>), als — wohl infolge schlechten Fortgangs der Arbeit — die Zusammensetzung der Kommission geändert wurde. Mit dieser Änderung ist das erste Stadium des Kodifikationsplanes vom Jahre 429 im Jahre 439 in Kraft getreten. Ob man bereits bei Erlass der Änderungskonstitution von 435 endgültig auf das ursprünglich vorgesehene zweite Stadium verzichtete<sup>98)</sup>, ist nicht ganz unzweifelhaft. Die Aufnahme des umfangreicheren Planes in die *Gesta senatus* spricht an sich dagegen. Die Regierung hätte es sich wohl kaum geleistet, so offenherzig auf das große Projekt hinzuweisen, wenn sie von seinem endgültigen Scheitern überzeugt gewesen wäre<sup>99)</sup>.

Worin besteht nun die „wissenschaftliche“ Neigung der theodosianischen Kodifikation? Keineswegs in dem Plan, die *Responsum* und *Traktate* der klassischen Jurisprudenz in den zweiten nicht zustande gekommenen Kodex aufzunehmen; denn gerade dieser Kodex sollte allein praktischen Zwecken dienen, *omni iuris diversitate exclusa magisterium vitae* gewähren<sup>100)</sup>. Vielmehr ist es die Aufnahme der nicht mehr geltenden Konstitutionen in den ersten Kodex, die der *intentio scholastica* zuliebe erfolgen sollte. Allerdings darf die wissenschaftliche Tendenz des ersten Kodexplanes nicht überbetont werden. Einmal dient er durch das Verbot, nicht auf-

<sup>97)</sup> CT I. 1. 6. 1: *Quod ut brevitate constrictum claritate luceat, adgressurus hoc opus et demendi supervacua verba et adiciendi necessaria et demutandi ambigua et emendandi incongrua tribuimus potestatem, scilicet ut his modis utriusque illustrata constitutio emineat.* Mitverständlich Gaudemet, a. a. O. 46; die Worte aus CT I. 1. 6 pr. „ad vim sanctionis non pertinens“ enthalten nicht die Anweisung an die Kommission, nicht geltendes Recht von der Aufnahme auszuschließen, sondern beziehen sich — wie die entsprechenden Worte in CT I. 1. 5 zeigen (*praetermissis illis, quae sanciondas rei non ex ipso necessitate adjuncta sunt*) — auf die Teile jeder Konstitution, die nur Begründung und rhetorisches Beiwerk, nicht aber die eigentliche Norm enthalten.

<sup>98)</sup> Zu den Gründen vgl. nur De Visscher, *Conférence*, 74; Wieacker, a. a. O. 261.

<sup>99)</sup> Anders allerdings die herrschende Auffassung; vgl. nur Arangio-Ruiz, *Storia*, 357. Eine stichhaltige Antwort ist wohl nicht möglich.

<sup>100)</sup> CT I. 1. 5.

genommene Konstitutionen vor Gericht vorzulegen<sup>101)</sup>, sowie durch die leichtere Handhabung der gesammelten Gesetze vorwiegend praktischen Zielen; zum anderen stellt selbst die Berücksichtigung der nicht mehr geltenden Erlasse zugleich eine Lösung des praktischen Problems dar, welchem Recht in der Vergangenheit liegende Rechtsgeschäfte zu unterwerfen sind<sup>102)</sup>. Damit bleibt für die behauptete wissenschaftliche Tendenz des Kodifikationsplanes des Theodosius nurmehr wenig Raum übrig.

Wie die theodosianische Kodifikation im großen und ganzen eine Verwirklichung der der Praxis dienenden Vorschläge des Anonymus war, so herrscht auch bei den Anfängen der justinianischen Kodifikation die praktische Richtung durchaus vor. Justinian fühlte sich ursprünglich hier auch nicht als Neuerer, sondern als derjenige, der — allerdings erfolgreich — lange bestehende Bestrebungen ins Werk setzt<sup>103)</sup>. Wie nach den grundlegenden Forschungen Pringsheims<sup>104)</sup> feststehen dürfte, ist der Plan zur Sammlung des Juristenrechts erst nach Vollendung des ersten Kodex aufgetaucht. Die Verwirklichung dieses Planes in den Digesten, dem „rechtskulturellen Herzstück“ der Kodifikation (Wieacker), und in den Institutionen zeigt nach der heute herrschenden Auffassung das Zurückdrängen der im Kodex noch vorherrschenden praktischen Züge gegenüber der wissenschaftlichen Tendenz<sup>105)</sup>. „Es triumphiert Schule und Theorie.“

Ein Eingehen auf die komplexe Natur der justinianischen Gesetzgebung liegt außerhalb des Planes unserer vom Vorschlag des Anonymus und dem Beginn der Kodifikationsbewegung ausgehenden

<sup>101)</sup> ... quorum prius omni generalitate constitutionum diversitate collecta nullosque extra se, quos iam proferri licet, praetermissis inane verborum copiam recusabit ... Allerdings könnte man diesen Satz auch so interpretieren, daß alles früher (iam) geltende Recht in den Kodex aufgenommen werden sollte.

<sup>102)</sup> ... quorum scholasticis intentioni tribuitur nosse etiam illa, quae mandata silentio in demerendum obierunt, pro sui factum temporis negotiis soluta.

<sup>103)</sup> Haec pr.: Haec, quae necessario corrigenda esse multis retro principibus visa sunt, interim tamen nullus eorum hoc ad effectum ducere ausus est, in praesenti rebus donare communibus auxilio dei omnipotentis cunctis ...

<sup>104)</sup> *Atti Roma* I, 451ff.

<sup>105)</sup> Vgl. nur Wieacker, 244ff.

Betrachtungen. Allein die Frage, ob die behauptete justinianische Orientierung der Kodifikation auf Schule und Wissenschaft gleichsam einen „Verrat“ an den ursprünglich praktischen Zielen der Kodifikationsbewegung darstellt, muß kurz beantwortet werden.

Es spricht nicht gegen die primär praktischen Zwecke des justinianischen Kodifikationsgedankens, daß das Juristenrecht zum Objekt der Kodifikationsbewegung wurde. Eine entsprechende Entscheidung hatte schon das erste Projekt des Theodosius getroffen, das auch insoweit deutlich praktischen Bedürfnissen diene. Im übrigen bestand — wie etwa das Zitiertesetz zeigt, das wahrscheinlich auch im ersten Kodex enthalten war<sup>106)</sup> — ein großes praktisches Interesse an einer übersichtlichen Zusammenstellung der wesentlichen Juristentexte. Justinian verweist selbst auf die *recitatio* dieser Texte vor den Gerichten<sup>107)</sup>. Doch wäre der Praxis Genüge getan gewesen, wenn man gleichsam anhangsweise (vgl. CT 1.1.5: *cohaerentibus prudentium tractatibus et responsis*) zu den praktisch wichtigeren Kaisergesetzen die verhältnismäßig wenigen noch vor den Gerichten gebrachten Juristschriften<sup>108)</sup> zusammengefaßt hätte. Selbst Justinian war sich bei Erlass des ersten Kodex noch des vorwiegenden Interesses an den Konstitutionen bewußt, zu denen die Juristschriften nur als Annex erscheinen mußten<sup>109)</sup>. Nicht im Plan selbst also, sondern in der Ausführung des Planes könnte ein Abgehen von den ursprünglichen Zielen der Kodifikationsbewegung liegen.

Es ist unbestreitbar, daß die prägende Kraft bei der Herstellung der Digesten dem Geist der Rechtsschule zukam. Aber es wäre gefährlich, daraus allein die wissenschaftliche Tendenz der Digesten abzuleiten. Nicht so wesentlich ist es, daß Justinian es selbst erkennen läßt<sup>110)</sup>, daß bei der Herstellung der Digesten weitgehend Juristen-

<sup>106)</sup> S. zur Pringsheim, a. a. O. 464.

<sup>107)</sup> *Constitutio Omnem* I a. E.: ... et tunc *incursummodo* ex aliqua minima parte recitandis, quotiens vel iudiciorum usus hoc fieri coeperit vel ipsi magistris legum aliquid ex his perlegere festinabatis, ut sit vobis aliquid amplius discipulorum peritia.

<sup>108)</sup> S. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 156f.

<sup>109)</sup> *Summa* § 3 ... *sufficiat eandem constitutionum nostri codicis recitatio adiunctis etiam veterum iuris interpretatorum laboribus ad omnes dirimendas lites.*

<sup>110)</sup> *Oratio* 1 *passio* della Repubblica - Archivio Storico

schriften mit verwendet wurden, die bisher dem Rechtsunterricht nicht zugrunde lagen, die sogar den *eruditissimissimisque* vollkommen unbekannt waren<sup>111</sup>). Denn hier könnte man sagen, daß die wissenschaftliche Tendenz der justinianischen Kodifikation über die der Rechtsschulen noch hinausging. Wichtiger ist die bekannte Tatsache, daß die Rechtsschulen nicht primär Stätten der Wissenschaft, sondern der Ausbildung waren. Die enge Verbindung von Bürokratie und Schule<sup>112</sup>) macht eine allzu theoretische Grundeinstellung des Rechtsunterrichts unwahrscheinlich. Vor allem aber war — nach den wenigen Resten der oströmischen Literatur zu schließen — auch die wissenschaftliche Tätigkeit nicht so praxisfern, wie man es häufig annimmt<sup>113</sup>). Während in der Ausbildung die Juristenschriften im Mittelpunkt standen, scheint sich die literarische Beschäftigung eher den Kaiserkonstitutionen zugewandt zu haben<sup>114</sup>). Es dürften keine Zufälle sein, daß die häufigsten Verweise auf vorjustinianische Rechtslehrer in den byzantinischen Kommentaren sich auf die Interpretation der Konstitutionen beziehen<sup>115</sup>), daß das wohl beste Werk der Wissenschaft des 6. Jh.s ein Kodexkommentar (des Thelelaios) ist, daß schließlich die erste Andeutung eines wissenschaftsorientierten Interesses innerhalb der Kodifikationsbewegung sich nicht auf die Juristenschriften, sondern auf die Kaisergesetze richtet<sup>116</sup>). Die vorzugsweise Beschäftigung mit den Kaisergesetzen erweckt zugleich die Vermutung, daß auch die Behandlung der Juristenschriften in den Rechtsschulen

<sup>111</sup>) Tanta 17.

<sup>112</sup>) S. nur Wieacker, *Vom röm. Recht*, 267.

<sup>113</sup>) Wie hier jetzt auch Wieacker, *Textetafen*, 53 A. 154 a.

<sup>114</sup>) Mßverständnisch Schulz, *Rechtswissenschaft*, 363f. und Lauria, *Ius (Lexicon)*, 261. Zu den Gründen für diese Bevorzugung der Konstitutionen Wieacker, a. a. O. Unrichtig dürfte der Hinweis Wieackers (*Vom röm. Recht*, 245) auf das Verbot von Kürzungen und Siglen als Zeichen antiquarischer Gesinnung sein; hier handelt es sich eher um das rechtspolitisch recht wichtige Problem der Sicherung des richtigen Gesetzeswortlauts. Vgl. auch das entsprechende Verbot in den *Gesta Senatus* 5 zum CT, das sicherlich keinen antiquarischen Interessen zu dienen bestimmt war.

<sup>115</sup>) S. Heimbach, *Basiliken VI 8ff.*; Collinet, a. a. O. 275ff.

<sup>116</sup>) S. die *scholastica sententia* in CT I. 1. 5, der salische ursprünglich auch nicht mehr geltende Gesetz in die Sammlung aufgenommen werden sollten. Hinzuweisen ist auch auf die *Interpretatio* zum CT, die auch aus dem Bereich der Rechtsschulen — allerdings des Westens — stammen dürfte.

nicht nur eine theoretische war. Der Rechtswirklichkeit der spätrömischen Zeit scheint ein strenger Gegensatz zwischen Praxis und Theorie unbekannt gewesen zu sein<sup>117</sup>).

Wenn der herrschenden Auffassung auch zuzugeben ist, daß gerade die Digesten stark vom Unterrichtsinteresse geprägt waren, wenn andererseits aber der Unterricht nicht so praxisfern gewesen sein dürfte, wie man bisweilen annimmt, so ist zu erwarten, daß auch bei dem Plan der Zusammenstellung der Juristenschriften der ursprüngliche praktische Zug der Kodifikationsbewegung maßgebend im Spiele war. Das wird auch durch Justinian ausdrücklich bestätigt<sup>118</sup>). Eine ganz andere und wohl eher verneinend zu beantwortende Frage ist es, ob der Erfolg der Kodifikation der Juristenschriften den praktischen Bestrebungen entsprach. Vor allem die fehlende Berücksichtigung der Digesten in der gleichzeitigen Rechtspraxis rechtfertigt das negative Urteil.

Unter dem Aspekt der Kodifikationsbewegung verschieben sich die Schwerpunkte der justinianischen Kodifikation. Ihren praktischen Tendenzen entsprach der Kodex in Plan und Ausführung; die Digesten sind dagegen als ein mißglückter Versuch anzusehen, die Juristenschriften für die Praxis leichter zugänglich zu machen. Allerdings war die Ordnung des Juristenrechts — wie wir gesehen haben — für die Kodifikationsbewegung stets nur ein verhältnismäßig nebensächliches Ziel. Der Anonymus nimmt sie nicht — wenigstens nicht ausdrücklich — in seinen Vorschlag auf; die Zentralbürokratie zur Zeit des Theodosius läßt einen entsprechenden Plan bald wieder fallen, und auch Justinian kommt erst nach einem gewissen Umweg zur Realisierung des Planes, und zwar in einer Form, die den ursprünglichen Wünschen und Notwendigkeiten nicht entspricht. Es sind wohl nicht primär rechtspolitische Erwägungen gewesen, denen die uns vorliegende unpraktische Gestalt der Sammlung der Juristenschriften ihr Leben verdankt, sondern eher das allgemeine politische Pathos der Regierung Justinians, das in der

<sup>117</sup>) Dasselbe gilt für das byzantinische Recht; vgl. Nörr, *Fehlbarkeit im byzantinischen Vertragsrecht* (1960) 208.

<sup>118</sup>) S. nur Tanta 19: *nec in iudicio nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris, nisi ab fidei institutionibus nostrisque digestis et constitutionibus a nobis compositis vel promulgatis aliquid vel recitare vel citare coeuerit* ... Senato della Repubblica - Archivio Storico

monumentalen Zusammenfassung des Juristenrechts ihrem Bestreben nach Wiederherstellung der Herrlichkeit des römischen Imperiums Ausdruck geben konnte<sup>128</sup>).

Dieses Ergebnis vermag auch das Schweigen der zeitgenössischen Literatur zur justinianischen Gesetzgebung verständlicher zu machen. Es ist nicht so sehr der Charakter der Kodifikation als eines „Schulwerkes“, der ihm die publizistische Bedeutung und das Echo der Historiker nahm<sup>129</sup>). Vielmehr ist Justinian als Schöpfer des Kodex der nicht besonders originelle Nachfolger früherer Sammler; als Schöpfer der Digesten bewegt er sich dagegen auf einem Gebiet, das nur am Rande der kodifikatorischen und damit der innenpolitischen Interessen der Zeit liegt. Die Lobeshymnen, die er sich selbst spendete, die ihm seine Gegenwart aber versagte, haben ihm die nachkommenden Generationen allerdings in reichlicher Fülle zuteil werden lassen.

## VII.

Das letzte Problem, das uns der Vorschlag des Anonymus stellt, ist die geistige Haltung, die hinter dem Kodifikationsvorschlag steht, wie wir etwas vage formulieren müßten. Es ist zwar nicht die eigentliche Aufgabe des Rechtshistorikers, eine Zeitanalyse zu liefern. Doch können gerade in einer so allgemeinen, auf politischen, sozialen und rechtlichen Faktoren beruhenden Erscheinung wie der Kodifikationsbewegung gewisse den Zeitstil schlechthin charakterisierende Momente zum Ausdruck kommen, die wenigstens angedeutet werden müssen.

Betrachtet man die Einstellung der Literatur etwa der Zeit zwischen 350 und 450 zur Rechtspflege, so ist das Bild im ganzen recht düster. Das gilt nicht nur für die Historiker, sondern auch für einen Teil der offiziellen Quellen. Bekannt sind vor allem die Äußerungen Ammians über den Verfall der Gerichtsbarkeit seit Kaiser Valens mit der den sozialkritischen Karikaturen Daumiers verwandten Charakterschilderung der Juristen seiner Zeit<sup>130</sup>). An offiziellen

<sup>128</sup>) In diesem Pathos dürfte ein wesentlicher Unterschied zur theodosianischen Kodifikation liegen, s. nur Wisacker, a. a. O. 284f.

<sup>129</sup>) So wohl Wisacker, a. a. O. 246.

<sup>130</sup>) 30. 4; vgl. auch 22. 10.

Quellen wäre etwa die Einführungsnovelle des Theodosius II. (Nov. I pr.) zum CT zu nennen, in der der Verfall der Rechtskunde beklagt wird<sup>131</sup>), oder die Novelle XXXII des Valentinian III. (a. 451), die über die rechtsunkundigen Richter und Advokaten spricht<sup>132</sup>). Am eindrucksvollsten wird der Verfall der Justiz von Salvian geschildert, der in ihm wie in den sonstigen den Staatskörper zerfressenden Korruptionerscheinungen die Rechtfertigung für den Untergang des Reiches sucht. Statt vieler Stellen sei nur ein kurzer Absatz zitiert (de gub. dei VII 21 [93]):

ecce quid valeant statuta legum, ecce quid proficiat definitio sanctionum: quae illi spernunt maxime qui ministrant, sane ad parendam humiliter abiectione coguntur, compelluntur iussis obtemperare pauperum, et nisi obtemperaverint, puniuntur. eandem enim in hac re rationem habent quam in tributis: soli iussis publicis seruiunt, sicut soli tributa solvent. ac sic in ipsis legibus et in ipsa iusta rerum praeeptione maximum iniustitiae scelus agitur, cum ea minores quasi sacra observare cogantur, quae maiores iugiter quasi nulla consueverunt.

Diese Beispiele mögen genügen. Ohne uns näher auf die wohl zu bejahende Frage einzulassen, ob die Wirklichkeit diesem Bilde entsprach, müssen wir als nächstes untersuchen, welches die von der zeitgenössischen Literatur angegebenen Gründe sind, die zu diesem Verfall geführt haben. Wenn wir von der etwas vordergründigen Erwägung Ammians<sup>133</sup>) absehen, der in dem Rückzug des Kaisers Valens von der persönlichen Mitwirkung an der Rechtsprechung zumindest eine wesentliche Ursache des Rechtsverfalls sah, treten uns sonst überall — auch bei Ammian — Bosheit, Dummheit, Schlechtigkeit derjenigen Kreise, die berufen sind, das Recht anzuwenden, als die entscheidenden Verfallsgründe entgegen. Auch hier wiederum findet sich die eindrucksvollste Zeichnung der moralischen Gründe des Verfalls bei Salvian (V 4 [15]), der den gegenseitigen Haß der *civis Romani* als zentrale Ursache für den Reichs-

<sup>131</sup>) *Saepe nostra ciuitas habitavit, quae omnia faceret, ut iustis propositis praesentis, quibus aetas et studia ministrant, iam pauci rarique existerent, qui plene iuris civitatis scientia dilarentur, et in tanto lucubrationum triali pallore sic unus aut alter receperit soliditatem perfectae doctrinae.*

<sup>132</sup>) c. 6. *Non potuimus praetores nonnullorum alio genere iura turbare. Notum est post fatalem hostium ruinam, quae Italia laboravit, in quibusdam regionibus et caudicibus et iudicibus defuisse hodieque gnaros iuris et legum aut raro aut minime reperiri.*

<sup>133</sup>) 30. 4. 1ff.

verfall angibt. Irgendwelche konkreten Maßnahmen, diesen Prozeß zu verlangsamem oder abzustellen, werden nicht vorgeschlagen; undeutlicher bei Ammian, deutlicher bei Salvian erscheint als einzige Möglichkeit der Rettung eine allgemeine Metanoia.

Demgegenüber fällt es auf, daß die Rechtsordnung als solche nicht als Ursache des Unheils angesehen wird. Salvian spricht an der oben zitierten Stelle von den *statuta legum, der definitio sanctionum*, die nicht eingehalten werden; daraus kann entnommen werden, daß die Achtung vor ihnen den Staat retten würde, sie selbst also nicht von der allgemeinen Korruption berührt sind. Deutlicher noch wird diese positive Wertung des objektiven Rechts aus den Stellen, in denen der Lobpreis der römischen Rechtsordnung gesungen wird. Einen gewissen Beweis geben dabei schon diejenigen Schriftsteller, die als Vertreter der Rom-Idee dem Versuch, das Reich zu retten, den ideellen Rückhalt geben wollen<sup>122</sup>). Doch liegt bei ihnen der Verdacht der Schönfärberei nahe. Klar und eindeutig ist dagegen eine Äußerung bei Priscus, wo ausdrücklich die hohe Wertschätzung der römischen Rechtsordnung dem Verdikt über die Herrschenden gegenübergestellt wird<sup>123</sup>): *ὡς οἱ μὲν νόμοι καλοὶ καὶ ἡ πολιτεία Ῥωμαίων ἀγαθή, οἱ δ' ἄρχοντες οὐχ ἔμοια τοῖς καλοῖς φρονούντες αὐτῆς διακυβεύονται*. Auf eine kurze Formel gebracht ist die Rechtsordnung gut, doch die „Juristen“ sind minderwertig.

Die ethische Bewertung der Rechtskrise wird zwar vom Anonymus nicht direkt abgelehnt<sup>124</sup>); doch ist sie für ihn nicht entscheidend. Wie bereits Thompson<sup>125</sup>) richtig festgestellt hat, ist es eines der merkwürdigsten Kennzeichen des Anonymus, daß er nicht wie die anderen Schriftsteller seiner Zeit — seien es heidnische oder christliche — subjektive, psychische Gründe für die Hauptursachen der Krisis hält, sondern praktische, wirtschaftliche und soziale, und dementsprechend auch seine Heilmittel empfiehlt. Das gilt auch

<sup>122</sup>) S. nur Claudian, de cons. Stilic. 3. 1361:

*armorum legumque pariter, quae fundit in omnes imperium, primisque dedit oscula iuris.*

Vgl. auch die übrigen von Lauria, Ius, 222ff. zitierten Stellen.

<sup>124</sup>) FHG (ed. Müller) VI 88.

<sup>125</sup>) S. nur die Hinweise auf die *improbitas* und die *studia certandi* in XXI, sowie die Beurteilung der Statthalter in IV.

<sup>126</sup>) A. a. O. 31; s. auch Vogt, Orbis, 317.

für seine Beurteilung der Rechtskrise, die er auf die Unsicherheit der Rechtsnormen zurückführt und konsequenterweise durch den Kodifikationsvorschlag zu lösen sucht<sup>126</sup>). Seiner Auffassung kommt es nahe, wenn Theodosius (Nov. Theod. I 1) die befremdliche Unkenntnis des Rechts<sup>127</sup>) durch die Kodifikation zu beheben sucht.

Die verschiedene Bewertung der Gründe für die Rechtskrise — oder allgemein für die Reichskrise — läßt vielleicht gewisse Züge der Spätzeit schärfer hervortreten. Die „ethisierende“ Auffassung appelliert an das Gewissen des einzelnen, an sein Verantwortungsgefühl für den Staat. Es sind die Sünden der Individuen, die den Staat zugrunde richten. Das von dem anonymen, kastenmäßig organisierten, der Individualfreiheit feindlichen Staat in Staatsfeindschaft, Gruppen- und Einzel egoismus gedrängte Individuum soll durch moralische Araufe wieder zum Staat zurückgeholt werden. Nicht so sehr als „Staatsbürger“, als *πολίτης*, sondern als „ethische Persönlichkeit“ ist der Einzelne verpflichtet, an der Wohlfahrt des Staates und damit an der Wohlfahrt seines Nächsten mitzuwirken. Allerdings ist — wie gerade das Werk Salvians zeigt — das Vertrauen in die Wirksamkeit dieser Beschwörungen des Gewissens nicht sehr groß.

Die vom Anonymus repräsentierte Richtung ist einerseits nüchterner, andererseits optimistischer. Von der Möglichkeit, durch moralische Einwirkungen etwas zu bessern, hält sie nicht viel. Sie sucht vielmehr das Heil in einer stärkeren Konsolidierung der äußeren Ordnung, in der Institutionalisierung der Sozialfunktionen<sup>128</sup>), im Schaffen fester von außen auferlegter Formen für die ihrer inneren Formkraft beraubten gesellschaftlichen Mächte. Das bedeutet für die Kodifikationsbewegung: Die Rechtssicherheit, die

<sup>126</sup>) Daß die Unsicherheit des Rechts eine der Ursachen der Rechtskrise ist, könnte vielleicht von Amm. Marc. 30. 4. 11 in einem Nebensatz bei der Beschimpfung des Typus des „altertümelnden“ Advokaten kurz angedeutet sein: ... *iuris* ... *scientiam, quam repugnandum sibi legum abolere dicunt*. Allerdings liegt eine andere Interpretation dieser Worte näher. Das „*repugnare*“ dürfte sich auf den Widerspruch der Konstitutionen zum ius sehr beziehen; Amm. Marc. verweist auf die Außerkraftsetzung alter Rechtsnormen, mit deren Kenntnis der hier geschilderte Juristentyp immer noch prunkt.

<sup>127</sup>) Vgl. e. A. 122.

<sup>128</sup>) Vgl. auch Wieacker, a. a. O. 221.

vordem durch die innere Stabilität der Rechtsordnung gewährleistet wurde, wird jetzt durch die äußere Stabilisierung des Rechts in der Kodifikation zu erreichen versucht. Es scheint so, als ob diese Richtung ihren sozialen Ort gerade in den bürgerlichen Oberschichten des Reiches hatte, die seit der hohen Kaiserzeit die vornehmlichen Träger des Reichsgedankens waren und als solche den Verfall des Reiches durch Verbesserung des institutionellen Rahmens aufzuhalten suchten.

## VIII.

Unsere Betrachtungen zum Anonymus *de rebus bellicis* und zur Kodifikationsbewegung erlauben es nicht, zu sicheren Erkenntnissen zu kommen. Die jetzt zu gebende Zusammenfassung will weniger Ergebnisse als Erwägungen formulieren.

1. Die Träger der Kodifikationsbewegung sind nicht nur in der Beamtenschaft, sondern vor allem auch in der städtischen Oberschicht zu suchen.

2. Die spätantike Kodifikationsbewegung verfolgt vorwiegend praktische, nicht wissenschaftliche Ziele. Im Vordergrund steht die Sammlung der Konstitutionen. Die Sammlung des Juristenrechts hat demgegenüber sekundäre Bedeutung; ihre Verwirklichung in den Digesten entspricht zudem nicht den praktischen Zielen der Kodifikationsbewegung. Von diesem Standpunkt aus könnte man mit einer gewissen Übertreibung sagen, daß die Digesten nicht das legitime Kind, sondern ein Nebenprodukt des spätantiken Kodifikationsgedankens sind.

3. Im Gegensatz zu einer die Spätantike weithin beherrschenden Auffassung, die Unheil und Heilmittel der Staatskrise im sündigen und ethischen Verhalten des Individuums sieht, steht die Kodifikationsbewegung auf der Seite derjenigen Strömungen, die als Grund der Staatskrise eher den Verfall der Staats- und Rechtsordnung betrachten und demgemäß durch die Konsolidierung der Staatsgewalt, durch Schaffung fester äußerer Formen die innere Haltlosigkeit des Sozialgefüges zu überwinden suchen.

## V.

Zur *iusta causa traditionis*\*.

Von

Günther Jahr.

## I.

Jede Betrachtung zu diesem Thema sieht sich heute der Frage gegenüber, mit der Kaser vor kurzem seine abschließenden Untersuchungen „Zur *iusta causa traditionis*“<sup>1)</sup> begonnen hat: „Lassen sich denn diesem abgegriffenen Thema wirklich noch neue Seiten abgewinnen?“ Und diese Frage stellt sich natürlich jetzt — nach Kaser — nur um so häufiger. Umgekehrt erleichtert aber die ausgiebige rechtshistorische Behandlung des Themas unseren Versuch, einige Betrachtungen und Überlegungen zur Diskussion zu stellen (III—IX), insofern über die Quellenlage nur ganz kurz berichtet zu werden braucht (II) und die Auseinandersetzung überall an Kaser anknüpfen kann.

## II.

Mit Kaser<sup>2)</sup> ist davon auszugehen, daß zur Ergänzung und Verdeutlichung der spärlichen Quellen zur *causa traditionis* die Quellen herangezogen werden dürfen, die von den *causae usucapionis* handeln. Auch wenn eine „mechanische Übertragung“<sup>3)</sup> nicht angängig erscheint, darf doch nicht verkannt werden, daß sich die beiden Eigentumserwerbarten, soweit sie uns hier interessieren, nicht wesentlich unterscheiden. Die *usucapio*<sup>4)</sup> verleiht einem Er-

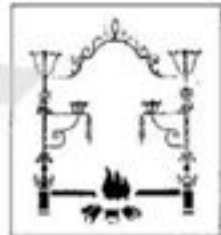
\* Der Aufsatz gibt einen Vortrag auf dem 14. Deutschen Rechtshistorikertag in Mainz wieder. Dem Wunsch vieler — vor allem ausländischer — Kollegen entsprechend sind die terminologischen Bemerkungen sowie die dogmengeschichtlichen und -vergleichenden Beobachtungen gegenüber dem Vortrag erweitert worden. Im übrigen ist der Charakter des Vortrags als eines Diskussionsbeitrags zu einem ausgiebig erörterten Thema beibehalten worden.

<sup>1)</sup> BIR 64 (1961) 61ff.; dort Anm. 1 Hinweis auf die neuere Literatur.

<sup>2)</sup> BIR 64 (1961) 81ff.

<sup>3)</sup> Kaser, a. a. O. 92.

<sup>4)</sup> Vgl. dazu Mayer-Maly, RR 9A 1120f. (Italien).



35

# PAIDEIA EDITRICE

25123 BRESCIA VIA CORSICA 58/M TELEFONO 030/222094 C.C.P. 17/19477 C.C.I.A.A. 194022  
CODICE FISCALE: SCR MRC 52B14 A429X

Tra la Paideia Editrice con sede in Brescia, via Corsica 130 ed  
il prof. **Francesco De Martino** . . . . .  
domiciliato a . . . . . CAP . . . . .  
in via/piazza . . . . .  
nato a . . . . . il . . . . .  
codice fiscale . . . . .  
si conviene e si stipula quanto segue:

1. Il prof. **Francesco De Martino** . . . . . collabora alla rivista "Fondamenti" con un contributo al fascicolo monografico dedicato a **"La vita della Legge"** . . . . .

2. A totale saldo dei diritti spettanti al prof. **Francesco De Martino** . . . . . per l'articolo sopra indicato, la Paideia Editrice verserà la somma di Lit. **1.000.000 (un milione)** . . . . . lorde, a dattiloscritto ricevuto e approvato dalla direzione della rivista.

3. Con il versamento della somma suddetta, tutti i diritti di riproduzione e traduzione (anche parziali) saranno di esclusiva proprietà della Paideia Editrice.

4. Per ogni eventuale controversia giuridica derivante dal presente contratto, unico competente è il Foro di Brescia.

. . . . .

Brescia, 27.05.88  
PAIDEIA EDITRICE  
BRESZIA  
*Marco Causi*



Paideia Editrice - via Corsica 130 - 25125 Brescia \* tel. 030/222094 - c.c.p. 427252 - c.c.i.a.a. 194022 - p.iva 00631600178

Chiarissimo Professor  
Prof. Francesco De Martino  
via A. Falcone 258

80127          NAPOLI          NA

Brescia, 27 maggio 1988

Chiarissimo Professore,

facendo seguito alla corrispondenza già intercorsa con la direzione della rivista "Fondamenti" circa il Suo contributo al fascicolo dedicato a "La vita della Legge", Le inviamo accluso contratto in duplice esemplare, pregandoLa di restituircene copia da Lei debitamente completata e sottoscritta.

RingraziandoLa per la Sua collaborazione, ed in attesa di leggerLa, cordialmente salutiamo.

*Marco Scarpat*  
(dr. Marco Scarpat)



AMMINISTRAZIONE

P.T

RICEVUTA

Accettazione delle raccomandate **31**

Da compilarsi a cura del mittente (Si prega di scrivere a macchina o in stampatello)

Destinatario ..... GERARDO BIANCO .....

Via ..... CIVITELLA D'AGLIANO ..... n. .... 35 .....

Località ..... ROMA ..... 00191 ..... (Prov. ....)  
(C.A.P.)

Mittente ..... FRANCESCO DE TARINO .....

Via ..... ANIELLO FALCONI ..... n. .... 258 .....

Località ..... NAPOLI ..... 80127 .....

Servizi accessori richiesti

 Espresso Via aerea A. R.Contrassegnare con **X** Assegno L. ....È vietato includere denaro e valori nelle raccomandate:  
l'Amministrazione non ne risponde.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Bollo  
(per l'accett.  
manuale)

N. Racc.

Tasse

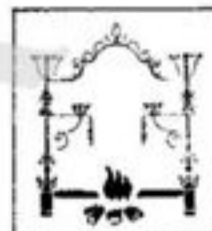
# FONDAMENTI

Rivista quadrimestrale di cultura

diretta da Gerardo Bianco, Massimiliano Pavan, Valerio Verra

Direttore responsabile: Giuseppe Scarpat - Segretario di redazione: Maurizio Eufemi

Redazione e amministrazione: Paideia Editrice, 25125 Brescia, via Corsica 130, tel. 030/222094



38

Roma, 9 marzo 1987

Caro Professore,

come potrà vedere dai primi numeri che Le abbiamo inviato, la rivista "Fondamenti" si propone di affrontare in modo sistematico ed organico alcuni temi di particolare importanza ed urgenza, con contributi specialistici e testimonianze altamente qualificate.

Nostra ambizione in particolare è quella di realizzare dei fascicoli che possano andare oltre lo spunto più o meno occasionale e presentarsi anche come strumenti di studio e di insegnamento, per il loro carattere monografico e la presenza di orientamenti bibliografici.

Anche a nome dei colleghi desidero perciò dirLe quanto saremmo grati se volesse collaborare alla rivista ed in particolare al fascicolo su LA VITA DELLA LEGGE di cui Le accludo la proposta tematica.

Si tratterebbe di un contributo all'incirca di 25 cartelle, (insieme ad una sintesi di 25 righe) da consegnare entro la fine di ottobre del corrente anno poichè dovrebbe comparire nella primavera del 1988. Se, come spero, vorrà accettare il nostro invito, che mi permetto di caldeggiare nel modo più vivo, l'Editore provvederà ad inviarLe il relativo contratto per il compenso previsto di L. 1.000.000.- (un milione).

Con i più distinti saluti

(Prof. Gerardo Bianco)  
Via Civitella d'Agliano, 35  
00191 ROMA

n° 1 all.

Chiar.mo  
Sen Prof. Franco De Martino  
Via Aniello Falcone, 258  
80127 NAPOLI

*Gerardo Bianco*

*Caro Prof. De Martino -*

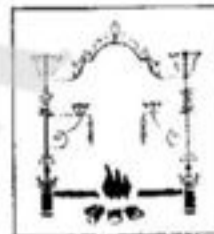
# FONDAMENTI

Rivista quadrimestrale di cultura

diretta da Gerardo Bianco, Massimiliano Pavan, Valerio Verra

Direttore responsabile: Giuseppe Scarpit - Segretario di redazione: Maurizio Eufemi

Redazione e amministrazione: Paideia Editrice, 25125 Brescia, via Corsica 130, tel. 030/222094



## LA VITA DELLA LEGGE

Nella tradizione occidentale la legge scritta fu la grande conquista di dure lotte politiche delle classi subalterne nell'antichità greco-romana.

Il pensiero filosofico e giuridico e la stessa cultura storico-letteraria e artistica hanno consacrato, nella vita e nel costume, il valore della norma, certa e scritta, come fondamento della convivenza civile.

"Quando le leggi sono scritte", aveva affermato Euripide, "il povero e il ricco hanno gli stessi diritti, il debole può rispondere all'insulto del forte e il piccolo, se ha ragione, vincere il grande".

Questo orientamento, che andò affermandosi, quasi contemporaneamente, nell'Atene e Roma del V sec. a.C., ha resistito fino ai giorni nostri.

Così, un grande poeta italiano contemporaneo, Mario Luzi, ribadisce l'antico principio euripideo: "quando non ci sono leggi che impediscono e neppure leggi che proteggono non ci sono leggi affatto. C'è solo chi fa la legge".

Ora, negli ultimi tempi, con sempre maggiore frequenza, si assiste ad una duplice tendenza: la proliferazione di leggi tipicamente settoriali e la riduzione del periodo di vigenza medio della legge.

Le due tendenze sono strettamente correlate e pongono specificamente il problema della generalità della legge e della certezza del diritto per evitare quindi il rischio di una regressione verso una società dell'arbitrario e della particolarità.

Una prima spiegazione alla estrema diffusione della legislazione settoriale e speciale può trovarsi nella progressiva frammentazione della società civile, nella quale emerge una pluralità di status che l'ordinamento giuridico ritiene meritevoli di tutela particolare, con la conseguenza che l'area disciplinata dalla normazione generale appare sempre più erosa da continue deroghe. Ma il restringimento della legislazione generale e la correlativa espansione della legislazione speciale inevitabilmente influiscono sul periodo medio di vigenza delle norme, perché il riferimento preferenziale

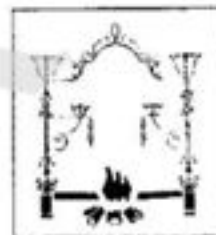
# FONDAMENTI

*Rivista quadrimestrale di cultura*

diretta da Gerardo Bianco, Massimiliano Pavan, Valerio Verra

Direttore responsabile: Giuseppe Scarpit - Segretario di redazione: Maurizio Eufemi

Redazione e amministrazione: Paideia Editrice, 25125 Brescia, via Corsica 130, tel. 030/222094



43

alle esigenze particolari innesca meccanismi di sempre più accentuata specializzazione della normazione con conseguente caducazione delle precedenti norme, per così dire, meno speciali.

Si tratta di un processo inverso ed opposto rispetto a quello che ha condotto alla cosiddetta "codificazione", ossia alla formulazione ed alla sistemazione codicistica di norme tipicamente generali ed astratte, in una visione, si direbbe, architettonica del diritto.

Ma questo processo di stabilizzazione della legislazione corrispondeva ad una società a dimensione prevalentemente agricola, mentre oggi i nuovi soggetti ed i nuovi bisogni di una società post-industriale sono sempre più insuscettibili ad una funzione di "omologazione" del diritto.

Di qui la crisi dei valori e dei sistemi giuridici e la ricerca di nuove forme di "certezza" del diritto. Su questi aspetti la rivista Fondamenti intende aprire un discorso attraverso l'esposizione di particolari punti di vista di noti studiosi ed operatori del diritto e dell'amministrazione della giustizia nel mondo occidentale.

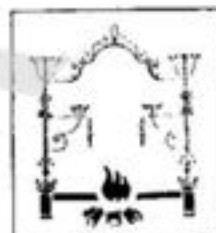
# FONDAMENTI

Rivista quadrimestrale di cultura

diretta da Gerardo Bianco, Massimiliano Pavan, Valerio Verra

Direttore responsabile: Giuseppe Scarpato - Segretario di redazione: Maurizio Eufemi

Redazione e amministrazione: Paideia Editrice, 25125 Brescia, via Corsica 130, tel. 030/222094



4

Brescia, 5 maggio 1982

Cara Professoressa De Martino,

facendo seguito al colloquio telefonico  
di ieri, prevo ad inviarti la copia  
della lettera spedita il 3 scorso per  
il tuo.

Con i miei cordiali -

Maurizio Eufemi.

# FONDAMENTI

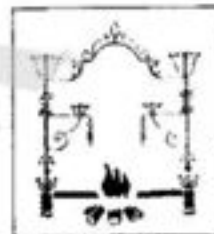
Rivista quadrimestrale di cultura

diretta da Gerardo Bianco, Massimiliano Pavan, Valerio Verra

Direttore responsabile: Giuseppe Scarpit - Segretario di redazione: Maurizio Eufemi

Redazione e amministrazione: Paideia Editrice, 25125 Brescia, via Corsica 130, tel. 030/222094

Copia



42

Roma, 5 maggio 1987

Caro Professore,

come potrà vedere dai primi numeri che Le abbiamo inviato, la rivista "Fondamenti" si propone di affrontare in modo sistematico ed organico alcuni temi di particolare importanza ed urgenza, con contributi specialistici e testimonianze altamente qualificate.

Nostra ambizione in particolare è quella di realizzare dei fascicoli che possano andare oltre lo spunto più o meno occasionale e presentarsi anche come strumenti di studio e di insegnamento, per il loro carattere monografico e la presenza di orientamenti bibliografici.

Anche a nome dei colleghi desidero perciò dirLe quanto saremmo grati se volesse collaborare alla rivista ed in particolare al fascicolo su "LA VITA DELLA LEGGE" di cui le accludo la proposta tematica.

Si tratterebbe di un contributo all'incirca di 25 cartelle, (insieme ad una sintesi di 25 righe) da consegnare entro la fine di ottobre del corrente anno poichè dovrebbe comparire nella primavera del 1988. Se, come spero, vorrà accettare il nostro invito, che mi permetto di caldeggiare nel modo più vivo, l'Editore provvederà ad inviarLe il relativo contratto per il compenso previsto di L. 1.000.000.= (un milione).

Con i più distinti saluti.

(Prof. Gerardo Bianco)  
Via Civitella d'Agliano, 35  
00191 ROMA

n° 1 all.

Chiar.mo  
Sen. Prof. Francesco De Martino  
Via Aniello Falcone, 258  
80127 NAPOLI

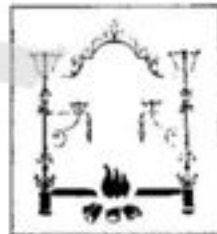
# FONDAMENTI

Rivista quadrimestrale di cultura

diretta da Gerardo Bianco, Massimiliano Pavan, Valerio Verra

Direttore responsabile: Giuseppe Scarpat - Segretario di redazione: Maurizio Eufemi

Redazione e amministrazione: Paideia Editrice, 25125 Brescia, via Corsica 130, tel. 030/222094



43

## LA VITA DELLA LEGGE

La legge scritta fu la grande conquista di dure lotte politiche delle classi subalterne nell'antichità greco-romana.

Il pensiero filosofico e giuridico e la stessa cultura storico-letteraria e artistica hanno consacrato, nella vita e nel costume, il valore della norma, certa e scritta, come fondamento della convivenza civile.

"Quando le leggi sono scritte, aveva affermato Euripide, "il povero e il ricco hanno gli stessi diritti il debole può rispondere all'insulto del forte e il piccolo, se ha ragione, vincere il grande".

Questo orientamento, che andò affermandosi quasi contemporaneamente, in Atene e Roma verso il V sec. a.C. ha fino ai giorni nostri.

Così, un grande poeta italiano contemporaneo come Mario Luzi ribadisce l'antico principio euripideo: "quando non ci sono leggi che impediscono e neppure leggi che proteggono non ci sono leggi affatto. C'è solo chi fa la legge".

Ora, negli ultimi tempi, con sempre maggiore frequenza, si assiste ad una duplice tendenza: la proliferazione di leggi tipicamente settoriali e la riduzione del periodo di vigenza medio della legge.

Le due tendenze sono strettamente correlate e pongono specificamente il problema della generalità della legge e della certezza del diritto e quindi il riscontro di una regressione di una società "senza legge".

Una prima spiegazione alla estrema diffusione della legislazione settoriale e speciale può trovarsi nella progressiva frammentazione della società civile, nella quale emerge una pluralità di status che l'ordinamento giuridico ritiene meritevoli di tutela particolare, con la conseguenza che l'area disciplinata dalla normazione generale appare sempre più erosa da continue deroghe. Ma il restringimento della legislazione generale e la correlativa espansione della legislazione speciale inevitabilmente influiscono sul periodo medio di vigenza delle norme, perchè il riferimento preferenziale

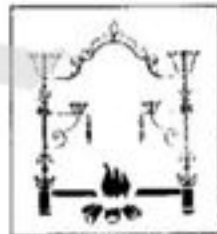
# FONDAMENTI

*Rivista quadrimestrale di cultura*

diretta da Gerardo Bianco, Massimiliano Pavan, Valerio Verra

Direttore responsabile: Giuseppe Scarpat - Segretario di redazione: Maurizio Eufemi

Redazione e amministrazione: Paideia Editrice, 25125 Brescia, via Corsica 130, tel. 030/222094



44

alle esigenze particolari innesca meccanismi di sempre più accentuata specializzazione della normazione con conseguente caducazione delle precedenti norme, per così dire, meno speciali.

Si tratta di un processo inverso ed opposto rispetto a quello che ha condotto alla cosiddetta "codificazione", ossia alla formulazione ed alla sistemazione codicistica di norme tipicamente generali ed astratte, in una visione, si direbbe, architettonica del diritto.

Ma questo processo di stabilizzazione della legislazione corrispondeva ad una società a dimensione prevalentemente agricola, mentre oggi i nuovi soggetti ed i nuovi bisogni di una società post-industriale sono sempre più insuscettibili ad una funzione di "omologazione" del diritto.

Di qui la crisi dei valori e dei sistemi giuridici e la ricerca di nuove forme di "certezza" del diritto. Su questi aspetti la rivista Fondamenti intende aprire un discorso attraverso l'esposizione di particolari punti di vista di noti studiosi ed operatori del diritto e dell'amministrazione della giustizia nel mondo occidentale.

Una ricerca sull'ordinamento delle fonti del diritto e sulla loro evoluzione storica nell'antica Roma non può certo avere lo scopo di offrire al lettore riferimenti per i problemi attuali, che sono posti come temi di dibattito da questa Rivista. La diversità tra le condizioni storiche dello Stato romano e quelle presenti sono tanto grandi che un simile tentativo sarebbe del tutto fuorviante ed anacronistico. In tutti i campi della vita sociale, economica, politica e culturale i confronti sarebbero dunque di scarso interesse. Le diversità si rilevano in tutti i campi e non solo in quello della base economica, prevalentemente agraria in altre epoche, mentre oggi le forme produttive predominanti sono altre. Siamo entrando in una nuova epoca, impropriamente detta con troppo facili schematizzazioni postindustriale o postmoderna. Si aggiunga che l'ordinamento giuridico romano ha caratteri propri ed originali ed esso stesso nella sua lunga storia di secoli non è affatto uniforme, ma presenta diversità profonde

de nel passaggio dalla repubblica all'impero e poi tra l'impero classico, vale a dire fino alla metà del III secolo all'incirca e quello postclassico fino alla grande codificazione giustiniana fondata, come si sa, sulla raccolta e rielaborazione di testi dei giuristi e di leggi imperiali. Tuttavia una ricostruzione del sistema romano delle fonti può essere utile per comprendere come esso affrontò i bisogni di certezza del diritto, che sono propri di qualsiasi società civile, che non può lasciare all'arbitrio dei governanti o detentori del potere la formazione della norma e così vanificando l'universalità della legge e la sua conoscenza da parte dei cittadini o sudditi, i quali devono essere edotti della sua esistenza prima di porre in essere un determinato atto o comportamento. Questo è della massima importanza nel diritto penale, dove il principio nullum crimen, nulla poena sine lege è una grande conquista civile, ma anche nel diritto privato, sebbene in questo possa sorgere l'esigenza di regolare un caso nuovo, non previsto dall'ordinamento e che formi oggetto di una controversia fra le parti interessate davanti ad un giudice. La certezza del diritto è il presupposto della pari condizione dei cittadini nell'ordinamento e per questo il suo riconoscimento venne perseguito dalle correnti

politiche che più esprimevano le aspirazioni delle classi popolari: aequare leges omnibus, rendere le leggi ugali per tutti, fu l'insegna delle lotte che la plebe condusse a Roma fin da epoca ~~antica~~ <sup>moderna</sup>. ~~che~~ ispirò l'azione del movimento popolare fino alla piena secolarizzazione del diritto e della giurisprudenza. Ho parlato di secolarizzazione a ragion veduta, perchè, secondo i dati pervenutici, nell'età più arcaica la giurisprudenza era monopolio del collegio dei pontefici, un organo sacerdotale riservato ai patrizi, almeno fino alla legge Ogulnia del 300 a.C., un plebiscito fortemente osteggiato dai patrizi, che permise ai plebei di far parte del collegio, sebbene solo nel 257 si trovi un plebeo eletto fra i potefici. Ma già prima di questo evento, sul quale torneremo più oltre, si era avuta la prima e potremmo dire la sola emanazione di un corpo di leggi <sup>nell'età repubblicana</sup> scritte, le XII Tavole. Sebbene la tradizione sia piena di dati fantastici e rielaborata dagli annalisti ~~Tardo~~ repubblicani, essa nella sua sostanza è attendibile e nessuno oggi dubita dell'~~esistenza~~ <sup>esistenza</sup> delle XII Tavole, come avevano sostenuto alcuni storici moderni. Ma di solito è sfuggito ai più che esse coincidono con riforme costituzionali profonde e che l'organo cui fu attribuito il compito di formularle, il decemvirato, segnò il passaggio da un primitivo regime repubblicano fondato su di un unico magistrato con il potere maggiore al sistema collegiale consolare tipico della Repubblica. Anche per esse, dunque, come in Grecia al tempo di Solone, l'emanazione di un corpo di leggi coincideva con mutamenti del potere ed in qualche modo precorreva gli eventi politici successivi e gli sviluppi della libertas repubblicana. Questo dà maggior rilevanza al senso politico dell'emanazione di leggi scritte, che rispondeva alla stessa tendenza di "democratizzazione" del sistema.

Le XII Tavole non ci sono pervenute, ne abbiamo ricostruzioni moderne compiute sulla base dei numerosi frammenti e versetti riportati dagli antiquari e dai giuristi. Anche per la sostanza di talune di esse si può discutere se siano davvero contenute in quel corpo di leggi o siano di età posteriore. Ma nella maggior parte possiamo ammettere l'autenticità. Quel che conosciamo forse non è tutto, ma data la diffusione del ricordo delle singole norme, che venivano anche fatte imparare a memoria nelle scuole, possiamo supporre di averne una conoscenza quasi totale.

Colpisce che non tutto il diritto privato ed il processo sono disciplinati, mentre solo alcune Tavole si occupavano dei delitti e delle pene. È logico supporre che gli autori di questa legislazione avessero mirato a disciplinare casi, che richiedevano una chiara regolamentazione. Nel complesso esse ci mostrano un diritto molto formalistico, primitivo ed in taluni casi ancora barbaro, come quando nelle norme penali sancisce <sup>nel caso di mancata cauzione</sup> la pena del taglione. Le condizioni economiche di Roma arcaica in quell'epoca e lo scarso sviluppo di relazioni commerciali, come un regime della famiglia e della proprietà dominato da principi patriarcali fanno comprendere i caratteri di quelle leggi; tali condizioni sono state studiate dagli storici ed in particolare vi si è soffermato il Wieacker, mentre all'esame dell'economia arcaica sono dedicate alcune considerazioni nella mia Storia economica di Roma antica.

Le XII Tavole erano sicuramente un momento di rilievo nella storia dell'antico diritto, tanto è vero che la giurisprudenza del periodo repubblicano vi dedica massima attenzione, fornendone interpretazione e commenti. Ma questo stesso fatto dimostra che si era ben lungi dall'aver conseguito quella certezza del diritto, che i promotori intendevano conseguire, tanto più che il formalismo delle norme, i modi ed i tempi della procedura di enorme importanza in un sistema rigidamente formalistico, erano riservati al collegio dei Pontefici, organo, come si è detto, strettamente patrizio. Così la lotta non poteva aver termine e venne svolgendosi assieme alle grandi rivendicazioni plebee per la parità politica e la partecipazione a tutti gli uffici dello Stato. Il momento al quale, secondo la tradizione, si compie la rottura del monopolio da parte dei Pontefici, cioè di una ristretta cerchia del patriziato, si sarebbe avuto con l'azione di Gneo Flavio, di origine libertina, uno scriba del censore Appio Claudio, il quale avrebbe reso pubblici i formulari delle azioni ed i fasti, cioè i giorni nei quali era permesso agire in giudizio. Le fonti con molta enfasi rilevano l'importanza dell'azione di Gn. Flavio, il quale avrebbe con il suo atto acquistato tanta popolarità da essere eletto edile curule e successivamente tribuno della plebe. Ma la tradizione accol-

ta dagli annalisti sulla base dei loro dati da vari storici, antiquari e giuristi rivela versioni diverse, che suscitano dubbi e spingono studiosi della storia delle fonti a dubitare dell'attendibilità e principalmente a contestare che l'azione del liberto di Appio Claudio si possa considerare un fatto di rottura rivoluzionaria. Così Fritz Schulz si è spinto a definire ~~grattesca~~ <sup>affermata</sup> l'opinione del Mommsen, il quale aveva nelle sue Römische Forschungen che la divulgazione delle azioni compiuta da Flavio equivale alla pubblicazione di un nuovo ed ampliato diritto di Roma. La tesi dello Schulz è che nella storia della giurisprudenza di Roma non vi sia <sup>stata</sup> rottura, ma continuità ed alla luce di tale principio egli ~~valuta~~ <sup>valuta</sup> anche i dati <sup>della</sup> tradizione sul cosiddetto ius Flavianum. È toccato in tempi recentissimi al D'Ippolito riesaminare con acuta analisi tutti i dati e confermare la sostanziale attendibilità della tradizione con argomenti, che nell'insieme sono convincenti ed in buona parte si possono accogliere, anche se si può sollevare qualche dubbio sulla sua tesi, a mio avviso troppo rigida, che contrappone l'opera di Appio Claudio e Gn. Flavio a quella degli Ogulni, perchè i primi avrebbero mirato ad eliminare il collegio dei Pontefici nei loro poteri sulla giurisprudenza, mentre Ogulnio a rafforzarlo con la sua riforma consistente nel raddoppiare in numero dei membri del collegio, ammettendovi i plebei e quindi consolidandone l'esistenza. A me sembra che dopo tutto l'opera di Claudio- Flavio e quella degli Ogulni aveva in fondo la stessa finalità, togliere cioè al patriziato un potere esclusivo di grande rilievo. Ma a parte questo aspetto della questione D'Ippolito è nel giusto allorchè respinge l'ipercritica dello Schulz e trae dalle fonti le prove della veridicità della tradizione. Allorchè Plinio nel ricordare l'opera di Flavio per la dedica del tempio della Concordia parla dell'azione di divulgazione dei Fasti, è difficile pensare ad un racconto inventato, mentre al contrario il racconto di Pomponio o del suo epitomatore, nel brano dell'Enchiridion contenuto nel Digesto, secondo il quale Flavio aveva sottratto ad Appio Claudio la raccolta delle formule poi pubblicata con il suo nome, è sicuramente inattendibile. È chiaro che il giurista ha attinto a qualche fonte antica avversa al processo storico, che Flavio aveva posto in essere, e che quindi lo descriveva come un ladro di documenti

La conclusione, cui noi stessi perveniamo, non vuol dire che tutti i problemi siano risolti. Vi è certo qualche esagerazione nelle fonti. Ci si può chiedere se dopo secoli di applicazione del primitivo processo per legis actiones, che erano di numero ristretto, i relativi formulari fossero un mistero, dal momento che il giudizio non era segreto. Così pure per la pubblicazione dei dies fasti, i giorni nei quali era stabilito che dovessero svolgersi i processi, non implicava la fine di alcun segreto, visto che tali giorni dovevano essere sempre gli stessi e perciò noti al popolo per la loro ripetuta osservanza. Così anche per quanto concerne la notizia di Macrobio, che Flavio avrebbe tolto al pontefice il potere, che gli veniva delegato di osservare il plenilunio e quindi riferirne al rex sacrorum per

eseguire il sacrificio dovuto. Ma D'Ippolito ha ragione nel combattere la tesi critica del De Sanctis, fondata sul presupposto che Gn. Flavio avrebbe proposto una legge al popolo in quel senso. Macrobio infatti di leggi non aveva parlato. D'Ippolito poi movendo dalle ricerche di Mommsen sulle sigle di Valerio Probo, ha con molta perspicacia riferito a questo l'opera di Flavio. Per quanto riguarda l'osservazione del plenilunio non era il fatto in sé che si svelava, perché la luna piena non era un mistero, ma dei poteri dei pontefici di interferire nel ius sacrum e questo è stato riferito in modo ingenuo o lasciato in ombra. Quanto alla divulgazione dei formulari delle azioni, a mio parere essa riguardava la giurisprudenza pontificale e l'interpretazione da essa data delle norme dell'antico diritto in rapporto ai casi concreti. In tal modo era possibile fin da età arcaica concedere o negare l'azione, un potere che la maggior parte degli studiosi riconosce solo al magistrato nel processo formulare, mentre il Wlassak ed io stesso abbiamo mostrato come il diniego dell'azione fosse praticabile già nel sistema delle legis actiones. Inoltre i pontefici davano il loro responso a richieste dei magistrati o dei cittadini e la divulgazione dei precedenti senza dubbio faceva vacillare il loro potere.

Con tali correzioni ed integrazioni il racconto degli annalisti su Gn. Flavio si deve accogliere. Non vi è alcuna ragione per credere che gli storici del II secolo a.C. o della fine della Repubblica abbiano inventato tutto per glorificare Appio Claudio, dal momento che in quest'epoca la giurisprudenza pontificale era solo un ricordo di un remoto passato e nemmeno alle correnti più conservatrici dell'aristocrazia romana venne mai in mente di chiedere la restaurazione di antichi privilegi.

Se l'opera di Appio Claudio e Gn. Flavio ha aperto una strada, ci vuole del tempo prima che essa venga percorsa. Ciò avviene con quello che potremmo chiamare la nascita della giurisprudenza, un'arte o scienza che dir si voglia o meglio ancora un genere nuovo di attività intellettuale, che uno scrittore tedesco del XVI secolo, sul quale recentemente ha richiamato l'attenzione Riccardo Orestano, Sebastian Derrier considerava come una disciplina dotata di una propria quidditas, vale a dire una propria natura o proprietà o caratteristica. La pratica di essa era strettamente collegata all'attività politica o pubblica, non era dunque solo attività scientifica o tecnica. In un libro recente Aldo Schiavone ha offerto una ricostruzione dell'origine della giurisprudenza prendendo le mosse da un testo di Agostino, nel quale si fa riferimento ad una riflessione di Quinto Mucio Scevola sulle tradizioni cittadine sugli dei. Senonché sa bene che giuristi laici sono esistiti già prima di Quinto Mucio, ma l'importanza di questo giurista, che aveva raggiunto alte cariche nello Stato ed il Pontificato massimo, sta nel fatto che nel suo pensiero la giurisprudenza era concepita come pienamente autonoma. Schiavone ha anche lusingato la base oggettiva

tiva della giurisprudenza, costituita per l'aristocrazia tradizionale dalla proprietà agraria ed ha posto in rilievo la fine dell'egemonia consistente in quella che egli, adottando una categoria di Badaloni, chiama ragione signorile, inserendo così la giurisprudenza in un processo storico di profonde trasformazioni del potere nell'ambito stesso della nobiltà. Poiché l'espressione può far nascere qualche confusione, perché il rapporto di signoria è tipico della società nell'alto Medioevo, preferisco parlare di una ragione della classe detentrici del potere economico e politico, non più espressione di un blocco indifferenziato di proprietari terrieri, ma in una sua parte, destinata a divenire predominante, rivolta ai traffici mondiali e quindi ad una politica imperialista. Comunque si voglia giudicare sul tema dell'origine e delle cause dell'imperialismo romano e dell'espansione nel Mediterraneo, sta di fatto che la giurisprudenza non poteva non essere investita da questo nuovo corso e ricercare i modi nuovi per affrontare i problemi che l'espansione faceva nascere. Mario Bretone ha compiuto una ricerca molto interessante sulle Tecniche e l'ideologia dei giuristi romani, seguendo un metodo diverso da quello dello Schulz, che non aveva dato ~~nessuna~~ importanza alle ricerche di ordine prosopografico. Egli ha bene luneggiato il senso dell'espressione di Pomponio, allorché afferma che Publio Mucio, Bruto e Manilio fundaverunt ius civile, fondarono o diedero un assetto stabile al diritto civile. Bretone giustamente considera insufficienti e generiche le spiegazioni che sono state date da storici moderni. I tre giuristi non erano semplicemente tecnici astratti, i quali si applicavano a fornire una spiegazione scientifica alle loro opinioni, ma erano uomini politici operanti nel vivo delle lotte del loro tempo. Scevola addirittura era stato il console che sosteneva le riforme graccane ed in Senato si era opposto all'emanazione di misure straordinarie, il senatusconsultum ultimum, richiesto dagli aristocratici reazionari contro Tiberio Gracco. Essi non avevano inventato l'interpretatio delle norme giuridiche, che era in modi diversi sempre esistita, ma diedero ad essa una autonomia rispetto alla legge, in particolare quella delle XII Tavole, il che implicava una propria autonomia razionalità. In tal senso l'interpretatio dei giuristi diveniva creatrice del diritto civile. Ma non si pensi che fās-

se loro possibile introdurre nel ius civile tutte le innovazioni che la vita richiedeva. Entro quel sistema rigido si poteva creare ben poco. Ma il loro legato alle generazioni successive non era solo il valore logico delle loro interpretazioni, ma era l'intrinseca funzione creativa della giurisprudenza. Per questa via ed in un sistema diverso dal diritto civile si sarebbero posti i giuristi.

Non si comprenderà abbastanza l'importanza di questo dato, se non si considera che nella Roma antica la legge scritta fu raramente usata per regolare rapporti di diritto privato. Chi abbia sotto gli occhi il lungo elenco delle leggi votate nelle assemblee romane non può non cogliere a prima vista tale caratteristica. Così dunque nella formazione del diritto la giurisprudenza, dopo il periodo arcaico, aveva una grande parte, di gran lunga maggiore di quella che hanno i giuristi nell'età moderna. Essa era infatti una giurisprudenza creativa, i giuristi erano bensì i continuatori delle antiche tradizioni, ma ad un tempo aperti alle innovazioni, sebbene entro i limiti abbastanza ristretti di un corpo di norme consuetudinarie, che formavano l'ossatura del diritto civile, diritto esclusivo della città e non accessibile agli stranieri. Entro quei limiti <sup>e nel costante richiamo al mos maius,</sup> non era possibile dare soluzioni adeguate ai nuovi interessi sorgenti dal mondo dei traffici. Via via che il sistema del ius civile si rivelava inadeguato, sorgeva la necessità di nuove fonti del diritto. Queste si ricercarono non tanto nella legislazione, quanto nell'opera del magistrato giurisdizionale, il pretore, che era un collega minore dei consoli ed in virtù del suo potere di comando, l'imperium, poteva emanare degli editti, <sup>e in certi casi</sup> Fin dall'anno 242 all'antico unico pretore si era aggiunto il praetor peregrinus, cui spettava di conoscere delle liti fra cittadini e stranieri. Δ Fu nell'ambito della giurisdizione del pretore che si formò un nuovo sistema di diritto, detto quindi praetorium, in contrapposizione al diritto civile e non più dominato dal formalismo. La giurisdizione del pretore non consisteva nel giudizio vero e proprio ma nel concedere l'azione o negarla. Senonchè il magistrato non era vincolato a norme rigide e così egli poteva adattare i mezzi

Δ Come il pretore, anche gli edili curuli ed i governatori provinciali avevano un ius edicendi.

processuali alle nuove esigenze della pratica. Il principio che ispirava la sua attività giurisdizionale era quello dell'equità, non dello stretto diritto civile. I mezzi adottati, oltre il diniego dell'azione furono vari, azioni in factum, ficticiae, utiles oppure eccezioni accordate al convenuto per far valere contro la norma rigida un'esigenza riconosciuta di giustizia pratica, appunto di equità. I comportamenti del pretore venivano enunciati nell'editto, che gli emanava all'inizio del suo anno di carica, cui si aggiungevano le decisioni nuove non previste in precedenza. Sebbene non vi fosse obbligo di farlo, di regola l'editto veniva adottato dal successore e viva via costituì la fonte del diritto pretorio, anzi la fonte più importante, e possiamo dire, dell'intero sistema giuridico. Ma il magistrato non era tenuto ad osservare le norme che aveva annunciato nell'editto, almeno fino a quando un plebiscito Cornelianum non sancì quest'obbligo. Ma si trattava di un dovere di correttezza di carattere istituzionale, contro l'inosservanza del quale non esistevano rimedi giuridici, ma solo mezzi politici. Naturalmente il pretore aveva la responsabilità costituzionale della giurisdizione, ma egli non era solo nell'elaborazione delle norme, era assistito da un consiglio di esperti e sempre collegato con l'opera dei giuristi, che alimentavano con i loro responsi e l'attività interpretativa le decisioni del magistrato e quindi contribuivano a formare il nuovo sistema ed in qualche modo ne favorivano l'evoluzione. La funzione edittale del pretore proseguì anche nell'età dell'impero, almeno fino a quando sotto l'imperatore Adriano l'editto non venne in qualche modo codificato, come in seguito vedremo.

Possiamo a questo punto chiederci: quale era il grado di certezza del diritto che questo multiforme sistema di fonti rendeva possibile? Senza dubbio la nascita di una giurisprudenza più libera ed autonoma in luogo dell'arcaico monopolio dei pontefici rendeva più agevole la conoscenza delle norme giuridiche. Le opere dei giuristi potevano essere lette, i loro responsi su singoli casi venivano dati pubblicamente, l'editto pretorio era pubblicato anno per anno ed alla portata di tutti. Il sistema non era farraginoso e certo il singolo cittadino era posto in grado di informarsi sull'esistenza di una determinata norma molto di più come non sia nella sterminata massa di leggi e leg-

norma, molto più di come non sia nella sterminata massa di leggi e leggine, che tutti gli anni arricchiscono, per così dire, le nostre raccolte di leggi e peggio ancora quando si tratta di materie soggette a continui mutamenti ed aggiornamenti, tanto che in molti casi l'ultimo provvedimento in ordine di tempo contiene una miriade di rinvii a leggi precedenti, sicché il malcapitato che abbia bisogno di rendersi edotto dello stato della legislazione è costretto a consultare non sai quante annate di un repertorio, a meno che non disponga di servizi computerizzati e predisposti alla bisogna. Ma che nell'antica Roma il cittadino fosse in grado di conoscere il diritto in modo semplice, rifacendosi ad un codice scritto o comunque ad una raccolta compilata da un giurista, sarebbe ardito dirlo. La giurisprudenza era pur sempre un'attività riservata ad esponenti delle classi dirigenti, un privilegio di fatto di quell'aristocrazia politica che governava lo Stato. Non è un caso che nell'elenco dei giuristi repubblicani buona parte di essi ha rivestito cariche pubbliche, vari le maggiori, come il consolato. La conoscenza tecnica del diritto dava inoltre una superiorità sociale, per la quale, come si è osservato, le fonti adoperano per essa il termine *potentia*, diverso da *auctoritas* e *potestas*. Cicerone nella *pro Murena* ha tentato invano di demolire questa constatazione, sostenendo che ormai si tratta di un sapere che è di tutti in Roma e fuori. Erano espedienti oratori, non opinioni scientificamente fondate. Lo stesso Cicerone sapeva bene che la giurisprudenza era un'ars difficillima, che può perfino provocare arroganza da parte di chi la esercita.

In realtà il problema della certezza del diritto ha due aspetti in Roma antica, come dovunque: uno consiste nella certezza testuale della norma, che può essere assicurata con modi idonei, fra i quali la redazione scritta è certo tra i più sicuri. Ma questo dà semplicemente la conoscenza della norma, la sicurezza della sua esistenza. L'altro dipende dal maggiore o minor grado di semplicità della stessa, quindi dall'applicazione pratica e dall'interpretazione. Questo secondo aspetto di certezza è molto difficile a conseguirsi ed anche a Roma era così, come dimostrano esempi vari, il più famoso dei quali è quello della causa Curiana, un processo nato da una controversia sull'interpreta-

zione della volontà del testatore che aveva disposto una sostituzione di erede. Il caso era difficile ed i difensori delle due parti, grandi giuristi del tempo, Licinio Crasso e Q. Mucio Scevola, adducevano auti e sottili argomenti. Ma essi si richiamavano anche alle opinioni dei loro predecessori, il che implicava una conoscenza della scienza giuridica non accessibile a profani. Naturalmente se vi fosse stata una norma, che avesse previsto in modo specifico il caso concreto e dettata la soluzione il processo non sarebbe probabilmente nemmeno sorto. Ma non era così e nessun ordinamento, per quanto elaborato può prevedere tutti i casi concreti. Questo è dunque un esempio di come la certezza del diritto si ~~finisce~~<sup>per</sup> conseguire solo in virtù di un atto di autorità, la sentenza del giudice, che stabilisce come la norma debba essere applicata. Nel diritto pretorio il processo formulare ampliò grandemente i poteri del magistrato. La formula era un modulo tecnico nel quale si racchiueva l'azione, essa enunciava perciò gli elementi della fattispecie e la decisione del pretore di concedere o negare l'azione. Nella formula si poteva inserire un'exceptio a favore del convenuto, qualora si fosse determinato un fatto, che rendeva la pretesa dell'attore non rispondente ad equità. Dopo l'introduzione del processo formulare da parte della lex Aebutia, i tipi di formule si vennero moltiplicando, fino a permettere che si tenesse conto semplicemente di un fatto ( formulae in factum conceptae), in mancanza di qualsiasi presupposto di diritto. Può darsi che nell'elaborazione di una determinata formula il testo fosse stato predisposto da un giurista e che il pretore si limitasse ad accoglierlo. Può anche darsi che esso fosse opera dello stesso magistrato, che poteva essere egli stesso un giurista, o dei giuristi presenti nel suo consiglio. In ogni caso con la concessione di azioni non previste dal diritto civile o con il diniego dell'azione o con la modifica della rigidità della norma mediante l'exceptio od altri mezzi <sup>indiretti</sup> ~~diretti~~ <sup>miranti</sup> a costringere le parti ad un determinato comportamento, il pretore introduceva nell'ordinamento nuovi principi. Questo è esattamente l'opposto della certezza preventiva. Ecco un caso nel quale l'esigenza della certezza cedeva di fronte a quella di assicurare l'applicazione del diritto in modo conforme ai bisogni dell'economia e della società, che si erano

venute trasformando ovvero a nuovi e più umani modi di pensare e sentire. Questa antinomia tra creatività e certezza è un vero dramma per tutta intera la giurisprudenza romana, anche nelle epoche successive. Durante la Repubblica non vi fu un movimento politico diretto a modificare il sistema e sostituire alla funzione edittole del magistrato che accoglieva l'opera creativa dei giuristi, un sistema in qualche modo pietrificato. Il plebiscito Corneliano, già ricordato, vincolava il magistrato all'osservanza del proprio editto, non introduceva il divieto di adottare nuove disposizioni, come da qualche parte si è sostenuto.

Tuttavia alla fine della Repubblica il problema era avvertito. Pompeo e principalmente Cesare sostenevano una codificazione del diritto civile. Le Idi di marzo con il dittatore spazzarono via quest'idea, che non fu ripresa più tardi. Schulz ritiene che essa fosse concepita in uno spirito "completamente ellenistico". Confesso di non comprendere il senso di tale espressione, perchè nell'ambito dell'ellenismo non vi sono modelli di codici, nè la concezione di Cesare del potere, come monarchica di tipo ellenistico si può ritenere dimostrata, senza tener conto degli elementi specifici romani, di cui si ha un indizio nel rifiuto del diadema offertogli due volte. Prove testuali non ve ne sono, salvo quelle generiche relative all'educazione di Cesare ed al suo soggiorno in Rodi per ascoltare l'insegnamento di retorica di Apollonio. Troppo poco per sostenere il carattere ellenistico del piano di codificazione. Suetonio adduce l'intento di porre ordine nell'immensa e sparsa massa delle leggi. Anche Cicerone lamentava che nessuno riusciva a raccapezzarsi nella giungla delle leggi. Se il termine si intende in senso stretto, il lamento è retorica pura. Il numero delle leggi era limitato nell'insieme e limitatissimo nel campo del diritto privato, non più di una quarantina nell'elenco delle leggi repubblicane redatto dal Rotondi e per lo più su temi che avevano attinenza con la struttura della famiglia e lo stato delle persone. Ma gli Autori citati, Suetonio sicuramente, parlano di leggi per riferirsi in realtà all'intero diritto civile, dovendosi intendere in esso anche il diritto pretorio.

Se le leggi erano poche, intensa era l'attività dei giuristi ed i loro responsi aumentavano col tempo. Poi vi era il vasto campo del diritto pretorio. Per quest'ultimo più ancora che per i giuristi si pone il problema della conoscenza delle norme. L'editto aveva la validità di un anno e perciò veniva chiamato anche lex annua. Le sue disposizioni potevano essere accolte e ripetute nell'editto del successore. Si trasformava in tal caso in *tralatium* e perciò destinato a divenire permanente, perpetuo come più tardi venne chiamato. Quale conoscenza si aveva del testo. Non

vi erano raccolte ufficiali, secondo Schulz le tavole dell'albo erano distrutte anno per anno e certo non si potevano conservare cataste di tavolette. Guarino pensa perfino che il nuovo pretore non riproduceva le disposizioni di quello precedente, ma pubblicava nel suo editto solo le innovazioni. A me pare che in ogni caso raccolte erano compiute, ma esse in mancanza di atti ufficiali non potevano essere che opera dei giuristi, i quali avevano iniziato i loro commenti all'editto con Servio Sulpicio, del quale abbiamo notizia che avesse scritto un paio di libri. Il suo discepolo, Ofilio, ne compose uno molto più ampio e da esso attinse poi Labeone nell'età di Augusto. Se gli editti venivano commentati si dovevano conoscere nel loro testo, ma questo era riservato di fatto ai giuristi. Questo è dunque un altro esempio molto illuminante di come la creatività non coincida con la certezza, a cominciare da quella che si può avere con la conoscenza di un testo sicuro. Questo contrasto era destinato a ripetersi con dimensioni crescenti nell'età dell'impero.

## II

Molti tratti del quadro che abbiamo tracciato mutano sotto l'impero e più profondamente con il prevalere delle tendenze all'assolutismo ed il trapasso alla monarchia di Diocleziano e Costantino ed i loro successori. Non per caso è negli ultimi secoli che si rivelano forti tendenze alle codificazioni, perchè davvero si può dire che il diritto era divenuto una immensa giungla di norme.

Dipendeva dalla natura del Principato, nel quale gli organi costituzionali repubblicani non furono aboliti, ma in buona parte esautorati, che sorgessero, acquistando via via maggiore importanza, nuovi modi di formazione del diritto rientranti nei poteri imperiali. Dall'altro lato il processo formulare, che era stato il campo nel quale si era svolta l'attività creativa del magistrato, perdette la sua generalità e venne sostituito dalla *cognitio extra ordinem*, nella quale si trattavano le controversie su casi, che avevano ricevuto una nuova regolamentazione giuridica per una statuizione imperiale. In tal modo si creò a lato delle fonti tradizionali, un vasto complesso di nuove fonti, dette costituzioni imperiali, le quali, a seconda della loro funzione, si presero nomi diversi, *edicta*, *rescripta*, *decreta*, *mandata*, sebbene non vi sia una chiara sistemazione nelle fonti. Tuttavia in modi vari essi

ebbero forza di legge. Anche al Senato venne riconosciuta una potestà normativa, che rendeva possibile l'emanazione di senatusconsulta con precetti giuridici. Si rafforzò in pari tempo la funzione dei giuristi sottoponendola al controllo imperiale e fin dal tempo di Augusto si accordò ad alcuni di essi il potere di formulare responsi sulla base dell'autorità del principe. L'auctoritas è peraltro un termine che non corrisponde alla nostra autorità, ma implica una nozione etico-politica, sulla quale vi sono state lunghe discussioni tra gli studiosi. Questo complesso di atti, che in modo diretto od indiretto risalivano al potere imperiale mutò l'ordinamento delle fonti del diritto e diede vita ad un nuovo diritto, ius novum. Così ora le più importanti innovazioni avvennero per questa via. Entro questo quadro si sviluppò l'opera dei giuristi, sia partecipando alla formazione delle norme, che poi toccava all'imperatore od al Senato di emanare, sia mediante l'attività vera e propria della giurisprudenza, le loro opere di carattere scientifico. Esse raggiunsero un livello tanto elevato da essere considerate classiche, donde le denominazioni di età classica, diritto classico, che si usa dare alla produzione complessiva fino all'età dei Severi. I suoi caratteri erano la perfezione razionale e sistematica, la logica rigorosa e ad un tempo la sua duttilità, che gli consentiva di adeguarsi alle esigenze pratiche. Ma di questo edificio non si può ignorare l'altro aspetto, il rovescio della medaglia. Per un verso l'eccessiva influenza della tradizione, che finiva col favorire la continuità a svantaggio dell'innovazione, dall'altro lato l'enorme difficoltà per i cittadini ed i sudditi provinciali di venire a conoscenza delle norme del diritto. Come già nella Repubblica nemmeno ora esisteva l'obbligo della pubblicazione come requisito di efficacia della norma. Il farlo era un atto di natura politica, che dipendeva da valutazioni degli organi imperiali, i quali potevano anche ritenere opportuno dare ad essi la massima solennità, con l'affissione per mezzo di epigrafi in lontane località dell'impero. Ma nella generalità dei casi l'atto era noto in un'area ristretta di persone. Peggio era quando si doveva far riferimento a norma emesse in passato. Potevano certo essere di aiuto le opere dei giuristi, i loro commentari, le ampie raccolte di responsi e così via. Ma quale era il grado medio della loro diffusione e conservazione? Opere recenti degli ultimi decenni ci permettono oggi di avere un'idea meno approssimativa del problema. Fra di esse non possiamo non ricordare lo splendido libro di F. Wieacker sulle vicende dei testi dei giuristi classici e la ricerca di E. Volterra sul testo delle costituzioni imperiali., per non parlare di varie altre ricerche particolari. Anche se non possiamo ancora considerare risolti tutti i proble-

mi siamo ora in grado di trattarne con una informazione più approfondita. Le nuove ricerche rafforzano quindi il giudizio sull'estrema difficoltà di conoscenza delle norme di diritto e perfino dell'autenticità di un testo, che non era quello originale di una costituzione, ma probabilmente un riassunto. Questo spiega perchè si facesse più accentuata la tendenza alla codificazione. L'opinione di molti è che invece il fenomeno si ricolleggi al rafforzarsi della burocrazia ed alla logica centralizzatrice dell'impero. Naturalmente vi era anche questo, ma non si può ignorare che una codificazione è pur sempre un limite ed un freno al potere, che può ritenere preferibile avere mano libera nel governo dello Stato e nell'amministrazione del diritto. Su questo tema torneremo più innanzi.

Per la codificazione dell'editto è vero che essa ebbe luogo per iniziativa dell'imperatore Adriano assieme ad altre misure che tendevano al riordinamento e rafforzamento della burocrazia. Ma vi era una ragione specifica, la quale consisteva nella necessità di sancire in via definitiva che l'evoluzione creativa si era esaurita e passava in altre mani. Ma vi era anche il bisogno di avere un testo certo. Abbiamo ricordato lo stato di cose concernente la pubblicazione e trasmissione dell'editto. Aggiungiamo ora la testimonianza diretta di Aulo Gellio, il quale afferma di avere avuto per le mani nella biblioteca del tempio di Traiano gli editti del pretore. Non si poteva trattare di altro, che di libri contenenti la raccolta degli editti, verosimilmente di tutti gli editti, forse conservati in opere di giuristi. Teniamo conto del rilievo del Wieacker che le opere dei giuristi repubblicani non erano giunte quasi interamente al II secolo d.C. Comunque se Gellio doveva recarsi in una biblioteca per aver notizia degli editti, la loro conoscenza non doveva essere tanto diffusa nemmeno nel suo tempo (nato intorno al 130)

I più ampi commentari all'editto di Gaio e di Pomponio sono successivi all'età adrianea, di quelli precedenti quasi nulla doveva essere pervenuto, a giudicare dalle citazioni nel Digesto.

Ai nostri fini non ha grande importanza la questione della paternità dell'editto adrianeo. Fonti non contemporanee, ma di età postclassica l'attribuiscono a Salvio Giuliano, il maggiore giurista del tempo. A. Guarino ha tenacemente criticato l'opinione comune che accoglie questa tradizione, ricostruendo le fasi di formazione dell'editto e rilevando il silenzio di Gaio e Pomponio. Ma la critica di Guarino non ha scosso l'opinione corrente. Anche l'ultimo studioso che si è occupato del tema, A. Torrent, riconferma l'opinione comune. Tuttavia la critica del Guarino ha accentuato la constatazione che già prima di Adriano l'attività creativa del diritto era esaurita. Né poteva essere diversamente, data la logica del Principato e lo sviluppo delle nuove fonti di creazione del diritto, quelle imperiali. La ragione quindi della codificazione non poteva essere quella burocratica della stabilizzazione, ma quella della certezza del testo. Non è un caso che solo dopo di essa vi sono i commentari più ampi dei giuristi, in particolare quello di Pomponio con i suoi <sup>come vedono si tratta degli studi</sup> 50 libri e quelli dell'età severiana. Se l'editto non era più creativo, la giurisprudenza proseguiva nella sua opera interpretativa ed anzi riceveva nuovo impulso. L'antitesi editto pietrificato e creatività è per l'epoca classica abbastanza schematica.

Ma alla fine del periodo la confusione doveva essere grande, non solo per la difficile conoscenza dei testi dei giuristi, ma anche per l'incertezza del testo delle costituzioni, tanto più se ha ragione il Volterra nella sua penetrante analisi. I testi dei giuristi scomparivano rapidamente dalla circolazione, anche per il materiale adoperato per la scrittura, prima che si passasse dai rotoli ai codici. Così si spiega come la spinta alla raccolta di testi si facesse più forte fin dall'età di Diocleziano.

### III

Le prima di cui si ha notizia, se non vogliamo parlare di quella di Papirio Giusto, sono le raccolte non ufficiali di costituzioni ~~imperiali~~ imperiali, per lo più rescritti, dei Codici Gregoriano ed Ermogeniano, la prima con leggi da Adriano in poi, la seconda con quelle emanate dopo il Gregoriano e precisamente negli anni 293-294. L'Autore del primo era un funzionario della Cancelleria di Diocleziano, forse lo era anche il secondo. Bisogna quindi supporre che le raccolte, sebbene non ufficiali fossero state incoraggiate dall'imperatore o da funzionari elevati. Questi codici non ci sono pervenuti, ne conosciamo alcuni frammenti contenuti in altre fonti, principalmente la lex Romana Visigothorum e le sue appendici; nel Breviarium vi è anche un'Epitome, poi in varie collezioni pregiustiane e nel Codice di Giustiano. I tentativi di ricostruzione dispongono di basi troppo limitate per darci una qualche

certezza. E' quindi arrischiato formulare un giudizio, come quello dello Schulz e di altri, che la caratteristica di quaste raccolte era l'intento burocratico di una stabilizzazione del diritto. Gli stessi criteri adottati per una ricostruzione non sono immuni da dubbi ed incertezze. Poichè quel che conosciamo non sono i due Codici, ma testi escerpiti da altri, non si può dire fino a che punto le tendenze che emergono appartengono agli Autori od a quelli che hanno attinto alle loro raccolte. Il fatto che per il Codice Teodosiano si sia disposto di eseguire l'opera ad similitudinem Gregoriani et Hermogeniani, non vuol dire che si dovevano inserire tutte le costituzioni da essi raccolte, ma semplicemente seguire il loro ordine sistematico. E' invece significativo che la raccolta del Gregoriano abbia inizio con costituzioni dell'imperatore Adriano e questo era un chiaro riconoscimento della validità ed attualità del diritto classico. Sarei quindi di più cauto nel considerare i due codici come una guida per i professionisti per una concezione stabilizzatrice del diritto. Le raccolte avevano uno scopo pratico di informazione e di aiuto nella ricerca delle norme, erano un tentativo di fornire elementi di certezza del diritto. Se poi si tiene conto delle conclusioni del Volterra, non

possiamo nemmeno sapere se un testo riassunto e meglio conservato conservasse fedelmente almeno la sostanza della costituzione originaria.

Il Codice Teodosiano, dopo l'editto giuliano, fu un altro grande tentativo di sistemazione, questa volta delle costituzioni imperiali a partire da Costantino. A differenza dei codici e delle raccolte di prima ora si trattava di un testo ufficiale, che implicava una rottura con l'età precedente e con lo stesso Diocleziano. Infatti si dichiaravano non valide le leggi non comprese nel Codice, ma tutte le leggi o solo quelle degli imperatori da Costantino in poi? Il carattere del Codice era quello proprio della monarchia assoluta, cioè la concentrazione del potere nell'imperatore, divenuto ormai la sola autorità legislativa. Ma quanto alla stabilizzazione del diritto il giudizio è diverso. Se si procede ad un esame approfondito delle vicende della formazione del Teodosiano si può rilevare una sensibile differenza tra il programma iniziale formulato nel 429 e quello del 435, cui si attenne il testo realizzato nel 438. Alla luce delle nostre attuali conoscenze si può esprimere un giudizio

meno negativo sull'opera dei compilatori rispetto a quello corrente. Le ricerche compiute da Gian Gualberto Archi dieci anni or sono permettono di giungere a questo risultato.

All'inizio l'imperatore si proponeva di compiere una raccolta di tutte le leggi aventi carattere generale. Questa raccolta doveva essere compiuta assumendo, come modelli i codici Gregoriano ed Ermogeniano, i quali erano compilati secondo l'ordine del sistema classico. Inoltre per i singoli titoli bisognava tener conto dei trattati e dei responsi di giuristi ad essi pertinenti. Solo dopo aver proceduto a questa completa raccolta, anticipatrice del programma di Giustiniano, si sarebbe dovuto passare all'elaborazione di un altro codice, senza errori nè ambiguità, per mostrare ai sudditi le cose permesse e quelle vietate. Questo implicava una scelta per eliminare le costituzioni non più rispondenti alle esigenze attuali e, principalmente le diversità ed i contrasti, tra loro fonte di incertezze ed ingiustizie. E' noto che il programma non fu attuato o lo fu solo in parte, forse per resistenze della commissione, che venne modificata. Si procedette quindi all'elaborazione di un Codice, che venne emanato nel 438, nel quale le costituzioni furono ordinate cronologicamente, senza eliminare le diversità. Questo non significava che il Codice Teodosiano sia una semplice raccolta di leggi

e che non abbia norme innovatrici. Basti pensare, come ha giustamente posto in risalto l'Archi, alla sistemazione delle fonti di produzione del diritto, che si giovava dell'elaborazione precedente compiuta dalla cancelleria di Ravenna nella parte occidentale dell'impero. Ma questo e da altri rilievi Archi ha tratto argomenti per avversare le tendenze molto diffuse, che svalutano l'importanza del Teodosiano, fino a giungere, come aveva fatto il Seeck, ad una stroncatura di certo eccessiva, definendo il Codice una "compassionevole rattoppatura". Questa sistemazione delle fonti senza dubbio costituisce un momento alto nella scienza del diritto, in ispecie per la caratteristica distinzione fra leggi e rescritti. Ma per quella tra *leges* e *iura* bisogna ricordare le ricerche del Gaudemet, dedicate ad un esame storico critico di questa distinzione, che ha provocato incertezze negli studiosi moderni. <sup>Se bene sia stata accreditata dal Savigny.</sup> Se essa ha il suo massimo di fortuna alla fine del V secolo e nelle fonti visigotiche, non la si può attribuire al Teodosiano, se non in misura limitata. Comunque sia, la legge delle citazioni riprodotta nel Codice lasciava una certa libertà nel ricorso alla giurisprudenza, anche se essa era posta sotto il controllo

imperiale. Se il testo originario della legge sulle citazioni era più rigoroso, com'è probabile e da molti oggi sostenuto, quello del Teodosiano è meno restrittivo, perchè si riconosce l'auctoritas di rispondenti non solo ai cinque giuristi famosi, ma anche a quelli citati nei loro scritti. Si trattava di giuristi dell'età classica, anche se le loro opere erano state rimaneggiate, riassunte o ridotte in epitomi dalle scuole. Evidentemente la rigidità della costituzione elaborata dalla cancelleria occidentale aveva dovuto suscitare reazioni nei circoli interessati dell'Oriente. Questa maggiore libertà di tener conto delle opinioni dei giuristi contrasta con la tesi della stabilizzazione burocratica. Anche la ricerca dell'Archi vi contrasta, e ciò non si comprende perchè alla fine l'Autore neghi di aver voluto procedere ad una rivalutazione del Teodosiano.

Da parte nostra, per stare con i piedi per terra, non possiamo non ricordare che anche questo Codice non ci è giunto per tradizione diretta e che alcune parti sicuramente mancano. Già il Mommsen aveva rilevato che della parte compresa nei primi cinque libri era pervenuto soltanto poco più di un terzo. In tali libri, dal II al V si trattava della giurisdizione e del diritto privato. Questa è una perdita molto grande, perchè ci impedisce di formulare un giudizio sull'intero Codice e su materie fondamentali. Comunque sia, un giudizio non superficiale dell'opera implicherebbe un esame approfondito, il che non rientra negli scopi di questo scritto. Naturalmente si può ritenere che le tendenze di fondo dell'opera si uniformavano ai caratteri della monarchia assoluta, burocratica e fondata su di una estesa cristallizzazione delle strutture sociali, dal colonato vincolato alla terra alle corporazioni obbligatorie ed ereditarie. Anche l'economia chiusa e burocratizzata, che impropriamente in tempi moderni si è definita come socialismo di Stato, si rispecchiava nel Codice. Di fronte al sistema economico sociale e politico del Principato si trattava certo di tendenze regressive, ma bastano nè l'ispirazione religiosa cristiana nè la sistemazione dei difficili rapporti fra Stato e Chiesa per modificare questo giudizio.

Veniamo ora al tema della stabilizzazione del diritto come tendenza della burocrazia. Sime quest'idea formulata da Schulz e che anche Bretone accetta recandola anzi alle sue estreme conseguenze, senza il suo consueto spirito critico (non sempre obiettivo) appare fuori della storia, un'idea astratta. Anche Dieter Nörr vi ha pagato un tributo, sebbene egli ricerchi i motivi sociali del movimento. Nörr si richiama a Max Weber, ma per la verità questi era consapevole della complessità del fenomeno, che non si poteva ridurre all'interesse della burocrazia, sebbene esso abbia una parte rilevante allorché le codificazioni sono opera dei principi. Se si vuole comunque una categoria astratta allora è meglio dire che la burocrazia tende per sua natura alla conservazione del potere e a questo fine adegua la sua condotta. Non sempre una codificazione è utile per questo. Naturalmente in qualsiasi opera legislativa compiuta da un monarca vi saranno i suoi ministri a collaborare, ma questo non vuol dire che i burocrati in senso lato possano essere considerati come i promotori delle codificazioni. Quanta alla stabilità vi è un appiglio nelle parole di Giustiniano (Tanta, § 7), in stabilitatem redacum e più ancora nel divieto di commenti ed interpretazioni, ma questo dice ben poco di fronte alle vicende storiche del tempo.

Ai fini del presente contributo basta constatare che le vicende della formazione del codice, della sistemazione delle fonti e della funzione della giurisprudenza mostrano tutt'altro che una tendenza alla stabilizzazione ed all'immobilità. Aggiungasi che lo studio sull'attività dei giuristi postclassici dimostra che <sup>essi hanno compiuto</sup> ~~ne sono~~ rimasti inerti ed interpolazioni dei testi cioè una loro presenza attiva... Senza dubbio l'attività creativa e le innovazioni spettavano ora all'imperatore e quindi alla burocrazia centrale. Ma chi faceva parte di questa? Non era forse una buona preparazione nel campo del diritto un buon titolo per la carriera degli uffici? Le leggi numerose, che furono emanate dopo il Teodosiano, le Novelle, anch'esse pervenute al solo in parte, provano che la vita del diritto non si era affatto stabilizzata. In tutta l'età postclassica e dopo il Teodosiano si procedette a mutamenti ed innovazioni, come richiedevano esigenze politiche, culturali, religiose e naturalmente economiche e sociali. Il Nörr è andato alla ricerca dei motivi sociali ed ha tratto tutto il possibile dall'autore <sup>Anonimo</sup> del de rebus bellicis, "pagano, curiale, avverso a Costantino", non un folle fautore di progetti di riforme, come lo definiva il Seeck, nè un "socialista" come per Mazzarino. Che i curiali potevano avere interesse a porre ordine nel diritto è molto probabile. Ma ancor più espressivi sono i lamenti e le denunce che si trovano in fonti posteriori, in Salviano e nelle stesse leggi imperiali. Il Teodosiano non aveva dunque stabilizzato il diritto, tanto più se si accetta la tesi che le costituzioni non comprese nel Codice e dunque vietate erano solo quelle di Costantino e non le precedenti, raccolte nel Gregoriano e nell'Ermogeniano. Questo lasciava un ampio spazio all'interpretazione di giudici e giuristi. Vi era inoltre l'esigenza di tener conto della formazione pratica di quel diritto volgare, di cui parleremo tra breve. Che la confusione non era stata eliminata lo prova il fatto che Giustiniano l'adduce come motivo principale della sua codificazione, quasi riecheggiando e raccogliendo lamenti e proposte dell'anonimo autore del de rebus bellicis a metà del IV secolo. L'esigenza di una raccolta delle norme in vigore doveva essere allora e più tardi viva e diffusa nella società. La giurisprudenza creativa è cosa ottima, ma le discus-

"riforme" in aspetti sociali

vedi Nörr

2<sup>a</sup> bis

sioni senza fine tra gli interpreti, i dissensi tra i giuristi, le loro controversie e la stessa ignoranza dei testi dovevano essere causa di non poche incertezze, abusi, prepotenze ed inganni nella pratica o

tutti i giorni. Alla luce dei fatti storici la ricerca della certezza appare un'utopia. A sentire Giustiniano lo stato delle leggi era confuso ed incerto, peggio di come lo aveva trovato Teodosio. Se la burocrazia voleva la stabilità, che secondo Bretone equivale a certezza, il risultato fu l'opposto. Ma nemmeno il classicismo di Giustiniano e dei compilatori è stato di grande aiuto ai contemporanei! La storia di regola dà risposte diverse da quelle che le astrazioni weberiane o pseudo weberiane farebbero attendere. Nelle costituzioni introdotte dell'opera l'impera =

tore non esita a deplorare la confusione delle leggi, che dall'origine di Roma si sono estese all'infinito, in modo tale da non poter essere racchiusa nella capacità della natura umana (Deo Auctore § 1). La scienza del diritto era contenuta in duemila volumi con tre milioni di paragrafi, ma nelle scuole si insegnavano solo sei libri ed essi stessi confusi (Omnem § 1; Tanta § 1). Nell'antico diritto vi era confusione e disordine (ivi). I compilatori vanno scusati, se loro è sfuggito qualcosa, che era nascosta in tante migliaia di libri come nel profondo del mare oppure abbiano ommesso per necessità un testo involuto ed oscuro (ivi § 16). Insomma il motivo ricorrente è quello della enorme quantità di opere da ~~compilare~~, della confusione ed oscurità delle leggi, delle loro contraddizioni e così via. Questo era abbastanza tradizionale. Come abbiamo visto aveva cominciato perfino Cicerone. Ma il rimedio a tale stato di cose si ispira ad una concezione tipicamente giustiziana, tradizionalista e classicheggiante, ma in realtà altamente politica. L'idea è di riassumere l'unità dell'impero nell'unità del suo diritto, considerato come attuale nell'opera grandiosa della giurisprudenza di molti secoli e degli imperatori suoi predecessori. Non dunque un nuovo sistema di norme, come si sarebbe fatto da legislatori moderni, ma la raccolta di un grandissimo numero di testi estratti dalle opere dei giuristi di tutte le epoche e dalle raccolte delle costituzioni imperiali. Ecco dunque i due codici: il Codex vero e proprio con le costituzioni, i Digesta con le opere dei giuristi, le Istituzioni attinte da fonti classiche, con scopi didattici oltre che legislativi. Non è certo la congerie dei duemila volumi, ma il Digesto contiene cinquanta libri, divisi in titoli e frammenti, che raggiungono un rispettabile numero, circa ventimila. L'opera come fonte storica è preziosa. Senza di essa conosceremmo assai poco delle opere dei giuristi dell'età classica, se non quello che apprendiamo dal manuale di Gaio ritrovato fortunatamente in un palinsesto, che risale al V o al VI secolo, e da poche altre frammentarie raccolte. Ma l'opera di Gaio ha carattere istituzionale e comunque appartiene all'età degli Antonini.

Ma come opera di legislazione i Digesta ed in parte anche il Codice hanno difetti analoghi a quelli lamentati. In modo inevitabile il metodo stesso della compilazione aveva in sé la causa dei risultati confusi, perché esso implicava una mescolanza di diritto classico e di norme concernenti istituti non più esistenti con il diritto dell'epoca. Non bastava sostituire i nomi degli antichi istituti come la fiducia e tanti altri con nomi nuovi. Questo era abbastanza semplice e poteva anche essere fatto da modesti collaboratori dei commissari. Si trattava di adottare soluzioni giuridiche ben diverse da quelle dei classici ed è un'idea abbastanza bizzarra quella di farlo lasciando il testo classico in taluni parti e modificandolo in altre ovvero aggiungendo espressioni nuove, che talvolta contrastavano con il tenore del testo. La semplicità e la brevità, che si volevano raggiungere, non sempre furono conseguite. I contrasti di opinione tra i vari giuristi non sono scomparsi del tutto ed alcuni testi hanno costituito per secoli una vera croce per gli interpreti e così furono definiti. Certo non erano più i duemila volumi, che Giustiniano ricorda con una certa enfasi, ma era pur sempre un bel numero di frammenti. La realtà era però diversa, nelle scuole si insegnavano solo su sei libri, opere rimaneggiate dalle scuole. I duemila volumi non erano in circolazione ed i compilatori hanno dovuto cercarli nelle biblioteche note al bibliofilo Triboniano, forse ai suoi collaboratori. Il dato è impressionante. Esso rivela che nel tempo di Giustiniano gli scritti dei giuristi editi in quei volumi potevano essere considerati diritto vigente e perciò da essi occorreva fare una scelta e ridurre il testo con le modifiche necessarie allo stato del diritto attuale. Comunque l'imperatore è riuscito in un intento straordinario, quello di presentare il corpo della giurisprudenza classica, con la puntuale iscrizione dei frammenti, in cui vi è il nome del giurista e della opera donde il testo è estratto, come se esso fosse vivente ed attuale, mentre in realtà in buona parte esso era una forma esteriore entro la quale si era immesso nuovo diritto.

Con questo giudizio storico si tocca un tema controverso e sempre fondamentale, il tema cioè del rapporto fra la compilazione, in specie il Digesto ed il diritto precedente, quello classico e quello postclassico. Nessuno oggi potrebbe più concepire una contrapposizione schematica tra Giustiniano ed i classici e quindi limitare la ricerca alle interpretazioni nel Corpus iuris. Tra i classici e Giustiniano vi fu un'interazione

epoca tormentata da molte vicende. Negli ultimi decenni lo stato del diritto in questi secoli ha suscitato maggiore interesse che in passato. Ne è nata la consapevolezza che vi furono mutamenti profondi e si venne formando un diritto nuovo, cui è stato dato il nome di diritto volgare, adoperando un'espressione che il Brunner nel 1880 aveva usato per il diritto nei documenti tardo romani e germanici. Questo tema ha provocato un dibattito, che non si può considerare chiuso, anche se non mi sembra felice l'ultima fase di esso destinata più a definire il valore della terminologia anziché la sostanza delle cose. Un tale tema non può essere ovviamente approfondito in questa sede. A me pare indubbio che dopo Diocleziano si sia venuto formando non solo una prassi del diritto, ma anche in qualche modo una recezione di usi invalsi nella pratica nella legislazione imperiale e soprattutto fra gli uomini di legge in ispecie in Occidente, poi anche in Oriente. Ma come abbiamo già rilevato, assieme a questo vi era anche, già nell'età della quale parliamo, una tendenza classicista. Vi era il Gaio di Autun o l'Epitome, ma vi era anche chi pubblicava il testo originale delle Istituzioni. Non si trattava di un'edizione isolata. I frammenti ritrovati in Egitto ad Arsinoe ed Antinoe provano che il testo originale circolava ed era oggetto di attenzione e di studio, altrimenti nessuno si sarebbe curato di copiarlo e riprodurlo. L'Egitto ce li ha conservati perchè in quella terra i papiri sono un mezzo di trasmissione dei documenti di incomparabile importanza. Da altre regioni non abbiamo nulla, ma non per questo si potrà credere che analoghi esemplari non circolassero, anche se ci rimane solo il manoscritto veronese. Né l'attività degli editori si limitava a Gaio; altri frammenti di opere classiche pervenuti ce lo dimostrano. Questo dato di fatto prova la complessità e contraddittorietà del processo, che non fu di solo volgarismo. Né questo si può spiegare pensando ad una origine diversa, ad un'Occidente di basso livello di fronte ad un Oriente colto.

L'esistenza di una tendenza autenticamente classicista in età pregiustiniana ci spinge a porre un problema, senza dare una risposta. Che cosa moveva gli studiosi in quell'epoca a leggere i testi dei giuristi antichi? Era solo il riconoscimento della superiorità dei classici o an-

in modo di riaffermare idee, che il potere assoluto andava cancellando ?  
A me non pare che il classicismo delle scuole si possa considerare solo un fatto culturale, esso era anche un fatto politico, una sorta di resistenza all'assolutismo, perchè i classici in varia misura, con la loro costante affermazione della superiorità della legge sul potere, avevano conservato quel tanto che era possibile della libertà romana.  
Detto questo, non si può non aggiungere che il classicismo di Giustiniano è di altra natura. A me non sembra che si possa considerarlo, come fanno il Levy ed altri fautori delle nuove concezioni del diritto volgare, come il tentativo di restaurare la purezza dei classici, emendando i testi dalle degenerazioni volgaristiche, cioè delle scuole postclassiche. Espressioni generiche dei testi introduttivi della compilazione, ovvero qualche esempio, piuttosto raro, di interpolazione restauratrice, non bastano per sostenere questa congettura. Del resto il Levy aveva ben visto che nella compilazione giustiniana erano confluiti fattori vari e contrastanti tra loro e basta questo rilievo per escludere l'idea di un Giustiniano restauratore dei classici.  
La mia opinione su questo, non sull'esistenza del diritto volgare,

è molto diversa. Se nell'età pregiustiniana vi erano correnti classiciste in senso vero, il classicismo di Giustiniano era tale solo nella facciata, magari nello stile dei testi. Alle istruzioni di restaurare i classici si possono contrapporre quelle più sostanziose che ordinano le modifiche. Nemmeno la ricerca recente, acuta ed interessante, di Giuliana Lana-  
ta che disegna una sorta di contrapposizione fra Giustiniano e Tri-  
niano, grande intellettuale, l'ultimo giurista, come viene chiamato, reca un qualsiasi appoggio alla tesi del classicismo effettivo di Giustiniano.

L'ordinamento giustiniano è molto complesso. Esso era il prodotto di idee appartenenti a varie epoche, quella classica, quella postclassica e quelle ellenistiche e bizantine. L'idea ispiratrice di fondo era politica, come si è detto. L'unità del sistema giuridico, come unità dell'impero e dell'intera storia di Roma. Così nella compilazione convivono cose inconciliabili, la grazia di Dio, come fonte del potere ed un residuo dell'inve-  
stitura popolare, la lex de imperio detta lex regia, travisata nel senso di un conferimento dato una volta per tutte, l'antica giurisprudenza e perfino le XII Tavole ed il nuovo diritto, come si era creato nella com-  
mistione con i diritti orientali, con la pratica del diritto volgare con l'attività delle scuole, le opere dei giuristi classici e quelle di tardi epigoni, degli autori di retoriche elucubrazioni, così enfatiche e ridondanti, come si vede anche nello stile delle costituzioni imperiali.  
*postclassiche*

La tendenza classicheggiante per il periodo pregiustiniano è un'espressione di genuina adesione alle idee classiche, per Giustiniano è un *instrumentum regni*, l'assunzione in proprio di tutta la storia giuridica di Roma.

Per questo essa non è "una strana compagna", come lo Schulz la chiama, della tendenza alla stabilizzazione. Essa nel suo senso politico sovra-

sta su tutto e sconvolge l'ordine sostanziale della legislazione. Invano l'imperatore si affannò a vietare commenti ed interpretazioni, per assicurare alla sua opera l'eternità. I contemporanei bizantini cominciarono il loro sottile lavoro, più tardi le rinate scuole occidentali fino all'età moderna.

Semplicità e chiarezza rimasero un'aspirazione e così anche la certezza del diritto. Forse quest'ultima come valore assoluto non esiste. In una controversia pratica la certezza per le parti nasce con la sentenza del giudice.

Finisco come ho cominciato. La storia delle fonti in Roma antica non offre paragoni per la nostra epoca. Vi è soltanto però da osservare che nella secolare esperienza romana l'impiego di mezzi utili per la creazione di un diritto più adeguato alle esigenze nuove fece sorgere forti tendenze politico-sociali alle codificazioni. Gli inconvenienti pratici derivanti dalla creatività della giurisprudenza e dalla molteplicità delle fonti si rivelarono intollerabili.

Forsé non è nemmeno utile ricercare se vi siano oggi mezzi diversi dalle leggi, perchè non se ne troveranno. Per di più il libero diritto creato da giudici o giuristi è fonte di arbitri. Vi è sempre qualcuno tentato di usare un siffatto potere in modo iniquo o dispotico. Anche il nazionalsocialismo aveva fatto del Führer l'interprete della coscienza popolare. ! Quanto più avizzeremo sulla via di poderosi mezzi tecnici tanto più si farà sentire l'esigenza di un diritto che garantisca pienamente la libertà dell'uomo.

Esiste senza dubbio l'esigenza di una migliore e più precisa delimitazione dell'attività legislativa in senso proprio, eliminando un falso ed ipocrita principio di legalità, che oggi vale per buona parte di atti di organi pubblici, per i quali si richiede una legge, mentre in realtà sono atti dell'amministrazione. Il controllo su di essi potrebbe essere reso più incisivo, se il Parlamento libero dall'enorme peso della congerie di leggi costretto ad emanare, potesse essere posto in grado di esercitare un penetrante controllo sull'amministrazione, per assicurare la rispondenza degli atti ai principi di legalità dell'ordinamento.

Nota bibliografica

Sulla storia della giurisprudenza fondamentale rimano Fritz Schulz, History of Roman Legal Science, Oxford 1946 e poi 1963; più completa l'edizione tedesca Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961; traduzione italiana del Nocera, Firenze 1968. Precedente bibliografia cit. alla pag. 10 ss. di quest'edizione.

Sulle XII Tavole vedi le citazioni nella mia Storia della costituzione romana, 2a ed. I, Napoli, 1972, 302 n. 22 e 23 per il periodo precedente al 1971. Successivamente G. Crifò, la legge delle XII Tavole. Osservazioni e problemi, Aufstieg und Niedergang, I, 2, 1972, 115 ss.; E. Ferenczy, La legge delle XII Tavole e le codificazioni greche, Sodalitas. Scritti Guarino, IV, Napoli 1984, 2004 ss.; A. Watson, Agriculture and Law in Rome of XII Tables, Recueil J. Bodin 41, II, Paris 1983, 408 ss. Vari altri studi su singoli istituti e sul linguaggio non possono essere qui ricordati. Lo scritto di F. D'Ippolito è Das ius Flavianum und die lex Ogulnia, Zeitschrift der Savigny Stiftung, 1985, 81 ss., trad. ital. Napoli 1984. Con un nuovo esame e le considerazioni sulle Note di Valerio Probo, Giuristi e sapienti in Roma antica, Bari 1986. Vari altri scritti, poi I giuristi e la città<sup>2</sup>, Bari 1987.

Sulla più antica funzione dei Pontefici un tempo si riteneva da più parti che essi avessero la giurisdizione vera e propria: in tal senso vedi anche la mia La giurisdizione nel diritto romano, Padova 1937, 3 ss. Questa tesi non ha avuto molta fortuna fra gli studiosi più recenti.

Lo studio di Riccardo Orestano è Notarola su Derrer e la quidditas della giurisprudenza, Materiali per una storia della natura giuridica, XVIII nr. 1 giugno 1987, 3 ss.

Il libro di Aldo Schiavone è Nascita della giurisprudenza, Bari 1976.

Il libro di Mario Bretone è apparso in 2a ed. Napoli 1982. Alla p. 257 ss. le considerazioni sui "fondatori" del diritto civile. In una nota finale l'A. discute in modo succinto gli scritti apparsi fino al 1981, molto utile per la bibliografia recente sui giuristi repubblicani. V. anche Guarino, La coerenza di Publio Mucio, Napoli 1981.

Sul mos maiorum v. gli Autori citati da Schulz, Storia, 49 n.3 e poi Bleicken, Lex publica. Gesetze und Recht in der römischen Republik, Berlin-New York, 1975, 350 n.41; 352 n.42 (Kaser); 354 n.50 (Steinwenter, Rech, Roloff, Kaser, Gioffredi, Schniedel, Mayer-Maly.

Sul rapporto mos-consuetudo v. lo stesso Bleicken, 350. Sulla formazione di una teoria del diritto consuetudinario D. Nörr, Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, Festschrift f. Felgentraeger, 1969, 353 ss.

Sul valore della tradizione come fattore di certezza del diritto L. Lombardi, Saggio sul diritto giurisprudenziale, Milano 1967, 27. Secondo l'A. il rispetto della tradizione sarebbe la caratteristica fondamentale dei giuristi addirittura fino all'età dei Severi. Oltre i rilievi critici di Bretone, Tecniche e ideologie, 330, che sono da condividere, la tesi dell'A. contrasta con i lamenti continui sulla confusione e l'oscurità, lamenti che si trovano già in Cicero come è ricordato nel testo.

Sull'editto del pretore la letteratura è vastissima. La ricostruzione fondamentale è quella di Otto Lenel, Edictum perpetuum, 3a ed. 1927.

Sulla lex Cornelia, da ultimo A. Metro, La lex Cornelia de iurisdictione alla luce di Dio Cass. 30, 40, 1-2, Iura 1969, 501 ss.; A. Torrent, La ordinatio edicti cit. più sotto, 38 ss.; N. Palazzolo, La propositio

in alio degli edicta perpetua e il plebiscito Cornelianum del 67 a.C.,

Sodalitas, Studi Guarino V, Napoli 1984, 2427 ss. - *Manus Praetoris Edicta, Annali Seminario Univ. Salerno, XXXVIII, 1983, 397 ss. Δ*  
Non molto di nuovo sui progetti di Cesare in E. Polay, Der Kodifizierungs-

plan des Julius Caesar, Jura 1985, 47. In modo più penetrante E. Fabba  
Tendenze all'unificazione normativa nel diritto pubblico tardo-repubblicano -

Sulla questione della codificazione adrianea e Giuliano mi limito a

ricordare A. Guarino, La formazione dell'editto pretorio, Aufstieg und Niedergang des römischen Welt, II, parte XIII, 82 ss.; A. Torrent, La ordinatio edicti en la politica jurídica de Adriano, Bull. Ist. Dir.

Rom. 1984, 37 ss. ed in essi l'abbondante bibliografia, della quale mi

limito a ricordare F. Wieacker, Studie zur hadrianische Justizpolitik, Freiburg 1935; nonché gli scritti di A. D'Ors e R. Syme nel volume

Les empereurs romains d'Espagne, Paris 1965; F. Casavola, Giuristi adrianei, Napoli 1980; per un caso di intervento successivo di Adriano v.

ancora Torrent, Intervenciones de Adriano en el Edicto "ordinatum" por Juliano (En tema de bonorum possessio Carboniana), Anuario de

historia del derecho Español, 1984, 103 ss.

Il libro di F. Wieacker è *Textstufen der römischen Juristen*, Göttingen 1960. Volterra è citato più oltre. //

Sulla pubblicazione *Schwind*, *Zur Frage der Publikation im röm. Recht*, München 1940; G. Tibiletti, *Lex in Diz. Epigr. IV, 709 ss.* con altre cit.; Stein, *Römische Inschriften in der Antike Literatur*, Prag 1931; G. I. Luzzatto, *Appunti sulla pubblicazione delle leggi nell'impero romano*, *Archives Pringsheim*, 86 ss. Contro la tesi che la pubblicazione non era obbligatoria si potrebbe addurre *Plin. nat. hist. XXIV, 19*, ma questi parla di un *usus aeri, s ad perpetuam monumentorum* e l'uso non equivale ad un obbligo.

Per la pubblicazione dei rescritti Schulz, *Storia*, 268. e n. 3 e gli Autori ivi citati.

Per quanto riguarda i Codici Gregoriano ed Ermogeniano vedi i citati in G. G. Archi, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli 1976, 25 n. 39. L'Ermogeniano è stato oggetto di ricerche specifiche ai nostri giorni Lieb, *Hermogenianus iuris epitome*, Göttingen 1964; A. Candelari, *Ricerche sul Codex Hermogenianus*, Milano 1965.

Sul Teodosiano v. G. G. Archi, *op. cit.* qui sopra. Una ricerca utile con qualche eccesso apologetica, che però l'A. nega. Le sue critiche a mie opinioni espresse in *Storia della costituzione romana V, 422* (nella 1a ed.) e *IV, 1, 494 s.* (2a ed.) non mi sembrano pertinenti. Io non ho detto soltanto che la distinzione classica venne mantenuta, il che risulta dalle fonti, ma ho posto in rilievo la novità per i rescritti, la scarsità dei decreti e la fine dei mandata caduti in desuetudine. Quanto alla distinzione classica è molto difficile dubitarne di fronte alla testimonianza certa delle fonti. Altro è invece il problema del suo significato e della sua formazione storica. Su di questo un esame approfondito e documentato è in E. Volterra, *Il*

problema del testo delle costituzioni imperiali, Atti II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto, 1967, pubblicata Firenze 1971, 846 ss. I vari scritti di Archi sul tema delle fonti nel tardo impero sono ora pubblicati in Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano, Cagliari 1987.

Sul valore sistematico della legge sulle citazioni F. De Arini Avonzo, Pagani e Cristiani nella cultura giuridica del V secolo, Bologna 1972, II, 23.

Su iura e leges J. Gaudemet, Jus et leges, Jura 1950, 223 ss. ristampato in Etudes de droit romain, I, Napoli 1979, 439 ss., utile anche per la storia della distinzione nei giuristi della Glossa in poi.

Sulle codificazioni D. Nörr, Zu den geistigen und sozialen Grundlagen der spätantiken Kodifikationsbewegung, Zeit. Sav. Stift. 1963, 104 ss. Utilissimo anche per la ricchezza delle fonti è M. Lauria, Ius. Visioni romane e moderna, Napoli

Sulla tendenza burocratica alla stabilizzazione Schulz, Storia, 473 ss.; Bretonne, Tecniche e ideologie cit., 42 ss.; Nörr, scr. cit. 110, 127. Le considerazioni del Weber, oltre che nella sociologia del diritto si possono vedere in Economia e società, II, Milano 1974, 262 ss.

Sul diritto volgare e sul volgarismo mi limito a ricordare i più recenti scritti: F. Wieacker, 'Vulgarrecht' und 'Vulgarismus'. Alte und neue Probleme und Diskussion, Studi Biscardi, Milano 1982, I, 33 ss.; M. Talamanca, L'esperienza giuridica romana nel Tardo Antico fra volgarismo e classicismo, in Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità (a cura di M. Mazza e C. Giuffrida), Atti del Convegno di Studi Catania 1982, Roma 1985, I, 27 ss. Le idee del Levy cui si riferisce il testo si trovano in West Roman Vulgar Law. The Law of Propriety, Philadelphia 1951, 12 s. V. anche Vismara, *Le fonti del diritto romano nell'alto medioevo secondo la più recente storiografia*, SDHI 1981, 5 ss. Una sia pure succinta informazione su Giustiniano è impossibile. La frase di Schulz sulla strana compagna è in Storia, 518.

Il libro di G. Lanata è Legislazione e natura delle Novelle di Giustiniano, Napoli 1984. Ampia discussione in Archi, Studi sulle fonti cit. 235 ss. Io osservo che una convergenza sulla sostanza dell'opera legislativa doveva esservi, altrimenti sarebbe stato impossibile che l'imperatore affidasse al suo ministro il compito di presiedere la Commissione.

Sul diritto comune e le correnti moderne del libero diritto vedi l'importante ricerca di L. Lombardi citata più sopra.

di quale sistema di testi indicale che  
~~non si trattasse di un sistema di testi~~  
 p. 28. ~~almeno un sistema di testi~~  
 dell'editto, non si sarebbe mai stato  
 un unico editto, ma testi distinti per  
 i singoli casi. Risorse vitale sono  
 espresse da Cannata, *Jur* 1983,  
 205 ss. Per il suo politico sulla lex  
 Cornelia v. infine P. Pinna Peroglio, *Per  
 una interpretazione della lex Cornelia de edictis  
 praetorum del 67 a. C.* Sassari 1987

p. 29 // In questione dei mezzi materiali per  
 la trasmissione dei testi si pone già  
 per l'età repubblicana. Il manoscritto nello  
 scritto citato se ne rende conto a proposito  
 dell'editto del pretore, ma la sua soluzione  
 è dubbia: i singoli editti scritti su tabulae  
 poi legate assieme in un codice. d'albo  
 sarebbe stato invece un portatore inhan-  
 cato. Ma quanto tempo potevano  
 durare l'uno e l'altro, ammorde  
 la distinzione sia possibile?

Questo articolo in gr. in  
Stampa allora è stato pub-  
blicato il volume La corteo-  
la diritto nell'esperienza gri-  
na, Pubblicazioni  
Università - Studi nelle  
Dirigete giuridiche e sc. L. NS. 48,  
1987, con una relazione in-  
trodotiva di F. Ferrac, nei  
spice di un sovran potere  
L'era conto -



136 s. gradici negativi nel foro  
e nelle stivole - Sebastiani e  
Valentini - Teodosio

137 Ammirata

138 Lauri Jus 222 ss.  
(degnani<sup>2</sup> 1962)

8



W. contro la legge di Rocco n. 82  
 anche volente anzitutto in  
 vista della legge n. 43  
 p. 45 la legge di Wolff è che la  
 legge di Rocco del 1930 non  
 porta alla eliminazione o  
 abolizione - ma al ritorno  
 alla normalizzazione del diritto  
 penale sopravvissuto



24

Elemér Pólay, Der Rediprogess  
plan des Julius Caesar, Jahr  
1965, 47 mm kein alcun  
argumente textuelle a textualem  
textualem der unclonem der unclonem  
der unclonem. D'ader dell' ordine,  
alla integritate del materiam  
juridicam non a l'interne della  
der unclonem quoniam, una der unclonem  
con unclonem - Cesare even  
vicino in' unclonem der unclonem  
der unclonem unclonem a Rodi per <sup>apud</sup> ~~der unclonem~~  
~~der unclonem~~ X Apollonia, per X  
der unclonem, per unclonem - Plat.  
laes. 3 C. Cic. Pont 151 -

Archiv, 249

85

Acquisizione, Triboniano  
Ultima edizione  
enunci. oper. aperta 11

Bruno 399  
supplenti utopia

immagini scelte  
L. 14

Triboniano grande volume  
neoplatoni colt

dissemine in Archiv,

SDH 1985, 471 n. per in

Senato della Repubblica - Archivio Storico  
non nelle parti di nulla nel testo  
in una mano. Cagliari 1988, 233 n.

Salv. Tommaso Profto & stoni.  
Cultura romana Milano  
1981,

Salva derivazioni da precedenti  
greci p. 280 s.

Kell'oro, Bologna 1960,  
17 n. part. 67. come altri  
a esecutive o ricognizione di  
come sistemi, carattere utroque.

Francesco Amarelli, Virtutes - virtute  
Napoli 1978 part. 83

Giuseppe De jure anni 7  
Napoli 1984, 112 n. a  
10,4

amistati nel CC

518 128  
63

Talamona 44 ss. Unmatura 87  
Mlle. Duolo

Wiederer - Rolle

temi presentati 145 ss

SENATO DELLA REPUBBLICA

15, 75  
 Marino Aufst. 75 rapporto de il  
 potore un riproduttore tutti gli editori  
 precedenti ma solo quelli di nuova  
 concezione o innovatori - se il resto a of-  
 fidare alle industrie private e parte.  
 quindi fondamentale.

Lo sta a più intendere Poggiore  
 a proposito di Opilio 8.1.2.2.44

- 79 Guis di come vengono il by edicendi
- 81 riduzione degli editori a un anno, l'ed.  
 potore urbano - non prima degli Anstoria

~~82~~ butta alla tra comune - forti torche

Casavola Cultura e scienza quindi nel  
 Roma dove i. C. ; il senso nel passato  
 Senato della Repubblica Archivio Storico  
 Aufst. - #, 15, 132 o.

84

Schiavino di Cole  
duisa

nato il 18.10.83

Posillipo

de veolare 2' Ippolito  
Bretone  
Cesare  
Volturn  
Orestano

libri = rotoli (lunghezza?)

- p. 2 Solone
- 3 Teofane
- 12 ~~diadema~~ e Cesare
- 13 ~~fedecommesso~~  
classificazione delle cost.
- 16 ~~costituzioni~~ e loro valore
- 20 rivedere il testo
- 22



p 73 roman - diritto



mont. per 242

lex Actaria

lex Cornelia de maiest. de re licta DM

III, 150 n. 23 con le varie interpretazioni

lett. sulla pubblicazione

Schwund, Zur Frage der Publikation in rom. Recht, München 1940;

Tribliti "leges datae" studi quindici Parodi = storia  
Istoria I-II Milano Parodi 1955, p. 183 n. 3

Legg. Sulle "leges" romane, Studi de Finucci IV Milano 1956  
p. 506, 614 n. 2, 643

Lex, Dig. Ep. IV, 709 n. monum. qualsiasi non di una  
generale necessità legale di pubblicare le leggi approvate non  
edita senatorialmente discussi imperiali (p. 708) - un vedi Plin.

n. h. XXXIV 199 (che un controscritto), il quale può parlare  
di un usus aeternus ad perpetuitatem monumentorum  
luoghi di espressione (p. 708)

Mein, Die römische Inschriften in der antiken Literatur Proq 1931

Ergebnisse Appunti sulla pubblicazione delle leggi nel-

l'impero romano, Archivio Pringsheim p. 86-93

Sulla pubblicazione delle rescripti v. Schulz, Stori 268 e  
n. 3 con Antoni in citati.

Sul carattere burocratico - e sulla tendenza alla stabiliz-  
zazione della giurisprudenza e della legislazione nella  
monarchia assoluta Schulz, Stori, 473 n., accolto

da Bretone, Tecnica e Ideologie ut. 42 ss.

per quanto riguarda i codici Gregoriano e Emperiano  
e in particolare il secondo v. in tempi recenti Coude-  
relli, Ricche

Diebs, *Merovingianus iuris epitomae*, Göttingen 1964  
Altra bibl. in Archi, Teodosio II e la sua ~~legislazione~~  
codificazione, <sup>in v. p. 1976</sup> 25 n. 39

Avonzo, Pagan e Wislizeni nella cultura giuridica  
del V secolo, *Materiali per un storia della cultura  
quindicina*, Bologna 1972,

Sul Teodosiano v. ora Gian Fulberto Archi, <sup>op. cit. qui</sup> ~~Teodosio II e~~  
~~la sua codificazione~~, <sup>Si parla di una</sup> ~~napoli~~ <sup>utile</sup> ~~1976~~ <sup>recita</sup> rivista di una  
rivalutazione dell'opera legislativa di Teodosio, non senza  
qualche eccesso apologetico. <sup>Vi sono</sup> ~~critiche~~ <sup>critiche</sup> alle opinioni altrui  
ma sempre pertinenti: così quando mi attribuisce di aver  
~~ostentato~~ <sup>aver ben fondato</sup> il rilievo che nel Teodosiano  
i resatti sono scarsamente rappresentati, mentre si sarebbe  
dovuto ricercare più il Teodosiano ha voluto raccogliere  
le leggi quodvis e io i resatti se è riuscito a raccogliere  
i ~~temi~~ <sup>temi</sup> che ne ~~fossero~~ <sup>fossero</sup> l'utilizzazione da parte di giu-  
dici e di privati. E' facile obiettare che il non aver  
affrontato il tema delle ragioni di un fatto non esclude  
l'esistenza del fatto. Inoltre egli pretende la mia  
affermazione che nel mondo infuso customa a esistere la  
distinzione tra edicte, rescripta, decreta, mandata, una poi  
e ~~l'altro~~ <sup>il secondo</sup> e rimprovera che nel Teodosiano vi è una  
mancata deduzione di mandata (C.Th. 1, 3). A leggere la  
nota di Archi sembra che tutti gli studiosi non abbiano  
compreso la diversità esistenti nella storia della monarchia  
assoluta indicando tutto a un senso stretto! (v.p.  
60 s. e n. 24-25

Per le note del Greg. - Emu  
v. FIRA II 667.

Krüger Collectio Mor. III  
viris antiqui. 224 249

Schulz 552 ordine dei libri  
le cost. giustiziarie che non  
sono prese dal Theod. e dopo,  
vengono da noi.

Anche le cost. visente nei Vet. Frango  
sono in di loro delle provenienze  
non vengono da loro.

cf. Monumenta Schrift. II, 361 n.

Gregorio non aveva appartenuto alle  
insurrezioni imp. sotto la sua opera  
mentre la tendenza alla stabilizzazione  
Sch. 553 -

Anche Emmerich non aveva apparte-  
nuto alle insurrezioni e siccome  
le costituzioni raccolte 293-294

di visto di interp. Monumenta CTh  
p. 3 e Praef. p. CXXI

93

CAMERA DEI DEPUTATI



ricette di oli rescripte Anni 30 s.

94

Scherillo, Teodorico Gregorini Emoziani  
Studi Ratti (Milano 1934) 247 - 323

Anni 56 e n. 16 an. ut supra N.  
Krugor Roberto Scherillo  
Lenderli -



Sulla lex Cornelia de ultimo Metro, de lex Cornelia  
de iniuriarum ell. lule di Dio Cass. 30,40, 1-2, Turm  
1969, 301; Torrest, In ordinato edicti et -otto, 38 ss.

Sull'editto del pretore e la questione della codificazione  
convenire mi limito a ricordare A. Guarino, La forma-  
zione dell'editto pretorio, Aufstieg und Niedergang des  
römischen Welt, II, parte XIII, 1980, <sup>A.</sup> Torrest,  
In ordinato edicti en la politica jurídica de Adriano,  
Bull. Inst. Sic. Rom. 1984, 37 ss. e in esso la prece-  
dente bibliografia molto abbondante, nella quale vedi  
particolarmente F. Wicacker, Studien zur hadrianischen  
Justizpolitik, Freiburg 1935 e gli scritti di A.  
d'Ors; R. Syme nel volume des empereurs romains  
d'Espagne, Paris 1965; Casavola, Iuristi adrianei,  
Inps, 1980. Per un caso di intervento successivo di  
Adriano vedi ancora Torrest, Intervenciones de Adriano  
en el Edicto "ordinatum" por Juliano (En tema de  
honorum possessio Carboniana), Anuario de Historia  
del derecho Español, 1984, 103 ss.

Schnitz, Stori 337 ricorda che licenze lamentare  
che la maggior parte dei giuristi derivano la  
disciplina inq dell'editto, esagerazione per i suoi  
tempi (cf. de leg. I, 5, 7 o 17?)

## Note bibliografica

Sulla storia della giurisprudenza fondamentale rimane Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946 e poi 1953; più completa l'edizione tedesca *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961; Traduzione italiana Firenze 1968. Precedente bibliografia è citata alle pag. 10 ss. ed. italiana:

Sulle XII Tavole v. citazioni nella mia storia della Costituzione romana, 2<sup>a</sup> ed. I, Napoli 1972, p. 302 n. 22 e 23 per il periodo precedente al 1971. Successivamente

ho scritto di Federico D'Ipollito *Das Jus Flavianum und die Lex Ogulnia in Zeit. der Savigny Stiftung* 1985, 91 ss. <sup>Vedi anche I *Quiristi* e la città, Bari 1986.</sup> Questo Autore si è occupato di vari scritti dell'antica giurisprudenza romana. Specialmente per impulso di Francesco P. Casavola vari studiosi delle scuole napoletane si sono occupati degli antichi *quiristi* romani. Tra di essi va ricordato Mario Bretono citato più oltre.

Sulla più antica funzione dei Pontefici in tempo si doveva da più parti che non avevano addirittura la giurisdizione: vedi in tal senso la mia *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1931, questa teor. mi <sup>avuto</sup> molta fortuna tra gli studiosi più recenti.

Lo studio di Riccardo Ortano è notevole su

Berren e la quidditas della giurisprudenza, Materiali 98  
per una storia della cultura giuridica, XVIII n. 1,  
luglio 1987, 3 ss.

Il libro di Aldo Schiavone è Nascita della giurisprudenza, Bari 1976.

Il libro di Mario Bretona nella 2ª edizione, Napoli 1982.  
Esso contiene alla fine una nota nella quale l'A. discute  
alle pag. 257 B. la considerazione sui "produttori" del  
diritto civile.

In modo succinto gli scritti apparsi fino al 1981, molto  
utile per la conoscenza della <sup>degli ultimi anni</sup> bibliografia ~~giuridica~~. Tra i  
più recenti scritti in giurisprudenza v. Guarino,  
Sul mos maiorum vedi Li AA. citati in Schulz,  
Storia, 49 n. 3 e ora Blicken, lex publica. Gesetze  
und Recht in der römischen Republik, Berlin-New York  
1975, 350 n. 41 (~~Kaser~~); 351 n. 42 (Kaser) e  
354 n. 50 (Steinwenter, Recht, Poloff ~~Recht~~; Kaser,  
Gioppedi, Schmidel, Mayer-Mely). ~~Va ricordato anche~~  
~~Steinwenter~~.

Sul rapporto mos-consuetudo v. lo stesso Blicken, 350.  
Sulla formazione di una teoria del diritto consuetudinario  
v. D. Hörr, Zur Entstehung der gewohnheitsrechtli-  
chen Theorie, Estschrift f. W. Felgentraeger 1969,  
353 n. Va ricordato anche Schulz,

Schwind, Zur Frage der Publication im römischen Recht,  
München 1940

alla fine ( Sul carattere burocratico della giurisprudenza nella monarchia  
assoluta Schulz, Storia, 473 ss. accolto da Bretona, Teoria e storia  
del diritto, 42 ss. Senato della Repubblica - Archivio Storico



Sulla tesi d'opposito, de contrappone la  
politica di A. Claudio alla lex Ogubria, et  
potrebbe osservare che anche quest'ultima  
indeboliva il monopolio pontificio del collegio  
pontificio con l'ammissione dei plebei e quindi  
il monopolio della giurisprudenza.

Sul de us. bell. Gaudemet. Theodorici 285  
e lo stesso Theodorici nella cor. 1<sup>o</sup> par. nov.

Entra in vigore 1.1.439 - & tra data gerdemus  
vigore tutte le costituz. in vigore nel c. Gaudemet 286  
de nonn riguardon le costi de lobventura in  
poi, quella anteriori interrat nel jug. e Rerm. enter.  
varius validita - Rotemno in vigore fino a Justiniano  
Paul. 286

parte mancante, come monum Paul. 290

99  
Nel numero esame delle parti

(2<sup>a</sup> ed. 470 n.). - Non si dice che  
la distribuzione chiosa come mantenuta

non si esamina nel non numero che

un probabile data l'indole del libro mi

interessa nella legislazione, si trova

più ampiamente dei risultati e si

ritiene la seconda dei decreti e la

fine dei manoscritti caduti in de-

struzione -

---

Nov. 1 oscurità della legge

con dati per pervenire in notizia di

tutti i papiri di tutte le provincie.



CAMERA DEI DEPUTATI

p. 60 n. 24 Intira la unita  
della fermanenza della distinzione -  
Essa a quanto pare inverte anche  
la distinzione classica -

nelle conclusioni - riconoscere il  
carattere positivo del codice e  
gli uomini scelti avanti alla  
scoperta - Il cos. è una testimo-  
nianza della cultura antica  
dell'epoca che merita un chiaro  
no fra di oggi negativo -

p. 198 non intenti di esaltazione  
"lungi da me ogni idea di cd.  
rivoluzione -  
appunti con la nostra epoca -

1000  
800

35895

3000  
6730  
6390  
3000  
3095  
7500  
5680

2



Velle Nov. 1 (15 feb. 438)

BC

Teodosio lamento de nonstante i premi  
promessi per gli studenti, si hanno tro-  
vari, de stans "annichiti" della scienza  
del diritto civile a in tanto viste  
squalore di decubazione a non l'um-  
o l'altro appon che altri conseguite la  
solidità della perfetta dottrina -

immense quantità dei libri, diversi  
delle azioni e difficoltà delle cause  
la mole delle costituzioni imperiali che  
sommese sotto una densa caligine  
con una muraglia di davanti impedisce  
le vie di se ogni intelletto nuovo  
intepeso un campo dei nostri tempi  
e dissipate le tenebre davanti la  
luce alla legge nel campo della  
mente.

detarsi la nube dei volumi nei quali  
sono annuciate le epoche (actales) di  
moti de un spiccano mente e campo

collo l'ignpto Autore del de rebus belicis formulava sulla confusione  
delle leggi e del diritto, chiedendo all'imperatore una raccolta uffici-  
ciale.

abbiamo irrobustito una giurisprudenza  
vicina alle istituzioni imperiali dei  
tempi di Costantino  
divieto di esibire nel foro e nelle  
allegazioni legalmente divieto dei  
principi o comunque strumenti della  
lei che non emanate in nostro  
nome e conservate nei sacri scrinia-

non sufficiente avere liberato  
dall'ignoranza dell'oscuro le  
(opere) ritrovate dei magistrati in  
la rivelazione delle leggi-

157

di fronte le nuove teorie verso il 355  
chiamata all'impulso di guidare ad un  
nuovo stile delle leggi per porre termine alla  
confusio legum vel iuris

Grundriss 359 - gli autori della compagine  
hanno preso nettamente posizione a favore di  
una politica di stabilizzazione <sup>nel senso</sup> delle ~~condizioni~~  
conosciute come nei settori amministrativi e  
militari.

politica intesa diretta alla tutela delle  
altre monumenti etc. da esprimere gli  
obis; 359 s.

516 ss.

Scholz - stabilizzazione - dogma - impropria-  
tiva del diritto canonico - tutto rimandato al  
potere imperiale - divieto dell'interpretazione  
e controversie - "strana" impropria della  
tendenza classica.

14

La distribuzione delle fonti si susseguisce  
in una più frequente nel caso del V secolo  
limito nella cancelleria di Valentiniano II  
ma nelle parti costituzionali o scolastiche  
(aggiunte alla collazione, Cancellaria, Inter-  
mittentes) Grundriss, 454 -

La distribuzione esterna delle fonti del V  
secolo in Occidente risulta in parte -

deluso dalla terminologia occidentale alla  
fine del V secolo - Memorie in parte nel  
Brevario -

paradiso nella legislazione gotica  
Grundriss 465

§ 48 13 5 4 nel paragrafo

Gli storici gotici ignorano la  
distinzione: con effetto una sola volta  
in un'occasione, per Salvastri e di fronte  
al Senato della Repubblica - Archivio Storico  
di Roma n. 250