

# GIOVANNI NICOSIA

## *IURA CONDERE\**

1. La rispondenza al genuino pensiero romano dell'espressione *iura condere*, per indicare l'attività dei giuristi, oltre che dal suo ricorrere nelle Istituzioni di Gaio, è palesata dall'uso del plurale *iura*, riflettente la tipica (antica e persistente) concezione romana della pluralità dei *iura*, in particolare qualificati *iura populi Romani*, assai distante dai successivi sviluppi postclassici e infine giustinianeî, che portarono alla ben diversa concezione di un unico *ius*, riconducibile tutto (quale che ne fosse stata la variegata derivazione, o meglio la diversificata natura e origine storica delle regolamentazioni che in esso erano confluite) all'approvazione della suprema autorità e volontà imperiale: basta confrontare l'impostazione di Gaio (1.2) '*constant autem iura populi Romani ex...*' con quella del corrispondente passo delle Istituzioni giustiniane (1.2.3) '*constat autem ius nostrum aut ex...*', dove è senz'altro presupposta l'unicità del *ius*, che viene qualificato '*nostrum*', possessivo con cui (in coerenza all'uso, proprio dello stile delle Istituzioni imperiali, del *nos* maiestatico e di espressioni quali *nostra maiestas*, *nostra benevolentia*, *nostra pietas*, etc.) si intende sottolineare che esso trova ormai il suo fondamento nel formale riconoscimento operato dalla volontà imperiale.

Inoltre va tenuto presente che l'espressione *iura condere*, pur essendo espressione tecnico-giuridica, che indicava incisivamente l'apporto determinante dell'opera della giurisprudenza, doveva essere tanto nota da venire 'presa in prestito' e utilizzata, già da molto tempo prima di Gaio, anche da scrittori non giuristi, ad es. da Livio (3.33.5: *peritos legum peregrinarum ad condenda nova iura usui fore credebant*, a proposito della leggendaria tradizione dei tre inviati ad Atene che poi avrebbero fatto parte del secondo decemvirato legislativo; cfr. anche 34.6.8: *ab decemviris ad condenda iura creatis*); da Ovidio (*rem. am.* 465: *et ne forte putes nova me tibi condere iura*), con allusione poetica all'*inventio* di *nova remedia* contro l'amore (cfr. 466: *atque utinam inventi gloria nostra foret*); da Manilio (*astron.* 4.209 s.: *condita iura noverit*; cfr. anche 213 s.: *Servius ... iura retexit*); da Seneca (*ad Luc.* 2.14.14: *ad hos te Stoicos voco, qui a re publica exclusi secesserunt ad colendam vitam et humano generi iura condenda*), con riferimento agli stoici appartatisi (rispetto alla *res publica*), la meditazione dei quali era rivolta pure a *iura condere* per il genere umano; ancora nelle quintiliane o pseudoquintiliane *declam. min.* (305.11: *qui iura condiderunt*).

2. Fatti questi chiarimenti, occorre fermare l'attenzione sul significato del verbo *condere*, per rendersi conto che, così come in altre espressioni, anche nell'espressione

*iura condere* questo verbo assumeva il significato basilare di ‘fondare’, cioè ‘edificare’, ‘costruire’. Tale significato base si ritrova anzitutto nell’espressione *urbem condere*, in particolare nelle ricorrenti indicazioni *ante urbem conditam* e *post urbem conditam*, da cui *ab urbe condita*, con riferimento inequivocabile alla fondazione di Roma, anzitutto nel senso (immediato e primario) dell’inizio della sua materiale edificazione e costruzione (quale aggregato urbano), ma anche con riferimento alla sua fondazione quale comunità politicamente organizzata.

Ed è quest’ultima la valenza che risalta nell’espressione *iura condere* per indicare l’opera dei giuristi di edificazione e costruzione dei *iura populi Romani*. Tra i fattori costitutivi di tali *iura* – dagli antichi *mores*, alla legislazione decemvirale (che in gran parte li recepì, traducendoli in precise formulazioni normative), alle *leges comiziali*, ai *plebis scita*, agli *edicta* dei magistrati (e promagistrati) giusdicenti, e poi ai *senatus consulta* e alle *constitutiones principum* – fu l’apporto della giurisprudenza (prima pontificale, poi laica), attraverso un’attività di *interpretatio* fortemente ‘creativa’, quello che ebbe sempre un’influenza preponderante.

Il complesso sistema giuridico romano, quale si venne storicamente evolvendo, oltre che caratterizzato dalla molteplicità dei suoi fattori costitutivi, cui faceva riscontro una pluralità di *iura* (*ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium*), mantenne sino alla fine dell’età classica una connotazione eminentemente ‘giurisprudenziale’.

In riferimento al *ius civile*, da un canto Papiniano (D. 1.1.7 pr.) annovera tra le sue fonti (accanto a *leges*, *plebis scita*, *senatus consulta*, *decreta principum*) la *auctoritas prudentium*, dall’altro Pomponio (D. 1.2.2.12) arriva a dire che esso *in sola prudentium interpretatione consistit*. Riguardo poi alle regolamentazioni man mano introdotte dagli *edicta* magistratuali, furono i giuristi a rilevare che anch’esse producevano *ius* (sia pure di tipo diverso rispetto al *ius civile*) e a costruirlo e qualificarlo come *ius honorarium* (cfr. specialmente il rilievo di Paolo in D. 1.1.11: *nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium*). Infine, di fronte alle esigenze poste dal crescente numero (all’interno della complessiva comunità politico-giuridica romana) di non *cives*, in particolare di *peregrini*, ai quali era in linea di principio inapplicabile il *ius civile* e conseguentemente il sistema processuale delle *legis actiones*, anche qui, sulla base delle regolamentazioni introdotte nella prassi procedurale dagli organi giusdicenti, furono i giuristi a configurare concettualmente il *ius gentium*, ricercandone il fondamento nella *naturalis ratio*, quale diritto che *apud omnes populos peraeque custoditur, quasi quo iure omnes gentes utuntur* (cfr. soprattutto G. 1.1). Ma ancor più spettò ai giuristi, attraverso la loro *interpretatio*, raccordare e coordinare questa pluralità di *iura* e le diverse regole a ciascuno di essi riconducibili (*iure civili*, *iure honorario*, *iure gentium*), cercando di armonizzarle in un sistema variamente integrato.

L’opera della *iuris prudentia* si sovrappose sempre (in varia guisa e misura) all’apporto più palesemente normativo delle fonti autoritative, integrandole e compendiandole. L’*interpretatio* dei *prudentes* fu considerata, nella risalente e tenacemente persistente concezione romana, non come operazione meramente ricognitiva di norme esistenti, bensì come un’attività più ampia ed intensa, in larga

misura creativa di diritto, per indicare la quale l'espressione più adeguata era *iura condere*.

3. L'uso del verbo *condere*, e il ricordo che i giuristi erano stati *conditores* nel campo del diritto, rimase vivo anche in età giustiniana. Ma con modificazioni rilevanti, dovute ai profondi mutamenti frattanto intervenuti.

Di quelli che erano stati i diversi fattori produttivi di diritto, a partire dall'età postclassica solo la *constitutio principis* era rimasta in vita, ed aveva finito col costituire ormai l'unica fonte produttiva di nuovo diritto, tanto che le costituzioni imperiali vennero senz'altro qualificate *leges*, con evidente stravolgimento del significato originario di *lex* quale *lex publica*, o *comitalis*, votata dal popolo riunito in comizi. Ma se da un canto queste erano le sole possibili 'nuove' norme, dall'altro esse presupponevano le regolamentazioni provenienti dalla complessa esperienza giuridica del passato, per la conoscenza delle quali, al fine soprattutto di far fronte ai bisogni della pratica, i maestri delle scuole postclassiche (non avendo più le capacità dei giuristi delle età precedenti ed incontrando grandi difficoltà ad orientarsi nella congerie del materiale che si era accumulato attraverso i secoli) cercavano come potevano di utilizzare, oltre che le costituzioni imperiali, gli scritti dei giuristi classici, dove trovavano riprese e amalgamate anche quelle che erano state le altre fonti produttive di *iura*, e compendiate tutto il sapere giuridico; limitandosi poi (come è fin troppo noto) ad approntare o qualche rifacimento semplificativo di opere di giuristi classici, o raccolte di costituzioni imperiali, o raccolte contenenti costituzioni imperiali e brani tratti da opere di giuristi classici (in particolare di alcuni). Ad opera poi degli imperatori, nel corso dell'età postclassica, ci si avviò verso un sempre più esteso controllo, da parte del potere imperiale, non solo della produzione ma anche dell'interpretazione (nonché dell'applicazione giudiziaria, attraverso la generalizzazione della *cognitio extra ordinem*) del diritto, in particolare alla sua formale unificazione e riconduzione alla volontà imperiale, che trovò il suo naturale sbocco nella codificazione, in parte attuata già con l'emanazione del Teodosiano, e poi compiutamente realizzata da Giustiniano; parallelamente, mentre appariva imprescindibile l'utilizzazione degli scritti dei giuristi classici, d'altro canto emergeva l'esigenza di controllare in qualche modo e filtrare tale utilizzazione: problema cui si cercò di dare una prima risposta con la c.d. legge delle citazioni e che venne poi affrontato in più ampia e impegnata prospettiva nel quadro della compilazione giustiniana, in particolare dei *Digesta* (nonché delle *Institutiones*).

In questa nuova temperie torna ad essere utilizzato in riferimento all'opera dei giuristi classici il verbo *condere*, ma con una importante modificazione di prospettiva, coerente all'avviata e poi portata a compimento unificazione formale del *ius*: lo sfondo non era più la viva e continuamente rinnovantesi (sul terreno del proficuo e inesauribile dibattito dottrinario) attività dei giuristi di partecipazione attiva alla formazione dei *iura populi Romani*, rispecchiata dall'espressione *iura condere*; il riferimento era ormai alle opere (della cui utilizzazione si continuava ad

avvertire l'imprescindibilità) di giuristi vissuti secoli prima, i quali, nell'ottica sempre più prevalente dell'unificazione del *ius*, non potevano che essere considerati come gli antichi *iuris conditores*.

È questa l'espressione cui fa frequentemente ricorso Giustiniano<sup>1</sup>, ma programmaticamente subordinando tale riconoscimento alla *voluntas* dell'imperatore. Giustiniano, infatti, intendendo rivendicare all'autorità imperiale non solo il ruolo di unico *iuris conditor*, o *legis lator* (nel nuovo senso, passato nel linguaggio giuridico moderno, di 'legislatore', di titolare esclusivo del potere 'legislativo'), ma altresì di unico interprete dell'unitario *ius*, non poteva che ricondurre all'espressa approvazione da parte dell'imperatore ogni riconoscimento in tal senso.

Basti richiamare, in proposito, alcuni brevi passaggi tratti da una ben nota costituzione del 529, nonché dalla ancor più nota *c. Tanta* del 533:

C. 1.14.12.3: *...si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet. 4. ...is cui soli legis latorem esse concessum est. 5. ...tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit.*

C. 1.17.2.21: *...ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari.*

L'intento programmatico di Giustiniano (per altro emergente anche da altre testimonianze, e direi sotteso alla sua intera opera ed alla concezione e attuazione della Compilazione) è qui formulato e ribadito in maniera inequivocabile.

Nella prima costituzione si enuncia al § 3 come vigente (*in praesenti*) il principio che da un canto *soli imperatori concessum est*, quindi è riservato all'imperatore, il potere di *leges condere*, cioè l'esercizio dell'attività 'legislativa' nel nuovo senso (quale ormai unica attività produttiva di diritto), dall'altro anche (*et*) quello di interpretare tali *leges* (a *leges condere* fa riscontro *leges interpretari*, a *soli imperatori concessum est* fa riscontro *solum dignum imperio esse oportet*).

Nel § 4 si torna ad affermare che è riservato solo all'imperatore (*is cui soli concessum est*) il potere 'legislativo', la possibilità di *legis latorem esse*, espressione che corrisponde al *leges condere* del § precedente.

Nel § 5, dopo che viene ribadito quanto affermato nel § 3, cioè che solo l'imperatore può essere *iuste* considerato (*solus imperator iuste existimabitur*) sia *conditor legum* (o *legis lator*, come detto nel § 4), sia *interpres legum*, si affronta il delicato problema del riconoscimento dell'opera di *interpretatio* degli antichi giuristi, che costituiva un *punctum dolens* e non poco imbarazzante.

---

<sup>1</sup> Oltre a C. 1.14.12.1 e 5, su cui ci soffermeremo tra breve, v. C. 4.29.25.1 (del 531): *antiqui iuris conditores*; C. 4.39.9 (531): *veteres iuris conditores*; C. 5.3.20.2 (531-33): *antiqui iuris conditores*; C. 5.4.25.1 (530): *iuris antiqui conditores*; C. 7.7.1.1a (530): *Sextus Caecilius iuris antiqui conditor*; C. 8.41.8 pr. (530): *veteris iuris conditores*. Ai *veteres iuris conditores* si richiamavano già l'imperatore Giuliano (l'Apostata), C. 2.12.23 = CTh. 2.12.1 (363), e gli imperatori Valentiniano, Valente e Graziano, C. 9.1.19 = CTh. 9.1.12 (374).

Poiché nell'ottica giustiniana gli antichi *interpretes* vengono ripetutamente considerati *veteris iuris conditores*, e nella stessa ottica viene recisamente affermato il principio (quanto poi in pratica applicabile, è discorso diverso) che solo l'imperatore può essere ritenuto *tam conditor quam interpres legum* (cioè delle *leges* imperiali che costituivano ormai la sola fonte viva di *ius*), per giustificare quel riconoscimento dei giuristi quali *veteris iuris conditores*, occorre cercare di raccordarlo in qualche modo con un intervento della volontà e autorità imperiale; in particolare di quella di imperatori coevi agli antichi giuristi, non potendosi certo proiettare all'indietro l'intervento imperiale attuale.

Si dice infatti che in riferimento ai *veteris iuris conditores* con questa costituzione (*hac lege*) nulla si vuole *derogare* (*nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus*) e si adduce come spiegazione (*quia*) che anche ad essi (*et eis*) *hoc permisit* l'autorità imperiale (*quia et eis hoc maiestas imperialis permisit*).

Quest'ultima affermazione prende luce anche dalle considerazioni (alle quali coerentemente si collega) svolte nel *principium* (*si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et ... sententiam dixerit ... hoc esse legem ... omnibus similibus*) e soprattutto nel § 1 della nostra costituzione, dove, a conforto dell'asserito valore dell'intervento imperiale, si ricorda come per le costituzioni imperiali, con particolare riferimento ai *decreta*, anche dai *veteris iuris conditores* fosse già stato esplicitamente e chiaramente indicato che tenevano luogo di legge (*cum et veteris iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vicem obtinere aperte dilucideque definiunt*). D'altro canto tale affermazione trova riscontro pure in *c. Deo auctore* 4: *antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt*.

Anche nell'altro brano richiamato, quello della *c. Tanta* (C. 1.17.2.21), viene nettamente ribadito il principio che è riservato alla somma autorità imperiale (indicata quale *imperiale culmen* e *auctoritas augusta*) il potere sia di *leges condere* sia di interpretarle (*cui soli concessum est leges et condere et interpretari*).

4. Se si tiene presente quanto ho cercato man mano di mettere in luce, e in particolare le indicazioni deducibili dalle riferite dichiarazioni di Giustiniano, appare possibile affrontare in maniera corretta l'esegesi dei due testi fondamentali per il nostro tema, quello di Gaio (1.7) che parla in riferimento ai giuristi di *iura condere*, e il corrispondente (ma solo in parte) testo delle Istituzioni giustinianee (1.2.8).

Dopo la scoperta delle Istituzioni di Gaio, era proprio il brano in esse contenuto che avrebbe dovuto costituire il punto di partenza, sulla base di quanto in esso si legge, per la rappresentazione del pensiero (e dell'impostazione) dei classici, per lo meno al tempo di Gaio; se mai, dopo aver autonomamente accertato il significato del brano gaiano, questo avrebbe potuto essere messo a confronto con quello delle Istituzioni di Giustiniano, per rilevarne i punti di evidente diversità, e dedurne quali novità erano state introdotte dai compilatori delle Istituzioni giustinianee.

Invece la dottrina ha tranquillamente seguito il procedimento inverso: è partita dal testo giustiniano per interpretare sulla falsariga delle affermazioni ivi contenute il brano gaiano. Ha finito così con l'attribuire retrospettivamente (e più o meno consapevolmente) a Gaio quanto era stato aggiunto circa quattro secoli dopo dai giustiniani, tentando (o piuttosto pretendendo) quindi di leggere nel testo di Gaio quello che assolutamente non c'è scritto<sup>2</sup>.

5. Iniziamo ad esaminare il testo giustiniano, per renderci anzitutto conto che esso rispecchiava coerentemente le concezioni e le esigenze di quest'epoca, e tenendo anche presenti le rilevanti diversità (nella struttura espositiva) rispetto a quello gaiano.

Va pure precisato, preliminarmente, che, così come si constata per parecchi altri brani delle Istituzioni imperiali, anche nel nostro l'esposizione inizia ricalcando il più possibile (anche nella formulazione letterale) quella gaiana, ma dopo se ne allontana completamente, non solo nei moduli espressivi, ma soprattutto dal punto di vista contenutistico.

I. 1.2.8: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur. Quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum.*

Il periodo iniziale, ricalcando letteralmente (come s'è appena accennato) Gaio, mantiene anche l'espressione *iura condere*, come mantiene l'uso del verbo *permittere*, cambiandone semplicemente il tempo e volgendolo in *permissum erat*.

Tuttavia nel secondo periodo, di fattura interamente giustiniana, i compilatori si preoccupano subito di chiarire (a scanso d'equivoci) in che senso essi adoperano il verbo *permittere*, cioè nel senso (estraneo, come constateremo, alla lingua latina, e non solo dei giuristi) di *dare*, e presentano quello che essi qualificano *ius respondendi* come una facoltà 'data' (attribuita) ai giuristi dall'imperatore (*quibus a Caesare ius respondendi datum est*), precisando che infatti questo era stato anticamente stabilito (*nam antiquitus institutum erat*) affinché vi fossero *qui iura*

---

<sup>2</sup> L'orientamento dottrinario, che intende il testo di Gaio come se in esso si facesse riferimento al *ius respondendi*, appare unanimemente condiviso, e ritenuto indubitabile (per la diversa posizione mia, e poi di qualcun altro, v. *infra*, nt. 7 ed anche nt. 19), sia dagli autori del diciannovesimo che da quelli del ventesimo secolo, sia nelle trattazioni generali (comprese quelle dedicate alla storia delle fonti e della giurisprudenza), sia nei contributi specifici, sia ancora in qualunque richiamo (anche occasionale) al testo. Mi limito qui a ricordare (ma v. anche autori richiamati *infra*, nt. 5) solo gli scritti più recenti specificamente dedicati al tema: CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in *Iura* 27 (1976, pubbl. 1979) p. 17 ss. [= *Giuristi adrianei* (Napoli 1980) p. 165 ss.; *Sententia legum tra mondo antico e mondo moderno* 1 (Napoli 2000) p. 129 ss.]; GUARINO, *Iura condere*, in *Atti Acc. Napoli* 91 (1980) p. 308 ss. [= *Studi Sanfilippo* 1 (Milano 1983) p. 195 ss.; *Le ragioni del giurista* (Napoli 1983) p. 119 ss.; *Pagine di dir. rom.* 4 (Napoli 1994) p. 412 ss.]; QUADRATO, *Iuris conditor*, in *Index* 22 (1994) p. 88 ss.; CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, in *Ius controversum e auctoritas principis. Atti Conv. Copanello 1998* (Napoli 2003) p. 27 ss. (*ibidem Replica*, p. 79 ss.).

*publice interpretarentur*, ed arrivando persino ad affermare che proprio costoro ai quali era stato *datum* dall'imperatore il *ius respondendi* erano chiamati (*appellabantur*) *iurisconsulti*<sup>3</sup>.

Ora io non voglio neppure sfiorare (perché ininfluenti ai nostri fini)<sup>4</sup> i molteplici e fortemente discussi problemi (su cui esiste una vasta letteratura)<sup>5</sup> relativi a tale *ius respondendi*, diffusamente indicato in dottrina come *ius publice respondendi* (sulla

---

<sup>3</sup> Affermazione quest'ultima veramente incredibile (per quanto non siano mancati tentativi di spiegarla, che hanno portato alla formulazione di ulteriori incredibili ipotesi), dato che i giuristi esistettero da molto prima che esistesse il *princeps* e vennero sempre indicati con l'appellativo di *iuris consulti*; basti richiamare in proposito le numerose attestazioni di Cicerone: *Brut.* 79.275 (*in iuris consultorum includitur formulis*); *de inv.* 2.22.68 (*ab auctoritate iuris consultorum*); *de leg.* 2.19.47 (*iuris consulti ... dispertuntur; velut ... Scaevolae ... ambo ... iuris peritissimi*); 19.48 (*iuris consultorum libri*); 21.53 (*iuris consultus Mucius*); *de orat.* 1.28.128 (*in oratore ... memoria iuris consultorum...*); 45.200 (*domus iuris consulti totius oraculum civitatis*); 48.212 (*iuris consultus ... legum et consuetudinis ... et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus*); 55.236 (*iuris consultus ... iuris ... esse consultum ... vero iuris consultum*); 56.239 (*iuris scientia ... iuris consultus superior*); 2.33.142 (*in quo ... nos iuris consulti impediunt*); *Phil.* 9.5.10 (*nec enim ille [Servius Sulpicius] magis iuris consultus quam iustitiae fuit*); *pro Caec.* 23.65 (*iuris consultorum auctoritati*); 24.67 e 68 (*nec iuris consulti*); 24.69 (*contra iuris consultos ... si aliter ... quam ex eorum auctoritate*); *pro Flacc.* 32.80 (*rettulit ad iuris consultos: constabat inter omnes*); *pro Mur.* 13.28 (*iuris consultum esse*); *pro Planc.* 24.62 (*iuris consultus ... iuris peritus*); *top.* 12.51 (*locus hic oratorius ... non iuris consultorum*).

<sup>4</sup> Se mai, al contrario, credo che il chiarimento della profonda diversità del testo gaiano, rispetto a quello delle Istituzioni imperiali, può aiutare a risolvere (anzi in parte ad eliminare) le difficoltà in cui continua a dibattersi la dottrina riguardo al *ius publice respondendi* (v. anche *infra*, nt. 17).

<sup>5</sup> Richiamo soltanto i più importanti contributi degli ultimi settanta anni: DE VISSCHER, *Le ius publice respondendi*, in *RHD.* 15 (1936) p. 615 ss. [= *Nouvelles études de droit romain* (Milano 1949) p. 297 ss.]; SIBER, *Der Ausgangspunkt des ius respondendi*, in *ZSS.* 61 (1941) p. 397 ss.; SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (Oxford 1946, ried. 1953) p. 112 ss. [= *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar 1961) p. 132 ss.; *Storia della giurisprudenza romana* (Firenze 1968) p. 202 ss.] (3.2.2: *The ius publice respondendi*); KUNKEL, *Das Wesen des ius respondendi*, in *ZSS.* 66 (1948) p. 423 ss. (e poi *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952 [2<sup>a</sup> ed. Wien 1967], spec. p. 295 s. e 318 ss.); GUARINO, *Il ius publice respondendi*, in *RIDA.* 2 (1949) p. 401 ss. [= *Le ragioni d. giur.*, p. 95 ss.; *Pagine di dir. rom.* 4, p. 384 ss.]; *Il ius publice respondendi*, in *Ann. Catania* 3 (1949) p. 208 ss. [= *Postilla prima: Sulla tesi di W. Kunkel*, in *Le ragioni d. giur.*, p. 111 ss., e in *Pagine di dir. rom.* 4, p. 401 ss.]; *Ancora sul ius publice respondendi*, in *Ann. Catania* 4 (1950) p. 209 [= *Postilla seconda: Sulla tesi di A. Magdelain*, in *Le ragioni d. giur.*, p. 114 ss., e in *Pagine di dir. rom.* 4, p. 405 ss.]; *Postilla terza: Sulla letteratura successiva*, in *Le ragioni d. giur.*, p. 117 ss. [= *Pagine di dir. rom.* 4, p. 409 ss.]; v. anche le varie edizioni della *Storia del diritto romano*, fino alla 14<sup>a</sup> (Napoli 1998) p. 438 s. (nonché 475 s.); DAUBE, *Hadrian's rescript to some ex-praetors*, in *ZSS.* 67 (1950) p. 511 ss. [= *Collected Studies in Roman Law I* (Frankfurt 1991) p. 345 ss.]; MAGDELAIN, *Ius respondendi*, in *RHD.* 28 (1950) p. 1 ss. e p. 157 ss. [= *Ius imperium auctoritas. Études de droit romain* (Roma 1990) p. 103 ss.]; SCHÖNBAUER, *Die Legende vom ius respondendi ex auctoritate principis*, in *Anz. phil.-hist. Kl. österr. Akad. Wiss.* 8 (1950) p. 94 ss. (v. anche i due brevi scritti su *Entwicklung des ius respondendi*, in *Iura* 1 [1950] p. 288 ss. e in *Iura* 4 [1953] p. 224 ss.); v. LÜBTOW, *Miscellanea.* III. *Das ius respondendi*, in *Studi Arangio-Ruiz* 2 (Napoli 1953) p. 368 ss.; LÉVY-BRUHL, *Juge et prudent*, in *RHD.* 40 (1962) p. 5 ss.; PROVERA, *Ancora sul ius respondendi*, in *SDHI.* 28 (1962) p. 342 ss.; HORVAT, *Note intorno allo ius respondendi*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz* 2 (Napoli 1964) p. 710 ss.; BRETONE, *Motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio*, in *Labeo* 11 (1965) p. 23 ss. [= *Giurisprudenza e potere imperiale*, in *Linee dell'Enchiridion di Pomponio* (Bari 1965, rist. Torino 1974) p. 78 ss., e in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (Napoli 1971) p. 145 ss., 2<sup>a</sup> ed. (Napoli 1982) p. 241 ss.]; TONDO, *Note esegetiche.* III. *Ius respondendi*, in *Iura* 30 (1979, pubbl. 1982) p. 65 ss. (e poi *Profilo di storia costituzionale romana* 2 [Milano 1993] p. 413 ss.); WIEACKER, *Respondere ex auctoritate principis*, in *Satura Feenstra* (Fribourg 1985) p. 71 ss. (ultimo sbocco di un lungo travaglio di pensiero: cfr. *Studien zur hadrianischen Justizpolitik*, in *Freiburger rechtsgeschichtliche Abhandlungen* 5 [Berlin 1935] p. 45 ss.; *Augustus und die Juristen seiner Zeit*, in *TR.* 37 [1969] p. 65 ss.); BAUMAN, *Lawyers and Politics in the early Roman empire. A study of relations between the Roman iurists and the emperors from Augustus to Hadrian* (München 1989) p. 1 ss. (1: *Augustus, the Lawyers and the ius respondendi*, p. 184 ss. (6.7: *Ius respondendi, consilium principis and autonomy*), p. 287 ss. (9.1: *Pomponius, history and the ius respondendi*); CANCELLI, *Il presunto ius respondendi*, in *BIDR.* 29 (1987, pubbl. 1991) p. 71 ss.; PARICIO, *El ius publice respondendi ex auctoritate principis*, in *Poder político y derecho en la Roma clásica*, dirigido por Paricio (Madrid 1996) p. 85 ss. (e poi *Intervento al Convegno di Copanello*, in *Atti Conv. Copanello 1998* cit. p. 67 ss.); BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)*, in *Atti Conv. Copanello 1998* cit. p. 403 ss., in particolare p. 434 ss. (7. *Lo ius respondendi ex auctoritate principis*; 8. *Il racconto di Pomponio*; 9. *Lo schema gaiano: quibus permissum est iura condere*); v. anche gli autori richiamati *supra*, nt. 2 (spec. Cannata).

base anche di Pomp. D. 1.2.2.49: *ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur*), o ancora come *ius (publice) respondendi ex auctoritate principis* (cfr. Pomp. *ibid.*: *divus Augustus ... constituit ut ex auctoritate eius responderent*).

Qui importa soltanto rilevare che in questo passaggio delle Istituzioni imperiali viene con chiarezza affermato che tale *ius respondendi* in età antica (*antiquitus*) fu ‘dato’ (*datum est*) ai giuristi dall’imperatore (*a Caesare*); affermazione corrispondente a quella che abbiamo visto contenuta in C. 1.14.12.5: *eis hoc maiestas imperialis permisit*.

Il terzo periodo di I. 1.2.8 sembra tornare a ricalcare, con le parole iniziali *quorum omnium*, il testo gaiano, ma prosegue portando avanti un discorso assai diverso da quello di Gaio. Anzitutto va tenuto presente che le parole *quorum omnium*, nonostante siano le stesse, si riferiscono ora a quei giuristi dei quali era stato detto, nel periodo immediatamente precedente (e del quale, come già osservato, non è traccia in Gaio), che ad essi era stato ‘dato’ dall’imperatore il *ius respondendi*. Ma soprattutto va attentamente considerato quello che si dice in riferimento a ‘questi’ giuristi: precisamente che le loro *sententiae et opiniones* tengono un tale autorevole valore (così mi pare sia ragionevolmente da rendere l’espressione *eam auctoritatem tenent*) che non è lecito (quindi non è giuridicamente consentito) al giudice discostarsi dal loro *responsum* (*ut iudici recedere a responso eorum non liceat*); si aggiunge infine *ut est constitutum*, dove mi pare abbastanza palese un richiamo a interventi imperiali precedenti (mediante *constitutio*).

Riepilogando, il testo delle Istituzioni giustiniane, dopo aver ricordato che i *responsa prudentium* provenivano da coloro ai quali ‘era stato’ *permissum iura condere*, afferma che tale *ius respondendi* fu ‘dato’ anticamente ai giuristi dall’imperatore e quindi che dalle loro decisioni il giudice non si poteva discostare.

6. Passiamo ora ad esaminare il testo di Gaio, e dopo aver autonomamente accertato quello che esso dice, potremo metterlo compiutamente a confronto con quello giustiniano.

G. 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.*

Vediamo anzitutto di chiarire il significato dell’affermazione iniziale che sono *responsa prudentium* le *sententiae et opiniones* di coloro ai quali *permissum est iura condere*.

Dalla constatazione che Gaio parla dei *responsa prudentium* quali *sententiae et opiniones*, mi pare debba desumersi che egli non si riferisce ai *responsa* in senso tecnico, alle risposte date dai giuristi ad un caso loro sottoposto, per intenderci ai *responsa* cui facevano riferimento (almeno nel titolo) i *libri responsorum*; così come, adoperando i termini *sententiae* e *opiniones*, non vuole alludere a figure specifiche,

anche qui a quelle dei *libri sententiarum* e dei *libri opinionum*. Gaio intende indicare complessivamente ed esaustivamente ciò che i giuristi ritengono (*quod sentiunt*, dirà poco dopo), il loro pensiero comunque espresso, in qualunque occasione e in qualunque modo (in questo senso: *responsa, sententiae, opiniones*).

Premesso ciò, dobbiamo ora valutare attentamente il significato delle parole *quibus permissum est iura condere*.

Va in primo luogo sottolineato che le pur articolate diversificazioni di significato di *permittere* (da *per* e *mitto*), come lasciar andare o fare, abbandonare, rimettere, affidare, permettere o consentire<sup>6</sup>, avevano tutte una valenza ‘permissiva’. Inoltre va rilevato che il tempo adoperato da Gaio, *permissum est*, è in sé un tempo passato, ma implicante anche un senso di persistenza attuale: fu ed è tuttora *permissum*.

Gaio indica del tutto naturalmente i giuristi come coloro ai quali per comune e consolidato sentire si riconosceva da sempre che fosse affidato (rimesso, consentito) il compito di *iura condere*.

E come indica omnicomprensivamente (l’abbiamo visto) tutti i loro interventi ed apporti (di qualunque tipo e comunque qualificati), altrettanto omnicomprensivamente indica tutti i giuristi, senza distinzione o limitazione alcuna.

Se il discorso che egli si accinge a fare avesse riguardato soltanto taluni giuristi (pochi o molti che fossero stati), in particolare solo quelli ai quali era stato concesso dal *princeps* il *ius publice respondendi*<sup>7</sup>, per prima cosa Gaio avrebbe specificato, con

---

<sup>6</sup> Cfr. per tutti GEORGES, s.v.: “far andare ... abbandonare, cedere, rimettere, affidare, confidare, lasciare ... permettere, concedere, consentire ...”; per il significato nelle fonti giuridiche v. HEUMAN-SECKEL, s.v.: “erlauben, gestatten, geschehen lassen”.

<sup>7</sup> La convinzione che così non fosse è maturata in me da lungo tempo, come ho chiarito in NICOSIA, *Silloge. Scritti 1956-1996* (Catania 1998) p. 488 ss. (*Postilla*), dove ho richiamato i luoghi in cui (a partire dal 1974) avevo espresso e poi man mano formulato più ampiamente il mio pensiero. Questa opinione è stata seguita (sin dal 1974, e poi ripetutamente, anche di recente) da PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II sec. d.C.* (Milano 1974) p. 33 ss. (e nt. 36); *Processo civile e politica giudiziaria nel principato* (Torino 1980) p. 65 ss.; 2<sup>a</sup> ed. (Torino 1991) p. 66 ss.; *Storia giuridica di Roma in età imperiale* (Perugia 1995) p. 94 ss.; *Il princeps, i giuristi, l’editto*, in *Res publica e princeps. Atti Conv. Copanello 1994* (Napoli 1996) p. 289 ss., v. p. 321 e ntt. 77-78; *St. giur. di Roma. Principato e Dominato* (Perugia 1998) p. 103 ss.; *Le fonti di produzione del dir. rom.*, a cura di Arcaria (Catania 1999) p. 44 ss., ed. 2002, con collaborazione anche di altri, p. 100 ss. Frattanto anche il CANCELLI, *Il presunto ius respondendi* cit. p. 547, dopo aver ricordato il pensiero di autorevoli romanisti (Wieacker, Casavola, Guarino, Bretone) in relazione a Gaio 1.7, scriveva: “bisogna essere grati al Nicosia che ha senza esitazione affermata la non pertinenza del testo gaiano al ... *ius respondendi*”, sostenendo poi che le notizie fornite da Pomponio non sarebbero attendibili e che il *ius respondendi* non sarebbe mai esistito. Più di recente anche FERNÁNDEZ BARREIRO, *Poder político y Jurisprudencia en la época tardo-clásica*, in *Poder político y derecho en la Roma clásica* cit. p. 107 ss., ha ritenuto (cfr. p. 119) Che Gaio 1.7 “no se refiere, en modo alguno, al *ius respondendi*” (e v. *contra*, ibidem, Paricio, *El ius publice respondendi* cit. p. 97 nt. 49). A parte questi autori, la tradizionale interpretazione (per non dire il fraintendimento) del testo di Gaio non è stata posta in dubbio da nessun altro, neppure da Wieacker. Mi pare opportuno precisarlo perché l’amico CANNATA, *Iura condere* cit. p. 32 s. scrive che “anche il Wieacker ... spiegava il passo di Gaio ... con riferimento a ‘die normative Kraft unstrittigen Juristenrechts’: il valore normativo del pensiero – incontrovertito – dei giuristi come tale, cioè delle opinioni contenute nelle loro opere”, per poi soffermarsi a rilevare che “una simile idea non può essere sostenuta”; potrebbe quindi sembrare che l’idea che il passo di Gaio non ha a che vedere con il *ius respondendi* sia stata sostenuta anche da Wieacker (così infatti MILAZZO, nel resoconto del Convegno di Copanello [*Iura* 49, 1998, pubbl. 2002, p. 232 ss.] p. 233: “il relatore [Cannata] ha ... rifiutato l’idea del Cancelli e del Wieacker che questo luogo [Gai 1.7] non sia attinente al tema del *ius respondendi*”). Ma in effetti le parole di WIEACKER (*Respondere ex auctoritate principis* cit. p. 93) riferite da Cannata fanno parte di un contesto in cui si accoglie il tradizionale presupposto che Gaio si riferisse al *ius respondendi* concesso dal *princeps*, e si sostiene addirittura che Gaio ne avrebbe esteso l’ambito di applicazione: “Gaius begründete mit dem alten Privileg, nun über die ursprünglichen Anlässe und Wirkungen weit hinausgreifend, die normative Kraft unstrittigen Juristenrechts (1,7) ... band jene alte *auctoritas principis* jetzt nicht mehr den Richter des konkreten Streitfalles, sondern alle künftige Rechtsanwendung in entsprechenden Fällen”; ed ancora: “Gaius besonderer Erklärung durch das alte *beneficium respondendi*”. Cfr. anche p. 77: “Unbequemere Fragen stellt das zweite (avendo considerata, a p. 72, quella di Pomponio “das einzige explicite

la consueta chiarezza ed anche onestà, che tutto il suo discorso valeva solo limitatamente a questi giuristi.

E che Gaio si riferiva con semplicità e chiarezza a ‘tutti’ i giuristi, è ulteriormente confermato dalle parole con cui inizia e si collega la proposizione successiva: *quorum omnium*, ‘dei quali tutti’.

Il discorso che sta per svolgere fa riferimento a ‘tutti’ i giuristi, quali li ha indistintamente indicati nella proposizione precedente.

Alla luce di questa precisazione, che a me pare scaturisca necessitatamente da quanto si legge nella proposizione iniziale, possiamo proseguire nell’esame del testo.

Dopo aver chiarito cosa sono i *responsa* (in senso lato, come abbiamo visto) dei *prudentes*, Gaio prospetta per prima l’ipotesi che fosse stata raggiunta tra tutti l’unanimità, concetto che esprime efficacemente con le parole *si in unum concurrunt*, utilizzando al riguardo il termine *sententiae* (*quorum omnium si in unum sententiae concurrunt*); anche qui mi pare evidente che il termine *sententiae* è adoperato nel senso lato di pareri in qualunque modo espressi, in collegamento a quanto esposto nella proposizione precedente: in proposito può se mai osservarsi che la scelta di questo termine, fra i tre ricorrenti nel periodo iniziale (*responsa, sententiae, opinioniones*), facilitava anche linguisticamente il raccordo con i successivi *sentiant* e *dissentiant*.

Per questa ipotesi di concordanza dei pareri di tutti i giuristi, Gaio dice che ciò che essi *ita sentiant, legis vicem optinet*; espressione tecnica quest’ultima (dallo stesso Gaio adoperata anche in riferimento ai *senatus consulta* e alle *constitutiones principum*) con la quale si indicava con precisione che un parere concordemente condiviso da tutti i giuristi non era legge, ma teneva luogo di legge, ne faceva le veci, ed era pertanto giuridicamente vincolante per tutti, come la legge. Era in ultima analisi una fonte produttiva di diritto, che concorrevà alla formazione dei *iura populi Romani* (G. 1.2: *constant autem iura populi Romani ex...*).

Per l’ipotesi invece che i giuristi non avessero raggiunto unanimità di vedute, *si vero dissentiant*<sup>8</sup>, Gaio dice che il giudice resta libero di seguire tra i discordanti pareri quello che preferisce: *iudici licet quam velit sententiam sequi*.

Tornando a servirsi del termine *sententia*, in coerente sequenza linguistica ai precedenti *sentiant* e *dissentiant*, lo adopera anche qui (mi pare evidente) nel senso lato di parere in qualunque modo espresso. E va soprattutto rilevato che da quanto egli dice si deduce *e contrario*, ineludibilmente, che nell’ipotesi appunto di pareri contrastanti, essi non tenevano luogo di legge, e non essendo vincolanti per nessuno, non lo erano neppure per il *iudex* cui in una determinata controversia fosse stato demandato (ovviamente in regime di procedura formulare) il compito di giudicare ed emettere la sentenza.

Mentre per l’ipotesi di unanimità di pareri Gaio enuncia il principio generale che essi *legis vicem optinent*, per l’ipotesi opposta fa direttamente l’esempio di un *iudex*

---

klassische Zeugnis”) klassische, nun aber bereits indirekte Zeugnis: Gai 1,7 ... Einerseits zielt *quibus permissum est iura condere* ganz offenbar (lo spaziatò è mio) auf das *beneficium respondendi...*”.

<sup>8</sup> Modo di esprimersi, per indicare divergenze d’opinioni tra i giuristi, adoperato da Gaio anche in altri luoghi: 2.195, *in eo solo dissentiant prudentes*; 3.141, *diversae scholae auctores dissentiant* (cfr. anche 2.215, *illa dissentio intervenit*).

investito della risoluzione di una controversia, per evidenziare che, in concreto, a lui *licet quam velit sententiam sequi*.

7. Gaio aggiunge infine: *idque rescripto divi Hadriani significatur*.

Anche questa osservazione va attentamente valutata per essere correttamente intesa.

Il verbo *significo* (da *signum facio*) indica precisamente un'attività diretta, con variegata gamma di sfumature, a far vedere, far conoscere, far comprendere, mostrare, indicare, chiarire<sup>9</sup>.

E in riferimento ad interventi di costituzioni imperiali Gaio più volte adopera le espressioni *significatur* e *significantur* per indicare non l'introduzione autoritativa di un'innovazione, bensì l'autorevole e chiarificante intervento imperiale volto a mostrare, a far conoscere e comprendere, quale era il principio di diritto esistente.

Così quando Gaio (1.62), ricordato che la possibilità di unirsi in matrimonio con la figlia del fratello era stata ammessa (in virtù di un senatoconsulto, come sappiamo) per il matrimonio tra Claudio e Agrippina, e che invece persisteva l'impossibilità di *sororis filiam uxorem ducere*, aggiunge *et haec ita principalibus constitutionibus significantur*, non vuol certo alludere ad una introduzione da parte degli imperatori di tale divieto (che era di origine antichissima); vuole solo ricordare come fossero intervenute costituzioni imperiali per indicare che le cose stavano così.

Analogamente quando (1.95-96) – a proposito dell'acquisto della cittadinanza in virtù del *ius Latii* (istituto risalente all'età repubblicana), della distinzione (di origine più recente) tra *Latium maius* e *Latium minus*, e soprattutto delle relative regole – dice *idque compluribus epistulis principum significatur*, il giurista ricorda che erano intervenute parecchie *epistulae* imperiali per mostrare e far comprendere quali regole vigessero in proposito, ma non intende asserire che questi istituti fossero stati introdotti da tali *epistulae*.

In riferimento specifico, poi, ad Adriano, nel corso della lunga (e minuziosa) elencazione delle numerose differenze tra legati e fedecommissi, Gaio (2.280), dopo aver detto che per i fedecommissi in caso di mora *usurae et fructus debentur*, ricorda in contrapposizione il diverso principio che valeva per i legati: *legatorum usurae non debentur*; ed aggiunge: *idque, rescripto divi Hadriani significatur*. Ora, mi pare evidente che con quest'ultima espressione Gaio non intendeva certamente dire che era stato introdotto da Adriano (mediante rescritto) il principio (*idque*) che nei legati non erano dovute le *usurae*, trattandosi di principio che risaliva a prima ancora che ai legati si affiancassero i fedecommissi; bensì voleva solo rammentare che Adriano col suo *rescriptum* aveva autorevolmente indicato che (diversamente che per i fedecommissi) era questo il principio di diritto vigente per i legati.

---

<sup>9</sup> FORCELLINI, s.v. “signum facio, per signa ostendo, indico, declaro (*It.*: fare o dar segno, far sapere, dare ad intendere, mostrare, indicare; *Fr.*: ... indiquer, faire connaître; *Hisp.*: ... indicar, dar á conocer; *Germ.*: ... zu erkennen-verstehen geben”); GEORGES, s.v. “fare o dar segno, significare, indicare, dare a conoscere, annunziare, far sapere, mostrare”. V. pure sia FORCELLINI che GEORGES, s.v. *significanter*: “chiaramente”, “con chiarezza”.

Ancora, sempre in riferimento ad Adriano, quando a proposito della *patria potestas* Gaio (1.55), precisato che si trattava di un *ius proprium civium Romanorum* e che *fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus*, osserva *idque divus Hadrianus*<sup>10</sup> *edicto, quod proposuit de his qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significavit*, certo egli non vuole affermare che l'istituto della *patria potestas* (quale *ius proprium civium Romanorum*, in quanto tale non riscontrabile in altri sistemi giuridici) era stato introdotto dalla costituzione adrianea, ma solo sottolineare che ciò (*idque*) era stato opportunamente indicato (mostrato, fatto conoscere e comprendere) da Adriano nell'editto relativo alla richiesta (avanzata da taluni) di concessione della cittadinanza romana: *idque divus Hadrianus edicto ... significavit* (o *divi Hadriani edicto ... significatur*)<sup>11</sup>.

Il medesimo senso, che abbiamo riscontrato nei brani passati in rassegna<sup>12</sup>, mi pare sia indubbiamente da attribuire alla perfettamente analoga osservazione finale di Gaio 1.7: *idque rescripto divi Hadriani significatur*.

Anche in questo nostro fondamentale testo il giurista, dopo aver spiegato che i *responsa prudentium* solo se unanimemente concordanti *legis vicem optinent*, e non *si vero dissentiant*, richiama infine a conforto l'intervento adrianeo, in quanto ciò (*idque*) era stato chiaramente indicato, e in pratica confermato<sup>13</sup>, anche da un rescripto di Adriano.

E che questo, e solo questo, fosse il senso (come negli altri testi visti) del richiamo al rescripto adrianeo, risulta (anche qui) dalla sua coerenza a quanto detto prima dal giurista e all'impostazione complessiva del suo discorso: il principio che i *responsa prudentium* tenevano luogo di legge solo in caso di raggiunta unanimità è presentato da Gaio come un principio tralaticio, di creazione (esso stesso) eminentemente giurisprudenziale, non come un'innovazione introdotta autoritativamente da Adriano; il tema (e il problema) delle possibili (ed anzi frequenti) divergenze di vedute (passate e presenti) tra i giuristi, della formazione di opinioni maggioritarie (dei *plerique*) e minoritarie, del loro superamento (nell'articolata evoluzione storica) con il raggiungimento dell'unanimità (*constat*,

---

<sup>10</sup> Nel Veronese si legge *divi Hadriani*, che non concorda con *significavit*. L'emendamento *divus Hadrianus*, proposto dal GÖSCHEN, è stato accolto da moltissimi editori, tra cui HUSCHKE, KRÜGER, GIRARD, KNIEP, DE ZULUETA, DAVID-NELSON (v. anche *Kommentar*); ma non sono mancati editori che, mantenendo il genitivo *divi Hadriani*, hanno emendato *significavit* in *significatur*: POLENAAR, GNEIST, MUIRHEAD, DUBOIS, MISPOULET, KÜBLER, BIZOUKIDES, REINACH, OLTMANS.

<sup>11</sup> V. nt. precedente.

<sup>12</sup> E che è riscontrabile anche in passi di altri giuristi: Paul. (*l. sing. de cognit.*) Vat. Fr. 235: *ita Hadriani rescripto ... significatur, quam epistulam quodam rescripto ... imperator noster cum patre interpretatus est*, e D. 27.1.46.2: *idque imperator Antoninus cum divo patre significatur*; Ulp. (8 *de off. proc.*) D. 48.18.1.27: *extat epistula divorum fratrum ... hac epistula significatur*; Marcian. (4 *instit.*) D. 28.5.49.2: *ut constitutione divorum Severi et Antonini significatur* (negli ultimi due testi vengono riferiti per esteso i *verba* delle rispettive costituzioni, da cui risulta evidente, in entrambi i casi, la valenza di chiarimento interpretativo dell'intervento imperiale).

<sup>13</sup> Per la valenza confermativa dell'intervento di una costituzione imperiale, con riferimento allo stesso Adriano, v. G. 2.221: *quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse*; Ulp. (7 *de off. proc.*) Coll. 1.6.1: *distinctionem casus et voluntatis in homicidio servari rescripto Hadriani confirmatur*.

*inter omnes constat*), risaliva a molto tempo prima di Adriano, ed è un tema che aleggia diffusamente<sup>14</sup> in tutta l'esposizione istituzionale di Gaio.

Ancora una riflessione s'impone. Anche a voler intendere il discorso di Gaio, contrariamente alla sua chiara lettera, come riferito ai soli giuristi forniti di *ius publice respondendi*, e a voler intendere il richiamo al rescritto adrianeo nel senso, incompatibile con il contesto gaiano, di un intervento innovativo di Adriano<sup>15</sup>, resterebbe ugualmente enigmatico (per non dire impossibile) il raccordo logico, e cronologico, di tale pretesa innovazione con il supposto riferimento al *ius publice respondendi*; se c'è un punto fuori discussione, pur tra le tante<sup>16</sup> cui ha dato luogo quest'istituto<sup>17</sup>, è che esso risaliva ai tempi di Augusto e di Tiberio, quindi a circa un secolo prima di Adriano<sup>18</sup>.

8. Accertato il significato, e di ciascuna proposizione e della coerente logica complessiva, del discorso di Gaio, possiamo instaurare con consapevolezza un più attento confronto col testo delle Istituzioni imperiali. Ovviamente non per stravolgere il chiaro dettato gaiano sulla falsariga di quanto affermeranno secoli dopo i compilatori delle Istituzioni giustinianee (come mi pare sia stato generalmente fatto)<sup>19</sup>, bensì per mettere pienamente in luce le innegabili diversità tra i due testi.

L'esposizione di Gaio è impostata sulla distinzione tra l'ipotesi di raggiunta unanimità di pareri tra i giuristi (*si in unum sententiae concurrunt*), e quella di pareri contrastanti (*si vero dissentiunt*); in riferimento alla prima, egli enuncia il principio

---

<sup>14</sup> Sia pure spesso, ma non sempre, con schematico riferimento agli orientamenti contrapposti di Sabiniani e Proculiani.

<sup>15</sup> Come è stato generalmente ritenuto: v. autori cit. a nt. 2 e a nt. 4 (tranne Palazzolo e Fernández Barreiro).

<sup>16</sup> Tra cui quelle relative alla portata dell'intervento di Augusto rispetto a quello di Tiberio: addirittura a quest'ultimo – secondo la tesi di GUARINO (cfr. gli scritti cit. *supra*, nt. 4), generalmente contrastata ma da ultimo ripresa da PARICIO (*El ius publice respondendi* cit. p. 93 s.) – sarebbe da attribuire la trasformazione in *ius publice respondendi* della facoltà di *respondere ex auctoritate principis* concessa da Augusto ad alcuni giuristi (richiamo solo questa opinione perché è quella che sposterebbe il più avanti possibile la collocazione cronologica).

<sup>17</sup> Discussioni che, per quanto prolungate e approfondite, sono approdate a risultati non troppo affidanti e in larga misura ipotetici. Vorrei ricordare le parole con cui si chiude il recente (e notevole) contributo di PARICIO, *El ius publice respondendi* cit., p. 105: “Aunque en los distintos puntos tratados he expuesto siempre la solución que me parecía más probable, no debo ocultar que existen aspectos sobre los que sigo albergando serias dudas. En realidad, y así termino, después de tantas discusiones (después de siglos de discusiones), quizá debamos resignarnos a reconocer que muchos de los interrogantes que presenta el *ius publice respondendi* es imposible desvelarlos con un mínimo de seguridad con las fuentes de que disponemos”. E successivamente lo stesso Paricio al convegno di Copanello, nel suo intervento (largamente adesivo alla relazione di Cannata), osservava, *Atti Conv. Copanello 1998* cit. p. 69: “Si è verificato così, che non solo ogni generazione ma – vorrei dire – addirittura ogni autore abbia il ‘suo’ *ius publice respondendi* ... De Visscher aveva il suo, come pure Schulz, e questo non era quello di Guarino, che a sua volta differiva da quello di Magdelain, e quest'ultimo non coincideva con quello di Kunkel, e così via”. Credo che le difficoltà incontrate dalla dottrina siano in gran parte derivate dall'aver presupposto che Gaio 1.7 avesse a che fare con il *ius publice respondendi*; solo se ci si rende conto che quel presupposto è errato, può essere spianata la strada per ricostruire la storia del *ius publice respondendi*.

<sup>18</sup> Per non parlare delle ulteriori difficoltà che sono sorte nel tentare di raccordare il richiamo gaiano all'intervento di Adriano, così come è stato inteso, con l'episodio riferito da Pomponio D. 1.2.2.49, che a sua volta è stato oggetto (come è ben noto) di divergenti interpretazioni e addirittura ha fatto avanzare ipotesi diametralmente opposte circa la sopravvivenza o meno del *ius publice respondendi* nell'età di Adriano.

<sup>19</sup> Nel mio intervento pubblicato in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti Conv. Pavia 1985* (Padova 1987) p. 208 ss. [ora in NICOSIA, *Silloge* cit. p. 479 ss.], a proposito di Gaio 1.7 (p. 214 s., *Silloge* p. 486 ss.) e della tradizionale interpretazione “condizionata e fuorviata dal testo parallelo delle Istituzioni imperiali”, osservavo: “anche in questo caso (come in molti altri) Gaio è stato scoperto troppo tardi, ed è stato poi interpretato, o piuttosto forzato, alla luce di una *communis opinio* che si era già consolidata”.

generale (cui si collega il riconoscimento della facoltà di *iura condere*) che *id quod ita sentiunt legis vicem optinet*, da cui si desume che, tenendo luogo di legge, il parere unanime vincolava tutti e andava da tutti osservato (e applicato) come se fosse legge (così anche dal giudice investito di una controversia, sebbene Gaio non scenda a questa esemplificazione, ritenendo sufficiente ed esaustiva l'enunciazione del principio generale); in riferimento alla seconda ipotesi, Gaio trae direttamente il corollario che (in mancanza di un parere unanime che *legis vicem optinet*) il giudice di una controversia resta libero di seguire il parere (ovviamente tra quelli dei giuristi in contrasto) che preferisce.

Del tutto diversa è l'impostazione del testo giustiniano. A parte il comprensibile mutamento del passato (ma implicante anche la persistenza nel presente)<sup>20</sup> *permissum est* gaiano, nel trapassato *permissum erat*, quel che più rileva è il diverso significato (aberrante rispetto a quello classico) in cui viene adoperato il verbo *permittere*<sup>21</sup>, inteso (come viene immediatamente precisato) come alludente all'avvenuta concessione del *ius respondendi* da parte dell'imperatore. Conseguentemente la rilevanza dei *responsa prudentium* viene limitata solo a quelli dei giuristi *quibus a Caesare ius respondendi datum est* (con l'ulteriore pretesa di far credere che solo ad essi fosse riservato l'appellativo di *iurisconsulti: qui iurisconsulti appellabantur*)<sup>22</sup>. Ed è su questa base che procede il discorso e viene affermata la vincolatività per il giudice (ovviamente il giudice-funzionario della *cognitio extra ordinem* giustiniana) dei pareri di questi giuristi (*ut iudici recedere a responso eorum non liceat*), mentre non vi è più traccia della fondamentale distinzione, su cui era imperniato l'intero discorso gaiano, tra le due ipotesi di unanimità o meno di pareri (nel testo giustiniano non figurano più né *si in unum sententiae concurrunt*, né *si vero dissentiunt*).

Della logica secondo cui si svolgeva e del fondamentale criterio su cui si basava l'esposizione gaiana non è rimasto nulla, nonostante la persistente utilizzazione (nel primo e in qualche misura anche nel terzo periodo, mentre il secondo, come abbiamo constatato, è un'inserzione di fattura totalmente giustiniana) di moduli espressivi gaiani, per altro con esiti non sempre felici o coerenti; così ad es. per il mantenimento di *quorum omnium*: a parte il radicale cambiamento del suo significato – in quanto, agganciato all'inserito secondo periodo, implicava ora un riferimento (come abbiamo a suo tempo rimarcato) ai soli giuristi cui era stato concesso il *ius respondendi* – l'utilizzo della qualifica 'omnes', perfettamente appropriato nel contesto gaiano (perché si riferiva a tutti i giuristi indistintamente), non aveva molto senso nel nuovo contesto giustiniano (se mai qui sarebbe stata adatta un'espressione del tipo *quorum omnes sententiae et opiniones*).

Va dunque riconosciuto che i due testi avevano impostazioni e seguivano logiche del tutto differenti e tra loro non compatibili, che non sono suscettibili di essere frammischiate, né tanto meno integrate l'una con l'altra.

---

<sup>20</sup> Nel senso, quindi, per Gaio, di 'fu ed è tuttora' (v. *supra*, n° 6).

<sup>21</sup> Esattamente come in C. 1.14.12.5: *eis hoc maiestas imperialis permisit* (v. *supra*, n° 3).

<sup>22</sup> V. *supra*, nt. 3.

9. Tornando al testo di Gaio, ulteriore conferma che, all'interno dell'espressione *quibus permissum est iura condere*, il significato di *iura condere*, di questo sintagma (come si usa dire da qualche tempo), sia precisamente quello risultante dalla scrupolosa (e non preconçetta) analisi che di esso abbiamo condotto, trova ulteriore conferma nell'altro testo gaiano in cui pure ricorre (declinato al passato) l'impiego di *iura condere*:

G. 4.30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet...*

Testo famoso e di enorme rilevanza sotto altri profili<sup>23</sup>, ma di cui è qui sufficiente richiamare la parte iniziale, nella quale si fa riferimento ai *veteres*, 'qui tunc iura condiderunt'.

Indicando con il termine *veteres* (così come in numerosi altri luoghi delle *Institutiones*)<sup>24</sup> gli antichi giuristi, e dicendo che essi *iura condiderunt*, Gaio si esprime negli stessi termini in cui si esprime quando, con riferimento ai suoi tempi, dice che ai giuristi era riconosciuta la facoltà di *iura condere*.

Ora, dato che per questi antichi giuristi un collegamento al *ius publice respondendi* non potrebbe neppure immaginarsi, e dato che in entrambi i testi Gaio adopera la medesima espressione, mi pare che anche da questa constatazione risulta evidente che egli si riferiva (in coerenza all'impostazione emergente anche in altri punti della sua esposizione) al risalente e persistente riconoscimento ai *prudentes* della facoltà di *iura condere*<sup>25</sup>.

10. Un'ultima osservazione vorrei fare. Al tradizionale travisamento del chiaro dettato di Gaio 1.7, oltre che il condizionamento derivato (come abbiamo visto) dal testo delle Istituzioni giustiniane, ha forse contribuito un'altra diffusa convinzione: che già in età classica l'intervento della volontà imperiale, quindi della *constitutio principis*, prevalesse sui *responsa prudentium*, e che ad es. in caso di pareri contrastanti l'intervento del *princeps* fosse decisivo e in grado di eliminare il *ius controversum*. Ma che così non era si ricava da alcuni riferimenti dello stesso Gaio, che non sono stati tenuti in dottrina nella considerazione che meritano. Anche questo

---

<sup>23</sup> Me ne sono occupato dettagliatamente in *Il processo privato romano*. III. *Dalla nascita della iurisdictio all'avvento del processo per formulas* (Corso di dir. rom. 1981-82, in lito) p. 109 ss., e poi, brevemente, in *Institutiones. Profili di dir. priv. rom.* (Catania 1997, rist. 1999) p. 155 s. (molto più sintetico il richiamo in *Nuovi profili istituzionali essenziali di dir. rom.* [Catania 2001] p. 94, 2ª ed. 2002, p. 85; 3ª ed. 2004, p. 70).

<sup>24</sup> Cfr. 1.165: *per interpretationem ... crediderunt veteres* (a proposito della tutela dei patroni); 1.188: *valde veteres dubitaverunt* (a proposito dei *genera tutelarum*); 3.180: *apud veteres scriptum est* (a proposito degli effetti estintivi della *litis contestatio*); 3.189: *veteres quaerebant* (a proposito del *furtum manifestum*); 3.196: *veteres scripserunt* (a proposito del *furtum usus* da parte del comodatario); 3.202: *veteres scripserunt* (a proposito di chi *panno rubro fugavit armentum*).

<sup>25</sup> Di recente anche CASAVOLA, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Atti Conv. Copanello 1996* (Napoli 1999) p. 495, ha ritenuto che "i *veteres, qui tunc iura condiderunt*, non possono essere che omologhi ai *prudentes*, che ai suoi studenti Gaio [1.7] aveva presentato come coloro *quibus permissum est iura condere*" (diverso era stato l'approccio in *Scienza, potere imperiale, ord. giur. cit.* p. 17 s. e ntt. 1-2 [= *Giuristi adrianei cit.* p. 165 s. e ntt. 1-2; *Sententia legum* 1 cit. p. 129 s. e ntt. 1-2]).

punto è di capitale importanza; ma qui non posso che limitarmi a farne cenno, solo per segnalare la connessa rilevanza<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Limitandomi altresì a ricordare che nell'intervento *Concezione giurisprudenziale del diritto*, in *La certezza del diritto. Atti Conv. Pavia* cit. p. 219 s. [ora in NICOSIA, *Sillogie* cit. p. 499], "a favore dell'affermazione che alla *constitutio principis* non veniva teoricamente riconosciuta una prevalenza sulle altre fonti di *ius*, e in particolare sui *responsa prudentium*, che in caso di mancata unanimità portavano al *ius controversum*", richiamavo "almeno una puntuale testimonianza di Gaio", G. 2.221 (per altro non la sola), "che avrebbe dovuto attirare l'attenzione degli interpreti", in quanto prova "come l'intervento della volontà imperiale, la *confirmatio* mediante una costituzione di una delle due opinioni in contrasto, non avesse tolto di mezzo l'altra, non avesse eliminato il *ius controversum*".

Nella 'Postilla' aggiunta in *Sillogie* cit. p. 501, mi congratulavo per la scelta del tema (*Ius controversum e auctoritas principis*) del Convegno di Copanello che si sarebbe tenuto poco tempo dopo; ma in tale Convegno, sia le relazioni, sia gli interventi e le repliche, hanno seguito, sulla scia dell'impostazione dominante, tutt'altra direzione rispetto a quella che (cfr. anche *ibidem* p. 495) mi auguravo (tra l'altro, la testimonianza gaiana da me segnalata non è stata presa in considerazione da nessuno).