

**Bernardo Albanese**

**Nota su Gai 1,7 e sulla storia del *ius respondendi***

1. Agli inizi delle sue Istituzioni (1,2-7), quindi in un passo particolarmente famoso, Gaio espone un sintetico, e almeno in generale, assai preciso catalogo degli elementi costitutivi (a questo valore rinvia certamente la struttura verbale *constare ex*) dei *iura populi Romani*.

Prima di proporre il catalogo di cui si parla, Gaio aveva spiegato – in 1,1, che è mutilo, per l’inizio, nel Veronese, ma è ricostruito con certezza sulla scorta di D.1,1,9 (Gai. 1 *inst.*) e J.2,2,1 –, per quel che qui solo ora importa notare, che egli intendeva parlare del *ius proprium* del popolo romano, ricomprendendolo qualificazione amplissima di *ius civile, quasi ius proprium civitatis*. E’ una nozione di *ius civile* distinta solo dal diritto che, in questo luogo, Gaio chiama *ius gentium*, caratterizzato dal fatto che si tratta di *ius* costituito dalla *naturalis ratio inter omnes homines*. Anche da questo *ius gentium*, naturalmente, è regolato il popolo romano.

Si sa quanto discussa sia stata, in dottrina, la prospettiva qui tratteggiata, in relazione ad altre nozioni certamente utilizzate dai Romani, come un *ius civile* contrapposto rigorosamente ad un *ius honorarium* (qui ciò non accade, e nel catalogo che vediamo si citano anzi gli *edicta* dei magistrati), e come un *ius gentium* distinto anche dal *ius naturale*, allorché questa concezione fu attinta dal pensiero filosofico. Ma qui ora tutto questo non importa, dato che volevo soltanto richiamare il quadro nel quale è iscritto il catalogo gaiano di “elementi” costitutivi dei *iura populi Romani*. E su questo stesso piano va anche richiamata brevemente una concezione che si evince sempre da Gai 1,1, che delinea appunto il quadro cui or ora accennammo; Gaio fa intendere chiaramente come, oltre che dagli elementi che elencherà, i *iura populi Romani* sono costituiti anche dai *mores*, dato che proprio l’inizio del suo discorso è riferito ai *populi* (compreso quello romano, che è anzi il solo che gli interessi) *qui legibus et moribus reguntur*. E dato che il catalogo in Gai 1,2-7 comprende fattori che risultano da un *iubere atque constituere* (1,2, per la *lex* e tacitamente per i plebisciti; 1,4 per il *senatus consultum*), da un *constituere* (1,5, per le costituzioni imperiali); da un *ius amplissimum* di alcuni magistrati (1,6, per gli *edicta*), da un *condere iura* (1,7, per i responsi giurisprudenziali), sembra certo che, in quel catalogo, Gaio abbia voluto elencare solo fattori che genericamente avrebbero potuto essere sussunti sotto l’atecnica nozione di *leges*, non quelli che avrebbero dovuto essere inclusi nella categoria dei *mores*.

Su qualcuno dei fattori qui rapidamente richiamati dovranno essere toccati più avanti. Qui, preme dire subito che la nostra attenzione è volta specificamente a Gai

1,7,<sup>1</sup> il paragrafo dove si parla dell'elemento costitutivo dei *iura populi Romani* rappresentato dai *reponsa prudentium*, menzionati già in principio (1,2) nell'elenco.

2. In Gai 1,7 si spiega, come tutti sanno, che *reponsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere*.

Si è sempre o quasi<sup>2</sup> pensato che Gaio si riferisse ai responsi forniti ai litiganti o all'organo giudicante, da quei giuristi privilegiati cui fosse stato concesso, a partire da Augusto, il *ius publice respondendi ex auctoritate* dell'imperatore, di cui parla soprattutto D.1,2,2,49 (Pomp. *l. sing. ench.*). Una tale interpretazione è confermata, del resto, dalla versione (per vero abbastanza infedele) di Gai 1,7 che si trova in J.1,2,8, che riporta il discorso gaiano con la precisazione che si tratta di *reponsa* di coloro che avevano (ovviamente il discorso giustiniano è ormai riferito al passato) il *ius respondendi a Caesare datum*, e accenna al fatto che quell'istituto imperiale era stato motivato dalla volontà che vi fossero giuristi *qui iura publice interpretarentur*.

Ho detto che J.1,2,8 è un parallelo alquanto infedele di Gai 1,7, di cui certo utilizza sia l'argomento, sia il quadro generale di collocazione (in J.1,2,3, si elencano tutti i fattori costitutivi del *ius* che si trovano in Gai 1,2). Una prima infedeltà di non poco rilievo consiste nel fatto che J.1,2,3 utilizza il catalogo gaiano, non già per elencare in generale gli elementi costitutivi dei *iura populi Romani*, bensì per elencare in particolare gli elementi costitutivi dello *scriptum ius*. Il fatto è che Giustiniano modifica profondamente il quadro espositivo dell'inizio delle Istituzioni di Gaio. Egli, infatti, premette (J.1,2pr.) un rilievo sul *ius naturale*; poi, riproduce, come già accennammo, in J.1,2,1 il testo di Gai 1,1, senza preoccuparsi affatto, come sarebbe stato necessario, di correlare la nozione di *ius gentium* conforme a *naturalis ratio*, che riproduce fedelmente, con la preliminare nozione di *ius naturale*. In J.1,2,2 si trovano cenni sommari al fatto che il *ius, quo populus Romanus utitur* si designa come *ius civile Romanorum* nel *ius Quiritium*; e una rapida trattazione del *ius gentium* su cui non vogliamo ora fermarci, ancorché sia, come si sa, argomento assai degno di specifico approfondimento (vi è, ad esempio, una implicita distinzione tra

---

<sup>1</sup> Su Gai 1,7 (nonché su D.1,2,2,49 cui pure dovremo accennare) e sul problema del *ius respondendi* mi limito a citare, soprattutto, perché ottima e recente, la relazione del CANNATA, "Iura condere". *Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e "auctoritas principis"*, in *Atti Copanello* 1998 (2003), 27ss., con approfondimento anche della più importante letteratura. Vanno ricordati anche, nello stesso volume di *Atti*, gli interventi sulla citata relazione del Cannata; nonché, almeno, SCHIAVONE, *Immagini del ius in Gaio e Pomponio*, 117ss. (con relativi interventi); GALLO, "Princeps" e "ius praetorium", 163ss.; BRUTTI, *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano*, 341ss. (con i successivi interventi).

<sup>2</sup> Divergente è la posizione assunta da ultimo dal CANCELLI, *Il presunto 'ius respondendi' di Augusto*, in *BIDR* 90, 1987, 543ss., cui si accennerà anche *infra*, nt. 5.

*ius gentium* e *ius naturale*: si qualificano come *iuris gentium* alcuni contratti, tra i quali ve ne sono due che certo i classici non avrebbero qualificato a quel modo senza ulteriori precisazioni: e precisamente il deposito e il mutuo).

A questo punto (J.1,2,3), entra in gioco la distinzione tra *ius ex scripto* e *ex non scripto*, con richiamo, in lingua greca (e certo con mentalità greca), alla distinzione tra “leggi scritte e non scritte”.

Oltre alla infedeltà or ora segnalata, connessa tutta, sostanzialmente, ad un diverso inquadramento sistematico, J. 1.2,8 si stacca gravemente da Gaio per altri profili più particolari: vanno menzionati almeno i seguenti fatti già notati. J.1,2,8 menziona il *ius respondendi a Caesare datum*, di cui Gai 1,7 non parla; tenta una spiegazione storica sommaria di quel *ius* (*ut essent qui iura publice interpretarentur*); inoltre, goffamente, afferma che i giuristi con il privilegio imperiale in questione *iurisconsulti appellabantur*, mentre è certissimo che la qualifica di *iuris consultus* spettò ad ogni giurista; infine, ed è forse più importante, riferisce senza menzionarne l'autore la costituzione adrianea di cui parla Gai 1,7, in modo da falsificarne alquanto la più probabile portata, alla quale dovremo accennare meglio.

3. In Gai 1,7, dopo la definizione fin qui considerata – che *responsa prudentium*, in quanto fattori costitutivi dei *iura populi Romani*, sono le *sententiae et opiniones* di coloro cui *permissum est iura condere* – si aggiunge: *Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt,<sup>3</sup> id, quod ita sentiunt legis vicem optinent; si vero dissentiunt, iudici licet quam volet sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.*

Ricalcando in parte espressioni di Gaio, ma tacendo – come ho già accennato – il nome di Adriano, J.1,2,8 così si esprime: *Quorum omnium sententiae et opiniones<sup>4</sup> eorum eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat: ut est constitutum.* La redazione giustiniana ha la caratteristica di riferire esplicitamente il discorso ai giuristi privilegiati con *ius respondendi*; *quorum omnium* infatti si collega ad essi, subito prima menzionati. In luogo del *legis vicem optinere* gaiano, il passo giustiniano parla di *auctoritatem tenere*, certo per suggestione della nozione di *ius respondendi ex auctoritate* dell'imperatore (cui accenna D.1,2,2,49). La facoltà del giudice di non seguire i *responsa* in caso di dissenso sottolineata da Gai 1,7 è

---

<sup>3</sup> Il manoscritto veronese ha *concurrant*; la correzione in *concurrunt* è stata proposta e accolta da molti editori credo anche sulla base del seguente e simmetrico *si vero dissentiunt*. In ogni caso, l'indicativo, in frasi del genere, è conforme all'abituale uso gaiano.

<sup>4</sup> La coppia *sententiae et opiniones* era stata usata, come si è detto, da Gai 1,7 proprio nella definizione dei *responsa*; nel tratto gaiano che corrisponde alla frase giustiniana or ora trascritta, Gaio si era limitato a parlare di *quorum omnium sententiae*.

adombrata in J.1,2,8 con la prospettazione inversa: *ut iudici recedere* (dai responsi, in caso di concordia) *non liceat*.

In sostanza, crediamo, a loro modo, le Istituzioni imperiali sono più chiare di quelle gaiane. Il riferimento del *responsum* costitutivo di *ius civile* al solo caso dei giuristi muniti di privilegio imperiale è espresso in modo inequivocabile.

Tanto più sorprende, in Gai 1,7, una imbarazzante vaghezza, dato che non vi è esplicita menzione del *ius respondendi ex auctoritate principis*, ma un indeterminato cenno a giuristi cui *permissum est iura condere*.<sup>5</sup>

Di giuristi capaci di *iura condere* Gaio parla in altro celebre passo delle Istituzioni. In Gai 4,30, a proposito della progressiva decadenza dell'applicazione delle *legis actiones* (*in odium venerunt*), si deplora la *nimia subtilitas* dei *veteres* (il termine è tecnico per indicare i giuristi) *qui tunc iura condiderunt*. Certo, in questo caso, non si può immaginare un "permesso" di *iura condere* per i vecchi giuristi repubblicani, nel senso di esplicita concessione ad essi di qualche privilegio *ad personam*. La genericità della locuzione *permissum est iura condere* ed il silenzio sulla concessione imperiale hanno fatto pensare in passato ad una alterazione del testo gaiano;<sup>6</sup> ma francamente non si vede né il perché eventuale d'una alterazione d'un passo che doveva essere celebre proprio perché collocato nella parte iniziale e sistematicamente fondamentale delle Istituzioni gaiane, né chi mai avrebbe avuto modo e motivo per manomettere il dettato gaiano. A me sembra ragionevole tentare di spiegare le innegabili singolarità di Gai 1,7 con una ipotesi, che forse, riflettendovi su, sembrerà meno ardita di quanto potrebbe apparire a prima vista.

La congettura è questa: Gaio non volle affatto informare sul *ius respondendi ex auctoritate principis*, bensì volle, prima di tutto, alludere in generale all'attività creativa di *ius civile* realizzata da tutti i giuristi, mediante la *interpretatio*, cioè al fenomeno descritto in modo netto (malgrado le imprecisioni tipiche di questa preziosa, ma per più versi poco pregevole, fonte) in D.1,2,2,5 e 12 (Pomp. *l. sing. ench.*): l'*interpretatio prudentium* e la *disputatio fori* fecero e fanno nascere un *ius civile sine scripto*, almeno a partire dalle XII Tavole.

---

<sup>5</sup> Al punto che il CANCELLI, *op. cit.*, 545ss., riprendendo e sviluppando a torto spunti già presenti nella dottrina precedente, ha sostenuto che un '*ius respondendi*' come concessione imperiale, a partire da Augusto, non è mai esistito: si tratterebbe di un'inserzione giustiniana o postclassica comunque. E ciò, malgrado J.1,2,8 e D.1,2,2,48-50. Lo scritto del Cancelli è accurato, ricco di citazioni utili; ma questa tesi non mi sembra da accettare; cfr., in contrario, per tutti, le reazioni citate dal CANNATA, *op. cit.*, 35s. Sono irrilevanti le osservazioni del Cancelli su *Theoph. Par.* 1,2,9 (*op. cit.*, 567s.).

<sup>6</sup> Notizie e riflessioni, al riguardo, da ultimo, in CANCELLI, *op. cit.*, 545-551.

Questa ipotesi è avvalorata, preliminarmente, da almeno una circostanza. Gai 1,7, curiosamente, definisce i *responsa* come *sententiae et opiniones*, tacendo, quindi, sulla tipica caratteristica dei *responsa* come pareri forniti, a richiesta (si parlò tecnicamente di *consulere*), o a litiganti o ad organi giudicanti.<sup>7</sup> Quindi, da un lato, parla ai propri lettori d'una specifica attività di consulenza del giurista (cfr. *responsa*), e poi contestualmente parla della generale produzione di pareri giurisprudenziali (*sententiae et opiniones*). L'ambiguità non potrebbe essere più chiara.

Qualche indizio può desumersi, in secondo luogo, dalla seconda parte di Gai 1,7, che abbiamo trascritto all'inizio di questo paragrafo. Gaio, subito dopo aver detto che i *responsa prudentium* (costitutivi dei *iura populi Romani*) sono le *sententiae et opiniones* di coloro cui è permesso di *iura condere*, aggiunge, in riferimento a costoro, che se le *sententiae* di tutti loro sono concordi, il loro punto di vista ha valore di *lex* (*legis vicem optinet*). Se invece non sono concordi al *iudex* è lecito seguire la *sententia* che egli preferisce. E conclude: *id rescripto divi Hadriani significatur*.

E' facile notare come un riferimento dei *responsa* in questione (di cui sostanzialmente si parlava all'inizio di Gai 1,7 e già in Gai 1,2) alla consulenza specifica di litiganti o giudici sia qui introdotto chiaramente per la prima volta. Ma non è detto, per questo, che il discorso gaiano si riferisca solo ai *responsa* dei giuristi forniti di *ius respondendi* per concessione imperiale. Di questo *ius* non è fatta mai menzione né in Gai 1,2 né in Gai 1,7. Ed anzi il riferimento ad *omnes* (*Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt...*) lascia pensare ad una volontà gaiana di parlare di tutti i giuristi, in generale. E lo stesso rescripto adrianeo chiamato in causa da Gaio è citato in modo da lasciar credere probabile un riferimento proprio a tutti i giuristi, non solo a quelli con *ius respondendi* (anche se poi, in pratica, il meccanismo descritto avrebbe senso solo in relazione al numero limitato di giuristi muniti di *ius responendi* consultati da litiganti o giudice: prospettare l'ipotesi di un consenso di tutti i giuristi sarebbe stato assurdo in un sistema qual è quello romano caratterizzato proprio dal *ius controversum*). Va notato al riguardo il *significatur* usato da Gaio, che lascia pensare ad una dichiarazione d'una situazione normativa preesistente, non ad una innovazione, da parte di Adriano (cfr. ad es., Gai 1,55 a proposito del fatto che la *patria potestas* è *ius proprium civium Romanorum*: Adriano non innova un bel nulla; v.a. Gai 1,80-81; 94; 2.280; ma in Gai 2.126 *significare*, in relazione ad una

---

<sup>7</sup> Cfr., ad es., Vitruv., *De arch.* 1,1,3, che collega *responsa* al *consulere* (*responsa iuris consultorum*); Quint., *inst. orat.* 12,3,7 (...*consultorum responsis...*); Isid., *Etym.* 5,14 (*responsa sunt quae iurisconsulti respondere dicuntur consultis*); e soprattutto D.1,2,2,49, ove si parla a proposito dei *responsa* in collegamento con il *consulere*, con menzione di litiganti e giudici.

costituzione di Antonino Pio, allude certo, necessariamente, ad una innovazione; incerto è il caso di Gai 2,151; ma sta di fatto che, di regola, allorché Gaio cita decisioni imperiali o senatorie con portata innovativa, e ciò avviene in moltissimi casi, non usa mai il verbo *significare*).

A me pare che Adriano possa avere effettivamente enunziato il criterio riferito in Gai 1,7, ma in esplicita relazione ai *responsa* (non già alle *sententiae et opiniones* in generale) specificamente adottati dai litiganti o acquisiti comunque dall'organo giudicante; e però, sempre specificamente, ai *responsa* di giuristi forniti del *ius respondendi*. Innanzi tutto, come ho notato, è solo in relazione ad un piccolo numero di giuristi che il criterio rappresentato in Gai 1,7 può avere senso. Poi, in D.1,2,2,49 si ha notizia di un intervento adrianeo sul *ius respondendi*.<sup>8</sup> Da questi dati, sembra doversi dedurre quanto ho or ora detto a proposito del più probabile riferimento originario del rescritto adrianeo citato in Gai 1,7.

Comunque, anche nel riferire il rescritto adrianeo Gaio, come aveva fatto in ordine al “permesso” di *iura condere*, non accenna ad una relazione con il privilegio imperiale concesso ad alcuni giuristi e richiamato invece in J.1.2.8 e soprattutto in D.1,2,248-50.

Resta da capire quale possa esser stato il motivo che avrebbe spinto Gaio, nel testo che ci interessa, ad esprimersi in modo da affermare, in sostanza, che i *responsa*, e però anche le *sententiae et opiniones*, di alcuni giuristi possono *legis vicem optinere*, specificamente per il giudice incaricato di decidere una lite.

Non so vedere altro che due motivi. Gaio intendeva affermare in generale che il *ius civile* possa essere costituito dalla interpretatio giurisprudenziale, quel *ius civile non ex scripto* di cui parlano preziosamente, D.1,2,2,5 e 12. Gaio scrive in epoca in cui l'istituto della concessione dei *ius respondendi*, se ancora esisteva, non aveva più alcuna particolare importanza (e si capisce bene, proprio da D.1,2,2,49, come una situazione del genere si era realizzata già in età adrianea, quindi precedentemente all'epoca in cui Gaio scrive le Istituzioni; sarà stata probabilmente la integrazione dei grandi giuristi nel *consilium principis* a sostituire, per qualche verso, il regime del *ius respondendi ex auctoritate principis*).

Gaio, allora, parlando di “*permissum esse*” in relazione ai giuristi in ordine alla loro possibilità di *iura condere*, si esprime in modo volutamente generico. L'attività quasi legislativa del giureconsulto nasce, egli lascia intendere, da un “permesso”, che sarà il riconoscimento della qualità di giureconsulto da parte della comunità, ed in

---

<sup>8</sup> In una breve nota – *Appunti su D.1,2,2,48-50 e sulla storia del ius respondendi*, in questi stessi *Annali* – ho congetturato che in D.1,2,2,49 *solere* è una svista di copista in luogo di un originario *debere*.

particolare della comunità degli studiosi di diritto, o anche la chiamata dei giuristi a far parte del consiglio imperiale. Una relazione privilegiata tra giurista e *princeps* non è certo affatto esclusa per Gaio, anche se egli non ne parla esplicitamente.

Così parlando, Gaio potrebbe aver voluto attribuire anche a se stesso il ruolo di creatore del *ius civile*; e ciò mi pare giusto, dato che non ho mai trovato ragioni per seguire la tendenza di quanti, e sono davvero tanti, hanno voluto diminuire la figura di Gaio, assegnandogli il ruolo di un giurista “scolastico”. Chi ha saputo scrivere un manuale così originale e lucido come sono le *Institutiones* – ancora oggi opera viva e capace di sollecitare l’intelligenza e la riflessione –, a tacer d’altro, non può certo essere privato della qualifica gloriosa di *iuris consultus*.

Non sappiamo se Gaio fosse stato oggetto d’un qualche riconoscimento imperiale. Il fatto che egli non sia stato nominato in D.1,2,2 non significa nulla dato che il discorso pomponiano si chiude con Giuliano, come tutti sanno.

Sta nei fatti però che Gaio fu largamente utilizzato dai compilatori del Digesto. Costoro avevano avuto istruzione, da Giustiniano, di utilizzare solo gli *antiqui prudentes* ai quali *auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum* avessero concesso gli imperatori (*Deo auctore*, 4). Giustiniano, anzi, aveva esplicitamente escluso che i suoi collaboratori utilizzassero opere di altri giuristi, sdegnosamente proclamando che “non vogliamo che i volumi di costoro vengano a turbare (*inquietare*) la nostra opera legislativa”.<sup>9</sup> A parte le inesattezze sostanziali (basterebbe richiamare la presenza nel Digesto di frammenti tratti da giuristi repubblicani; nell’indice stesso del Digesto sono elencati scritti di Quinto Mucio e Alfeno), e particolarmente l’indiretta affermazione che tutti i giuristi d’epoca imperiale utilizzati nel Digesto avrebbero avuto *ius respondendi ex auctoritate principis* (qui “Giustiniano ... ha letteralmente reinventato la storia”, è stato detto efficacemente dal Brutti), la larga presenza di Gaio tra gli autori escerpti nel Digesto ne conferma la notevole statura scientifica.

---

<sup>9</sup> Traduco così la frase di c. *Deo auctore*, 4; diversa interpretazione in BRUTTI, *op. cit.*, 442; la frase di questo studioso che cito nel testo si trova a pag. 443.