

MASSIMO BRUTTI

Gaio e lo *ius controversum*

Estratto  
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LV  
(2012)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

# ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO  
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

## COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

## COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,  
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.  
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: [redazioneaup@unipa.it](mailto:redazioneaup@unipa.it)

## INDICE DEL VOLUME

M. MARRONE, Per il centenario degli <i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i> . . . . .	I
GAIO: PROFILI CONCETTUALI E MODELLI DIDATTICI. Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca (Palermo, 20 marzo 2012).	
M. AVENARIUS, L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio. . . . .	9
C. BALDUS, I concetti di <i>res</i> in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del <i>praetor urbanus</i> . . . . .	41
M. BRUTTI, Gaio e lo <i>ius controversum</i> . . . . .	75
G. FALCONE, Osservazioni su Gai 2.14 e le <i>res</i> <i>incorporales</i> . . . . .	125
R. MARTINI, Gaio e le <i>Res cottidianae</i> . . . . .	171
A. CUSMÀ PICCIONE, Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano. . . . .	189
G. D'ANGELO, Occupazione clandestina e <i>lex Plautia de vi</i> . . .	279
G. D'ANGELO, Un'ipotesi sull'origine del <i>non usus</i> . . . . .	293
M. DE SIMONE, Una congettura sull'arcaico <i>filiam abducere</i> . . .	321
O. DILIBERTO, La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., <i>sat.</i> 1.3.115-117. . . . .	385

M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della <i>lex Aquilia</i> è, ora, il secondo». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina. . . .	403
J. PARICIO, <i>Persona</i> : un retorno a los orígenes. . . . .	443
G. PURPURA, Gli <i>Edicta Augusti ad Cyrenenses</i> e la genesi del SC Calvisiano. . . . .	463
M.V. SANNA, <i>Spes nascendi - spes patris</i> . . . . .	519
R. SANTORO, Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 <i>ad Quintum Mucium</i> ) . . . . .	553
A.S. SCARCELLA, Il bilinguismo nei fedecomessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e <i>novi cives</i> , come strumenti di integrazione sociale. . . . .	619
S. SCIORTINO, « <i>Denegare actionem</i> », <i>decretum</i> e <i>intercessio</i> . . . . .	659
M. VARVARO, Gai 4.163 e la struttura della <i>formula arbitraria</i> nell' <i>agere ex interdicto sine poena</i> . . . . .	705

GAIO: PROFILI CONCETTUALI  
E MODELLI DIDATTICI

Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca  
(Palermo, 20 marzo 2012)



MASSIMO BRUTTI

## Gaio e lo *ius controversum*

### ABSTRACT

Three questions about Gaius and his work are basically considered.

First, according to the beginning of *Gaius' Institutes*, jurisprudence, as source of law, is founded on the emperors' authority. Only some jurists have the *ius respondendi ex auctoritate principis*.

Second, when Gaius examines particular *responsa* and theories of *prudentes*, he doesn't mention *ius respondendi*. The *prudentes* seem to be independent.

Third, there are many cases of *ius controversum* in *Gaius' Institutes*. The discussions and the pluralistic dimension of jurists' thought are the leading wire of gaian handbook. It includes not only what is sure and stable in the private law, but also what is new and changeable. Gaius values conflicting opinions about *iudicia* or about juridical concepts, omitting any reference to the political difference between jurists that were *amici principis* and jurists that wrote *responsa* without a public authority.

The prestige and the force of jurists depend on their scientific attitude, not on their relations with the emperors.

### PAROLE CHIAVE

Gaio; *ius controversum*; *ius respondendi*; giuristi e *princeps*.





SOMMARIO. 1. La varietà dei responsi. 2. Dal *publice respondere* ai giuristi funzionari. 3. Gaio e lo *ius respondendi*. 4. L'invincibile pluralismo. 4. Giuristi e *princeps*.

## 1. La varietà dei responsi.

L'attività giurisprudenziale, dal secondo secolo a.C. fino ai Severi, è attraversata da un'incessante dialettica delle opinioni.

I *responsa* dei giuristi presuppongono la dimensione della controversia e si innestano in essa. Anche là dove siano accettati nella prassi e non contraddetti, la loro teorica controvertibilità non viene mai meno. Lo *ius receptum* può in ogni momento trasformarsi in *ius controversum*, sotto la pressione degli interessi e delle domande di tutela.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Aulo Gellio (12.13.3) descrive sinteticamente i modi in cui il diritto si manifesta e quindi il campo di conoscenza e di studio dei giuristi, comprendendo sia il diritto consolidato, sia quello controverso, sia quello che ancora non si è formato del tutto. Egli ricorda di aver posto ad un grammatico un problema di interpretazione, relativo alla data fissata nello *iussum iudicandi* di un processo civile. Lo *iussum* era rivolto allo stesso Gellio, *iudex datus* entro un *iudicium extra ordinem*. Il termine conclusivo fissato per il giudizio era indicato con l'espressione *intra Kalendas*. L'interpellato aveva risposto a Gellio dichiarando la propria incompetenza e invitandolo a consultare un giurista. Egli racconta di avere replicato: ... *Si aut de vetere ... iure et recepto aut controverso et ambiguo aut novo nec constituto descendum esset, issem plane sciscitatum ad istos quos dicis...* E' convinto che la questione sollevata sia esclusivamente linguistica e non riguardi gli esperti di diritto. L'ordine di giudicare *intra Kalendas* implica che il giorno stesso delle calende sia compreso nel tempo disponibile, o che esso debba essere escluso? Se fosse un problema giuridico, darebbe luogo alle seguenti alternative: o si risolverebbe univocamente in base ad una disciplina consolidata dalla tradizione, o darebbe luogo a più soluzioni normative coesistenti nella prassi (questo il significato dell'espressione *ius controversum et ambiguum*); oppure rientrerebbe nella sfera del diritto nuovo, non ancora sicuramente accolto. In questa tripartizione è evidente la centralità della categoria *ius controversum*. Questa indica la messa in discussione dello *ius vetus et receptum*, mai preclusa nel lavoro dei giuristi; contemporaneamente appare, entro la giurisprudenza, come il veicolo fondamentale per il formarsi di *ius novum*. Cfr. M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo 'ius controversum' all'autorità del principe)*, in *'Ius controversum' e 'auctoritas principis'. Giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Atti del Conv. internazionale di diritto romano e del IV premio romanistico 'G. Boulvert', Napoli 2003, 403 ss., spec. 425 s. Nel trascrivere il testo di Gellio ho scelto una lezione che si discosta dai codici e che è suggerita in *Le notti attiche di Aulo Gellio*, a cura di G. Bernardi-Perini, Torino 1992, 917 (cfr. la *Nota critica*, 63). La formulazione tradizionalmente riportata dai manoscritti è: *Si aut de vetere... iure et recepto aut controverso et ambiguo aut novo et constituto descendum esset...* La troviamo nella edizione teubneriana a cura di C. Hosius, Stuttgart 1981, e in quella delle *Belles Lettres*, Paris 1989. Ma quale sarebbe, nell'articolazione concettuale proposta da Gellio, il senso delle parole *ius novum et constitutum*, posto che i due aggettivi (coerentemente con le altre espressioni usate) devono essere l'uno sinonimo dell'altro? Il nuovo può

## Dopo il saggio di Andreas Schwarz del 1951 (*Das strittige Recht der*

distinguersi dallo *ius vetus et receptum*, in quanto non sia ancora del tutto accolto e stabile. *Constitutum* indica invece una fondazione avvenuta, una stabilità raggiunta. Perciò si corregge l'espressione: in luogo di *aut novo et constituto*, si suppongono le parole *aut novo nec constituto*. Nella edizione oxoniense, a cura di P. H. Marshall, Oxford 1968, si introduce una diversa emendazione: *...aut novo et costituendo*. Cfr. sul punto la recensione a Marshall di D. KNECHT, in *Antiquité classique*, 1969, 582 ss. (che avanza altre ipotesi, proponendo *modo constituto* o *nondum constituto*); ed inoltre W. S. WATT, *Gelliana*, in *Antiquité classique*, 1986, 328 ss. ("We want a synonym of novo to balance the two previous pairs of synonyms; and the easiest way of obtaining it is to write <recens> constituto. Adverbial recens is not rare in Gellius..."). Le due correzioni *nec constituto* ed *et constituendo* (più economiche poiché aggiungono pochissimo al testo) mi sembrano equivalenti e rispondono all'esigenza di indicare una caratteristica dello *ius novum*: esso non è ancora cristallizzato; se ne deve ancora misurare la tenuta nella prassi. Non vi è differenza tra definire il diritto "non ancora costituito" e definirlo "da costituire", se questo verbo si intende nel senso di una fondazione certa, che manca e potrà determinarsi solo in futuro. Del resto, anche le altre proposte emendative citate sono nella stessa logica. E' evidente che lo *ius novum*, così individuato, non è lontano dall'idea di *ius controversum*: si può dire che sia ancora un diritto in discussione. Gellio intende dire: se la questione posta rientrasse nel diritto consolidato o in quello controverso e non ancora stabile, allora dovrei rivolgermi ad un giurista... Ma il punto da decidere riguarda solo il senso delle parole, non il merito della regolamentazione giuridica. Quanto al significato di *ius constitutum*, come parallelo di *ius receptum* - diritto consolidato - cfr. D. 25.2.1 (Paul. 7 ad Sab.): *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret, alii, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est*. Quello evocato da Paolo è proprio un caso di *ius controversum*. La discussione si snoda tra primo e secondo secolo. L'*actio rerum amotarum* è un'azione pretoria *in factum*, introdotta contro colei che era stata moglie e durante il matrimonio aveva sottratto beni al marito (cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, III ed., Leipzig 1927, 303). Secondo Nerva e Cassio l'*actio furti*, con la pesante riparazione pecuniaria a cui dà luogo la condanna e con le sue conseguenze infamanti, non può essere rivolta nei confronti della donna. La *societas vitae* tra i coniugi ha messo l'*uxor* in una posizione che la qualifica - secondo la valutazione dei due giuristi - *quodammodo domina*. L'idea di una coproprietà dei beni è usata come strumento argomentativo: è una metafora e non ha una precisa valenza giuridica. In realtà, il trattamento della ex moglie è *singulare*, poiché è il frutto di un'innovazione nella disciplina che comunemente si applica alla sottrazione volontaria di un bene mobile altrui. E' come se l'*honor matrimonii* continuasse ad avere una rilevanza, come se lasciasse una traccia, anche dopo il divorzio, nei rapporti tra coloro che erano stati uniti in *iustae nuptiae*. Nata come un mezzo giudiziario "speciale", l'*actio rerum amotarum* viene recepita nella prassi e nella giurisprudenza. Paolo ricorda le posizioni contrarie di Sabino e Proculo, i quali sostengono che è possibile esperire l'*actio furti*. Ma considera corretto il parere di Nerva e Cassio, già accolto da Giuliano. In base ad esso si è formato uno *ius constitutum*.

*römischen Juristen*),<sup>2</sup> al sintagma *ius controversum*, inventato dagli oratori,<sup>3</sup> è stata attribuita negli studi storici un'accezione ampia, per descrivere il movimento interno della giurisprudenza. "Parliamo di diritto controverso quando all'interno di un ordinamento in relazione ad un problema, si contrappongono diversi punti di vista".<sup>4</sup> Nei casi trattati dai giuristi la varietà delle opinioni (richiamata da verbi come *dubitare, quaerere, putare, placere, alio iure uti* e simili) è un dato normale e frequentissimo, come lo è il sorgere di problemi nuovi, fuori dagli orientamenti normativi comunemente recepiti.

Le opinioni in conflitto coesistono e trovano applicazione nei processi, essendo tutte considerate diritto vigente, al quale magistrati e giudici attingono.

Il contrasto dà luogo a due esiti possibili: o si scioglie con la prevalenza di una soluzione normativa rispetto alle altre; oppure le diverse tesi rimangono in piedi. La società romana - nell'età della giurisprudenza - sopporta senza soverchie difficoltà le inevitabili tensioni indotte dal pluralismo delle scelte normative. L'oscillazione dei giudizi, derivante dalla coesistenza di linee diverse, viene vissuta come un'alea a cui si va normalmente incontro nell'intraprendere le liti.

Usando il concetto di *ius controversum*, noi mettiamo in primo piano la problematicità costante dello *ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus* (lo schema descrittivo risale a Pomponio): il diritto degli esperti, che nasce dalla scienza, al di fuori di documenti autoritativi.<sup>5</sup> Segnato da una costante apertura alla discussione e dal

---

<sup>2</sup> Il saggio appare in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto* (Verona, 27-29 settembre 1948; poi, una versione riveduta ed ampliata in *Festschrift F. Schulz*, Bd., Weimar 1951, hrsg. von H. Niedermeyer u. W. Flume, 201 ss., da cui traggio le citazioni (gli Atti di Verona sono pubblicati a cura di G. Moschetti, Milano 1953). Si veda ora la traduzione italiana in A. LOVATO (a cura di), *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*, Bari 2011, 171 ss. Dalle pagine di Schwarz prende le mosse M. BRETONE, '*Ius controversum*' nella giurisprudenza classica, in *Atti Accademia nazionale dei Lincei, Memorie*, serie IX, vol. XXIII, fasc. 3, Roma 2008, 755 ss.

<sup>3</sup> Sullo *ius controversum* come "rhetorische Vorstellung", vedi P. CANTARONE, '*Ius controversum*' e controversie giurisprudenziali nel II secolo a.C., in *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, a cura di F. M. D'Ippolito, Napoli 2007, 405 ss.

<sup>4</sup> Sono le parole iniziali di Schwarz.

<sup>5</sup> D. 1.2.2.5 (Pomp. *sing. ench.*): *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. haec*

collegamento di ogni soluzione con il processo.

Il confronto tra i giuristi è il più delle volte un parlare a distanza. E' intervenire sulla tradizione, correggerla; citare e valutare gli argomenti degli altri, gettando ponti tra le generazioni.

Con la letteratura giuridica si sviluppa un circuito della persuasione, nel quale si creano e si discutono le soluzioni normative. Esso è molto lontano dal deduttivismo moderno, dall'idea del diritto come *màthesis*.

Il termine "persuasione" indica un'attività volta ad ottenere il consenso dell'interlocutore, su enunciati derivanti da nozioni comuni o che appaiano correttamente argomentati.

Perelman e Olbrechts-Tyteca, nel loro *Traité de l'argumentation* (1958), hanno fissato un'utile distinzione teorica tra argomentazioni persuasive, rivolte ad un uditorio particolare, e argomentazioni

---

*disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus non designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.* Sulle valutazioni che la storiografia ha espresso riguardo al lungo frammento da cui il passo è tratto, v. *infra*, nt. 8. La *disputatio fori* appare come un portato necessario dell'interpretazione. La forma incerta fa pensare quanto meno ad un'abbreviazione del testo originario del secondo secolo, suppongo senza finalità di adeguamento e di attualizzazione, poiché interviene su enunciati privi di una diretta funzione giuridica. Una correzione del Digesto milanese (*ad h. l.*), secondo la quale l'inciso sulla interpretazione sarebbe da leggere: *cum interpretatio desideraret prudentium auctoritatem*, pur restituendo un ordine sintattico al discorso, non lo rende meno faticoso. Ma il legame fra *auctoritas* dei giuristi e discussione giudiziaria appartiene certamente all'orizzonte teorico di Pomponio. Ciò conferma l'ipotesi prevalente, che considera il *liber enchiridii* compendio di uno scritto originale di Pomponio. Se noi prendiamo una per una le proposizioni da cui è costituito il paragrafo citato, su *interpretatio, disputatio fori* e *ius civile*, non troviamo nel loro contenuto alcun segno di interpolazioni sostanziali. Il giurista tratta delle norme decemvirali e della loro *interpretatio*. Per l'epoca che è immediatamente successiva alle Dodici Tavole, egli si riferisce a discussioni tra le parti riguardanti la corrispondenza o l'inadeguatezza dei formulari dettati dai *pontifices* rispetto ai rapporti concreti. Di ciò parla subito dopo il testo (D. 1.2.2.5, Pomp. *sing. ench.*). Il nesso fra interpretazione e disputa troverà sviluppi più ampi nella giurisprudenza laica. Per quanto concerne le parole *sine scripto*, che qualificano lo *ius* composto dai *prudentes*, credo che esse escludano ogni disposizione assimilabile alla *lex*. Vedi anche D. 1.2.2.12 (Pomp. *sing. ench.*): *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.* Va sottolineato il parallelismo tra il verbo *constituere* e il concetto di *lex*, tra *lex* e *scriptum*. Queste frasi richiamano il linguaggio repubblicano. Cfr. Auct. *ad Her.* 2.13.19: ... *lege ius est id, quod populi iussu sanctum est ..., consuetudine ius est id, quod sine lege aequae ac si legitimum sit, usitatum est.* Sul rapporto fra *lex* e *scriptum*, Cic., *inv.* 2.162: ... *lege ius est, quod in eo scripto, quod populo expositum est, ut observet, continetur.*

convincenti, che puntano ad un'adesione più generale dei soggetti pensanti<sup>6</sup>. Ebbene, il discorso dei giuristi è del primo tipo: vive in una cerchia ristretta all'interno delle classi dirigenti e parla ad un pubblico specializzato.

Secondo la comune visione del diritto che lega gli scritti dei *prudentes*, quanto più le soluzioni proposte sono persuasive, tanto più si affermano nel tempo. La qualità degli orientamenti normativi, anche quando sono nuovi, è la ragione fondamentale per cui essi entrano a comporre la tradizione. *Qualitas ingenii e fiducia doctrinae* sono le doti che danno valore ai contributi originali e spiegano il loro stabilizzarsi.

Le due espressioni indicano una base di legittimazione interna al lavoro giurisprudenziale e tipica dell'esperienza repubblicana<sup>7</sup>. Le troviamo nel lungo frammento del *liber singularis enchiridii*, proveniente con ogni probabilità dalla composizione tardo-imperiale di materiali tratti da Pomponio e in qualche punto formalmente rimaneggiati, ma senza aggiungere idee estranee al testo.<sup>8</sup>

Dà responsi chi è convinto che gli studi a cui si è dedicato lo rendano idoneo al compito di definire il diritto da applicare e perciò di orientare la risoluzione delle liti. La conferma dell'idoneità non può che venire dalla prassi (dalle scelte che compiono gli utenti del diritto). Se i pareri sono accolti, il giurista - non sostenuto da alcuna autorità pubblica, ma forte del suo prestigio intellettuale - acquista fama e potere.

Questo scenario si trasforma con il principato. Cambia il rapporto dei giuristi con la politica; ma la prospettiva dello *ius controversum* si

---

<sup>6</sup> Vedi C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris 1958, trad. it., Torino 1966, 28 ss.

<sup>7</sup> Sono riferite congiuntamente al lavoro di Labeone. Cfr. D. 1.2.2 (Pomp. *sing. ench.*). Egli è ancora sostenitore dell'ordine repubblicano, sebbene abbia davanti agli occhi l'invasione dell'imperatore, e spesso fa leva, nei suoi responsi, sul rapporto tra giurisprudenza ed attività pretoria: due strumenti che vengono dal passato, ma utilizzabili per l'innovazione.

<sup>8</sup> Sulle varie ipotesi di Jörs, di Ebrard, di Wieacker, di Guarino, di Schulz, di D'Ors, e su altre notazioni circa la storia del testo, vedi M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, II ediz., Napoli 1982, 211 ss. (ma due scritti sull'*Enchiridion*, da cui sono tratte queste pagine, erano stati già pubblicati nel 1965). Secondo l'autore - le cui conclusioni appaiono equilibrate e convincenti - il frammento nasce da uno scritto pomponiano, di cui "doveva conservare, con alcuni tratti formali, l'interna struttura".

mantiene pressoché intatta. Cercherò, nelle pagine che seguono, di descrivere i mutamenti derivati dall'affermarsi del nuovo regime, attraverso le immagini che ne dà la *scientia iuris*. Mi soffermerò sul manuale di Gaio, per la singolare duplicità dei punti di vista che in esso si esprimono. Infatti, all'inizio della trattazione viene delineata una categoria di enunciati giurisprudenziali simili a prescrizioni autoritative e sottratti ai dubbi, alle discussioni. Essi provengono da alcuni giuristi, a cui gli imperatori attribuiscono il potere di creare diritto. Ma questo è soltanto un inquadramento teorico. Quando il giurista antoniniano passa all'esame dei singoli argomenti, la preminenza dei giuristi scelti dai *principes* non sembra più rilevante e le numerose opinioni dei *prudentes* che vengono considerate ci appaiono tutte sullo stesso piano, ugualmente controvertibili, senza priorità fissate dall'esterno.

## 2. Dal *publice respondere* ai giuristi funzionari.

Pomponio racconta i mutamenti istituzionali del principato e tra questi una novità introdotta da Augusto nel lavoro della *iurisprudencia*:

“Si sappia di passaggio che, prima dell'età di Augusto non veniva concesso da parte dei principi il potere di dare responsi in forma pubblica (*publice respondendi ius*), ma coloro che avevano fiducia nei propri studi davano responsi a chi li consultava, e non consegnavano in ogni caso responsi autenticati da sigillo, ma per lo più scrivevano loro stessi ai giudici, oppure coloro che li avevano consultati attestavano il responso. Il divo Augusto, per primo, affinché l'autorità dei giuristi fosse in maggiore considerazione, stabilì che dessero responsi sulla base della sua autorità; e da quel tempo si cominciò a richiedere ciò come la concessione di un beneficio”.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> D. 1.2.2.49 (Pomp. *sing. ench.*): *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsis scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus Augustus, ut maior iuris <peritorum> auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit...* (la proposta di integrazione con il genitivo *peritorum*, del tutto convincente, è di Ferrini). Il seguito del testo è trascritto nella nota 37. Sull'intera problematica dello *ius respondendi ex auctoritate principis* vedi C. A. CANNATA, *'Iura condere'. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e*

L'avverbio *publice* indica la qualità dei *responsa*. E' una parola usata con due diverse accezioni. Da un lato può riferirsi al fatto che i *responsa* sono rivolti al popolo; dall'altro può marcare la loro ufficialità, stabilita dal *princeps*. Nella prima e più generale accezione, *publice respondere* significa rendere un parere utilizzabile da chiunque e non confinato entro un solo giudizio (il che già avveniva in età repubblicana); nella seconda specificamente significa - come mostrano le fonti - enunciare un'opinione che trae forza dall'autorità del *princeps*.<sup>10</sup> E' il nuovo potere di fatto, che è al vertice dell'ordinamento e di cui alcuni giuristi sono resi partecipi.

---

*'auctoritas principis'*, in *'Ius controversum' e 'auctoritas principis'*, cit., 27 ss. (= *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino 2012, 507 ss.). Circa le diverse vedute nella intricata letteratura degli ultimi due secoli, 34 ss. (= 512 ss.). Chi, tra gli autori richiamati, dà un maggiore peso allo *ius respondendi* (come A. MAGDELAIN, *Ius respondendi*, in RH, IV série, 28, 1950, 1 ss.) vede in esso l'inaugurazione di una scienza giuridica ufficiale e tende a considerare pressoché tutti i giuristi del principato - almeno coloro i cui frammenti sono conservati nel Digesto - automaticamente muniti di questa patente imperiale. Così pensava anche Giustiniano. Altri immaginano una portata molto più ristretta. La visione riduttiva si trova ampiamente rappresentata e motivata in F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. di G. Nocera sull'edizione tedesca del 1961, Firenze 1968, 202 ss. Esclude radicalmente l'esistenza dello *ius respondendi* nel principato F. CANCELLI, *Il presunto 'ius respondendi' istituito da Augusto*, in BIDR, 90, 1987, 543 ss. Vedi anche le considerazioni, sugli stessi testi che qui si esaminano, di E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in SDHI, 63, 1997, 1 ss., spec. 3 ss., sul rapporto tra scuole e *ius respondendi*.

<sup>10</sup> Sul primo dei significati, cfr. M. TALAMANCA, *Intervento*, in *'Ius controversum' e 'auctoritas principis'*, cit., 63: "... Il termine fa pensare al *publice profiteri* di Tiberio Coruncanio, prima del quale *publice professum neminem traditur* (Pomp., *sing. ench.* D.1.2.2.35)". Si parla quindi di insegnamento pubblico (rivolto al *populus*, o meglio a chi nell'ambito della comunità si avvicina alla conoscenza del diritto), ma prima di Tiberio la prassi delle consultazioni, miranti alla risoluzione di controversie, era già diffusa: ... *ceteri autem ad hunc vel in latentis ius civile retinere cogitabant vel solebant consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant* ... (§ 35). E' una proposizione nella seconda parte zoppicante, forse rimaneggiata. L'originale potrebbe essere: ... *vel solebant consultatoribus potius quam discere volentibus se praestare* ... D'altro canto, lo stesso Tiberio viene ricordato come autore di responsi ... *post hos fuit Tiberius Coruncianus, ut dixi, qui primus profiteri coepit: cuius tamen scriptum nullum exstat, sed responsa complura et memorabilia eius fuerunt* ... (§ 38). Il dedicarsi ai responsi implica un rapporto giurista-popolo, che Pomponio già mette in luce a proposito di P. Sempronio, ricordato dopo Appio Claudio Cieco e Gneo Flavio, promotori della laicizzazione della giurisprudenza (su cui vedi D.1.2.2.7 e D.1.2.2.36, Pomp. *sing. ench.*). Sempronio, console nel 304 e membro del collegio pontificale dal 300, sarebbe stato dal popolo chiamato σοφός (saggio). Egli era più anziano di Tiberio Coruncanio: circa vent'anni li dividevano. Cfr. D.1.2.2.37 (Pomp. *sing. ench.*): *Fuit post eos maximae scientiae Sempronius, quem populus*

Una comune terminologia (ove è centrale il binomio *populus-publicum*) abbraccia sia soluzioni normative messe a disposizione di tutti<sup>11</sup> e adottabili in una serie di casi simili, sia responsi di *prudentes* vicini all'imperatore, cui egli stesso concede una sorta di "patente". La prima delle due accezioni nasce in epoca repubblicana, ma continua durante il principato<sup>12</sup>. Alla fine prevale sull'altra, quando la "patente" - come l'aveva concepita Augusto - viene meno.<sup>13</sup>

Il passo di Pomponio non definisce gli effetti determinati entro l'applicazione dello *ius* e nelle liti dal legame tra l'autorità imperiale e le opinioni dei giuristi prescelti; ma è evidente che queste, rafforzate da un sostegno politico senza uguali, peseranno sui provvedimenti pretori e sui giudizi.<sup>14</sup>

Sono gli stessi giuristi che chiedono al *princeps* la concessione del potere di dare responsi in base alla sua autorità. Sanno che ciò darà

---

*Romanus* σοφόν *appellavit, nec quisquam ante hunc aut post hunc hoc nomine cognominatus est.* Va inoltre ricordata la notizia che riguarda Scipione Nasica: anch'egli dedito ad un'attività rivolta al pubblico: ... *Gaius Scipio Nasica, qui optimus a senatu appellatus est: cui etiam publice domus in sacra via data est, quo facilius consuli posset.* Ancora, a proposito di Aquilio Gallo, leggiamo: ... *ex quibus Gallum maxime auctoritatis apud populum fuisse Servius dicit* (D. 1.2.2.42, Pomp. *sing. ench.*). In questa proposizione il rapporto giurista-popolo è tutt'uno con l'*auctoritas*. Il quadro è naturalmente repubblicano e l'*auctoritas* è un valore interno alla giurisprudenza. Sul secondo significato di *publice* o *populo respondere*, come attività praticata sulla base della concessione imperiale (e quindi con un ascendente sugli operatori giuridici - pretori e *iudices* - che assume un valore politico, oltre la scienza) vedi D. 1.2.2.49-50 (Pomp. *sing. ench.*).

<sup>11</sup> Questo è il destino dei *responsa signata*. Il sigillo personale dell'autore attesta la loro provenienza. Ugualmente rivolti a chiunque sia interessato ad usarli sono i responsi contenuti nei libri.

<sup>12</sup> Si vedano in proposito due esempi, sui quali tornerò: il *publice respondere* riferito a Labeone (che non credo si avvalga del sostegno di Augusto) e quello di *Nerva filius* (che - Ulpiano rammenta - *fertur publice de iure responsitasse* intorno all'età di diciassette anni: troppo giovane per avere già ricevuto lo *ius respondendi*). Cfr. Gell. 13.10.1 e D. 3.1.1.3 (Ulp. 6 *ad ed.*)

<sup>13</sup> Come vedremo il *populo respondere* di cui parla Adriano e che dichiara aperto a tutti coloro i quali intendano dedicarsi alla giurisprudenza (D. 1.2.2.49, Pomp. *sing. ench.*) non è altro se non la ripresa del rapporto diretto giuristi-popolo già sperimentato in età repubblicana. Nel secondo secolo, i giuristi sono attratti negli apparati imperiali; ma per i loro responsi non vi è più alcuna "patente".

<sup>14</sup> Vedi M. TALAMANCA, *Intervento*, cit., 64: "... l'*auctoritas principis* è oggetto di un trasferimento da parte dell'imperatore: meglio di un'attribuzione dell'*auctoritas*, istituzionale o personale che sia, di cui gode il *princeps*, al giurista, che ne usufruisce nel momento in cui impartisce i suoi *responsa* ...".



loro prestigio: un supporto esterno alla persuasività dei ragionamenti. Ne nasce un *beneficium*, non condizionato all'assunzione di determinati indirizzi di politica del diritto da parte dei destinatari.

Le notizie sulla concessione imperiale sono scarse. Tutto incomincia con Augusto, che ricollega direttamente alla propria *auctoritas* l'inedito primato attribuito ad alcuni giuristi. Dobbiamo seguire proprio le tracce dell'*auctoritas* riferita ai *prudentes* o comunque di proposizioni che evocano un potere di questi derivante dalla politica, per individuare quali siano state verosimilmente le applicazioni dello *ius respondendi*.<sup>15</sup> Mi pare che queste tracce giungano fino agli anni 70 del primo secolo d.C.

Non risulta in modo inequivoco il rapporto di ciascun giurista con l'*auctoritas principis* né quali siano i primi e quali gli ultimi muniti di *ius respondendi*. Ciò rende più difficile la nostra ricerca. Vengono richiamate nel testo di Pomponio due statuizioni: una di Augusto, che ho già citato, ed un'altra conclusiva di Adriano, che esaminerò tra poco e che sembra aver definitivamente soppresso il *beneficium*. Tra i due momenti si svolge una storia, di cui abbiamo soltanto indizi; ma l'applicazione dello *ius respondendi* vi è stata e si è protratta nel tempo: perciò è legittimo attribuire un valore a quegli indizi.

La scrittura dell'*Enchiridion* giunta fino a noi appare complessivamente elusiva. La stessa novità che assume il concetto di *auctoritas* dopo la fine della repubblica risulta quasi dissimulata in una narrazione ove campeggia la continuità. E' questo un aspetto che credo riferibile direttamente al racconto di Pomponio, non alle successive manipolazioni. La genealogia degli autori<sup>16</sup> è infatti teoricamente distinta dalle vicende dello *ius* come delle magistrature e si snoda attraverso schemi linguistici uniformi. I giudizi di valore sui singoli solo di rado lasciano trasparire le differenze nel tempo, il mutare delle situazioni.

---

<sup>15</sup> Seguendo questa via, si allarga il novero dei giuristi ai quali può essersi riferita la concessione imperiale. Sottolineo il ricorrere di espressioni nel frammento pomponiano circa l'amicizia con gli imperatori, la concessione (imperiale) del *publice respondere*, il riconoscimento di una maggiore *auctoritas* o di un maggiore potere rispetto agli altri *prudentes*, fino a Celio Sabino. La mia ipotesi è che intorno alla fine del secolo il rapporto fra i giuristi e la politica si incanali esclusivamente nell'accesso a cariche pubbliche rilevanti e ai *consilia*.

<sup>16</sup> *Auctorum successio*: cfr. D. 1.2.2.13 (Pomp. *sing. ench.*).

Per l'*auctoritas iurisperitorum* vale una duplicità di significati analoga a quella che abbiamo osservato nel *publice respondere*. Entrambe le nozioni in alcuni tratti della narrazione prescindono dall'investitura imperiale; in altri dipendono da essa. Ecco la base semantica della continuità.

Così quando Pomponio usa la parola *auctoritas* a proposito di Aquilio Gallo, di Alfenio Varo e di Aulo Ofilio, che lavorano in anni anteriori al principato, designa un carattere intrinseco alla loro opera (l'autorevolezza), non un primato derivante da decisioni del potere politico<sup>17</sup>. Poco dopo, la stessa parola ricorre con un senso diverso, ad indicare una proiezione della potenza di Augusto: qualcosa che egli trasmette ai rispondenti.<sup>18</sup>

La successione storica dall'*auctoritas* dei giuristi repubblicani laici a quella proveniente dal *princeps* non è tematizzata: manca una specificazione del termine nei diversi momenti. Ciò rende ambiguo il testo, specie nel tratto ove sono illustrate le posizioni di Labeone e Capitone<sup>19</sup>. Siamo già nel regime augusteo: i due sono messi sullo stesso piano da Pomponio, in un elogio quasi rituale, sebbene abbiano seguito vie politiche opposte, con risultati scientifici non di uguale livello. L'*auctoritas* di Labeone, giurista dalla produzione più innovativa e duratura, è ancora piena di valori repubblicani; mentre quella di Capitone, non sorretta da un'opera altrettanto ampia ed originale, si fonda sul sostegno dell'imperatore.<sup>20</sup>

Vi è ora una massima divaricazione entro la giurisprudenza. Eppure Pomponio usa lo stesso schema per entrambi, sapendo che *auctoritas* può riferirsi alla scienza ed al suo valore autonomo, ma contemporaneamente anche alla nuova politica.

“... Dopo costui (Quinto Tuberone) ebbero la massima autorità Ateio Capitone, che seguì Ofilio, e Antistio Labeone, che fu allievo di

<sup>17</sup> D. 1.2.2.42 (cit. *supra*, nt. 10) e 44 (Pomp. *l. sing. ench.*). A proposito di Alfenio Varo ed Aulo Ofilio, leggiamo: ... *ex his auditoribus plurimum auctoritatis habuit Alfenius Varus et Aulus Ofilius* ...

<sup>18</sup> D. 1.2.2.49 (Pomp. *l. sing. ench.*), già citato (*supra*, nt. 9).

<sup>19</sup> Sui quali vedi W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, 114 s.

<sup>20</sup> Vedi R. A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire*, München 1989, 27 ss.; 49 ss.

tutti questi ma venne introdotto agli studi da Trebazio. Tra questi Ateio fu console; Labeone, pur essendogli stato offerto da Augusto il consolato affinché fosse eletto come supplente, non volle accettare la carica, ma si dedicò moltissimo agli studi. Aveva diviso l'intero anno in modo da stare a Roma sei mesi con gli studiosi e da ritirarsi sei mesi, dedicandosi a scrivere libri. Sicché lasciò quattrocento volumi, molti dei quali vengono ancora arrotolati e srotolati tra le mani dei lettori. Questi due giuristi per la prima volta costituiscono qualcosa di simile a due gruppi differenziati di seguaci: infatti, Ateio Capitone perseverava in ciò che gli era stato tramandato, mentre Labeone, per la qualità dell'ingegno e per la fiducia nella propria dottrina, essendosi dedicato anche ad altri campi del sapere, diede avvio a molteplici innovazioni”<sup>21</sup>.

L'antagonismo è interamente ricondotto ai contenuti della scienza. Il rapporto tra Labeone ed Augusto è accennato, ma senza esporre le ragioni politiche che hanno spinto il giurista a rifiutare il consolato. La scelta coincide con un impegno assorbente nello studio, che occupa gran parte della sua vita.

Per sei mesi all'anno, preferisce l'isolamento e il lavoro intellettuale; quando è a Roma, ricerca il rapporto con altri studiosi, fuori dalla sfera istituzionale. Una simile organizzazione del tempo e del lavoro non è neutrale. Così egli rifiuta la politica, dominata dal potere augusteo. Rifiuta di obbedire. Ciò emerge da due testi diversi, uno di Tacito l'altro di Aulo Gellio, che contrappongono Labeone a Capitone, cogliendo più chiaramente di quanto non faccia Pomponio l'alternativa ideale che i due incarnano. Secondo Tacito, da un lato vi

---

<sup>21</sup> D.1.2.2.47 (Pomp. *sing. ench.*): *Post hunc maximae auctoritatis fuerunt Ateius Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo, qui omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio. ex his Ateius consul fuit: Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit: et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret. itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.* Su questo passo e sulle altre testimonianze circa la personalità e la fama di Labeone, vedi M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 127 ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 269 ss.

è l'*incorrupta libertas* labeoniana, dall'altro l'*obsequium dominantibus* di Capitone. Al secondo, più disponibile, "Augusto aveva reso più rapido l'accesso al consolato": l'offerta in questo caso era stata accolta ed era il segno di una convergenza.<sup>22</sup>

Gellio inoltre riporta direttamente un giudizio tratto da una lettera di Capitone, che reputava eccessivo ed insensato il concetto di libertà professato dal suo avversario, chiuso entro i confini della tradizione repubblicana, proprio nel momento in cui il dominio del *princeps* si era ormai consolidato.<sup>23</sup>

Insomma, la differenziazione politica è chiara; ma come gioca sullo *ius respondendi*? Pomponio dice che entrambi i giuristi (da cui sorgono opposte *sectae*) hanno avuto la massima autorità. Vi è stata, alla base di questa autorità, un'investitura da parte dell'imperatore?

La risposta può essere affermativa per Capitone, che "ebbe - sottolinea Tacito - nella città una posizione di primo piano per gli studi giuridici",<sup>24</sup> probabilmente originata dall'appoggio del *princeps*. Invece, è assai difficile ammettere che si sia realizzata una trasmissione di *auctoritas* da Augusto a Labeone e che questi sia in qualche misura associato al potere imperiale.

Escluderei anzitutto che Labeone abbia chiesto un favore al *princeps*, come la concessione dello *ius respondendi*, secondo la prassi evocata da Pomponio. D'altra parte, quale convenienza avrebbe Augusto nel conferire questa prerogativa ad un oppositore? Potrebbe essere il frutto di un calcolo, come l'offerta del consolato: un

---

<sup>22</sup> Tac., *ann.* 3.75. È ricordato *Capitus Ateius ... principem in civitate locum studiis civilibus adsecutus, sed avo centurione Sullano, patre praetorio*. Subito si delinea il confronto con Labeone: *... consulatum ei adceleraverat Augustus, ut Labeonem Antistium isdem artibus praecellentem dignatione eius magistratus anteiret*. Il giudizio di Tacito è netto: nel campo degli studi, Labeone supera il suo rivale, a cui la carica consolare viene offerta prima. *namque illa aetas duo pacis decora simul tulit: sed Labeo incorrupta libertate et ob id fama celebratior, Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur. illi, quod praeturam intra stetit, commendatio ex iniuria, huic, quid consulatum adeptus est, odium ex invidia oriebatur*.

<sup>23</sup> Gell. 3.12.1-2: *In quadam epistula Atei Capitonis scriptum legimus Labeonem Antistium legum atque morum populi Romani iurisque civilis doctum adprime fuisse. 'Sed agitabat' inquit 'hominem libertas quaedam nimia atque vecors usque eo, ut divo Augusto iam principe et rempublicam obtinente ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod iussum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset' ...* Augusto ha nelle proprie mani la repubblica: non è saggio ignorare questo dato irrevocabile.

<sup>24</sup> ... *Principem in civitate locum studiis civilibus adsecutus*.

tentativo di accorciare le distanze ed includere il giurista nella cerchia imperiale. Ma tutto ciò che sappiamo su Labeone (a cominciare dal rifiuto dell'ufficio consolare) rende improbabile una simile alleanza. I responsi che pronunzia, indirizzati al popolo (cioè destinati all'uso di chiunque appartenga al popolo) e di cui Aulo Gellio conserva il ricordo, non hanno quindi l'avallo imperiale<sup>25</sup>. L'espressione *publice responsitare* va intesa per lui nello stesso significato che poteva avere entro la giurisprudenza repubblicana.

La verità è che la proposta di assumere una magistratura svuotata di potere reale ed istituzionalmente subalterna al *princeps* - come il consolato - è molto meno impegnativa di una misura capace di rafforzare il prestigio del giurista e della sua opera. Mentre l'imperatore indirizza e controlla strettamente i consoli, che non hanno una forza politica autonoma, lo *ius respondendi* è una sorta di delega in bianco. Paradossalmente accresce l'indipendenza del giurista, invece di comprimerla. Conferisce ai pareri che vengono espressi una maggiore capacità di orientare i giudizi, senza che il *princeps* possa in alcun modo condizionare le scelte interne al lavoro giurisprudenziale.

Perciò è irrealistica l'ipotesi di una concessione dello *ius respondendi* a Labeone.

In base a quel che narra Pomponio, il primo ad ottenere il *beneficium* è Sabino<sup>26</sup>. L'imperatore che glielo concede è Tiberio. Prendendo il testo alla lettera, non vi sarebbero esempi di questa

<sup>25</sup> Gell. 13.10.1: *Labeo Antistius iuris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit et consulentibus de iure publice responsitavit ...*

<sup>26</sup> D. 1.2.2.48 (Pomp. *sing. ench.*): *Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: nam posteaquam hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare tamen illi concessum erat.* Vedi A. STEINWENTER, *Massurius Sabinus*, in REPW, I, A, 2, Stuttgart 1920, 1600 s.; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 119 s. e R. A. BAUMAN, *Lawyers and Politics*, cit., 62 ss. Nel libro di Bauman, l'analisi serrata delle vicende politiche che coinvolgono Sabino, come quella relativa a Cassio Longino, fornisce tutti gli indizi circa l'alleanza con l'uno o l'altro imperatore della dinastia giulio-claudia. Queste relazioni conoscono alterne vicende: si ricordi il rapporto tra Nerva e Tiberio o la rottura tra Cassio e Nerone. Gli stessi indizi suggeriscono l'ipotesi che per un tratto di tempo lo *ius respondendi* funzioni come strumento di alleanza. Solo prendendolo sul serio e pensando ad un suo uso non sporadico, si spiega lo spazio che la concessione imperiale occupa nel frammento dell'*Enchiridion* (il giurista ricorda in proposito le statuizioni generali di Augusto e di Adriano). Del resto, il fatto che la concessione abbia avuto una certa diffusione nel primo secolo spiega anche l'impostazione teorica di Gaio, che vedremo tra poco, a proposito dei giuristi cui viene permesso dai *principes* di *iura condere*.

prassi sotto Augusto; eppure è proprio lui ad averla introdotta e deve aver designato qualcuno tra i *prudentes* che avevano con lui maggiore familiarità.

Secondo un'interpretazione corrente, Sabino non è stato il primo in assoluto: soltanto il primo appartenente all'*ordo equester* (condizione messa in luce nell'*Enchiridion*). Questa tesi è tuttavia, a sua volta, in contraddizione con un passo delle *Istituzioni* giustiniane, tratto probabilmente da un'altra opera di Pomponio, ove si parla di Trebazio (anch'egli dell'*ordo equester*)<sup>27</sup> e gli si attribuisce una particolare *auctoritas*. Ormai molto anziano, Trebazio è legato ad Augusto, come lo era stato a Cesare; ma adesso la parola *auctoritas* ha un significato che viene dal nuovo assetto politico ed è legata alla sua posizione di amico del *princeps*<sup>28</sup>. E' verosimile che Augusto, per la fiducia che ha nei suoi confronti, gli abbia conferito lo *ius respondendi*. Sappiamo anche che lo consulta, assieme ad altri giuristi, su una delicata questione di diritto ereditario e si fa persuadere da lui<sup>29</sup>.

Il legame di Augusto con Trebazio è una prova della collaborazione tra potere imperiale e giuristi dell'*ordo equester*, anteriore a Tiberio. Ciò conferma quanto sia insicuro il frammento tratto dall'*Enchiridion*, così come ora possiamo leggerlo. Forse

<sup>27</sup> Vedi P. SONNET, *C. Trebatius Testa*, in REPW, VI, A.2, Stuttgart 1937, 2251 ss., spec 2253 s.; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 28; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 87; 237 s.; M. D'ORTA, *La giurisprudenza tra repubblica e principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli 1990, 53 ss.

<sup>28</sup> Inst. 2.25 pr. L'ipotesi secondo la quale il passo proverrebbe dai *libri fideicommissorum* di Pomponio è sostenuta da M. A. FINO, *Contributo allo studio e alla palinogenesi dei 'libri de fideicommissis' di Pomponio*, in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano 2009, 35 ss., con richiami alla letteratura precedente. Ad avviso dell'autore, il sintagma *maxima auctoritas*, impiegato a proposito di Trebazio, ci riporta alla terminologia di Pomponio: "in tutta la compilazione ... ricorre solo in Inst. 2.25 pr. (dove definisce Trebazio ...), in Pomp. *l. s. ench.* D. 1.2.2.42 (dove esso è utilizzato per connotare, fra gli altri *auditores Mucii*, Aquilio Gallo) e in Pomp. *l. s. ench.* D. 1.2.2.47 (dove è utilizzato per caratterizzare, come risaputo, le figure di Labeone e di Capitone)". Dobbiamo tener presente che nel testo dell'*Enchiridion* l'idea di *maxima auctoritas* assume un doppio significato (prima di Augusto l'autorità nasce dai giuristi; dopo, è conferita loro dal *princeps*). Si può dire che quel sintagma sia un precipitato semantico della continuità entro cui Pomponio pensa la giurisprudenza. Egli mette tra parentesi come cambino (nei tempi della politica) i referenti del prestigio riconosciuto ai giuristi e l'*auctoritas* gli serve quale parola comune per vicende e posizioni diverse.

<sup>29</sup> Vedi A. METRO, *Studi sui codicilli*, I, Milano 1979, 18 ss.; e V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi da Augusto a Vespasiano*, Bari 1993, 49 ss.

originariamente il testo descriveva in modo più analitico le scelte degli imperatori e forse segnalava soltanto che Sabino era stato il primo designato da Tiberio, nel quadro di una ripresa e di un allargamento della prassi già avviata dal suo predecessore.

\* \* \*

L'*Enchiridion* ci offre altre informazioni. A proposito di Cocceio Nerva, Pomponio afferma: *Caesari familiarissimus fuit*<sup>30</sup>; e possiamo supporre che sottintenda anche in questo caso la concessione da parte di Tiberio dello stesso *beneficium* dato a Sabino. Pomponio ricorda le *dissensiones* tra i due, che dovevano manifestarsi anche all'interno dei processi. In questo caso lo *ius controversum* coinvolgeva giuristi patentati.

E' inoltre assai probabile che l'espressione *plurimum auctoritatis in civitate habuit*, riferita a Cassio Longino, di cui risultano i legami politici con Tiberio, segnali la concessione dello *ius respondendi*<sup>31</sup>. Identico mi pare il senso delle parole *Proculi auctoritas maior fuit, nam etiam plurimum potuit*, che rimandano ad un potere e quindi alla sfera della politica<sup>32</sup>. Il testo afferma la superiorità di questo giurista rispetto a *Nerva filius* e ad un *alius Longinus*, negli stessi anni rappresentante della scuola sabiniana. Mentre la testimonianza di Ulpiano, che raffigura *Nerva filius* (posto da Pomponio in sottordine rispetto a Proculo) come una specie di *enfant prodige* impegnato giovanissimo nell'attività di *publice respondere*, è da intendersi con riferimento ai pareri dati in pubblico e non a quelli assistiti dall'*auctoritas principis*.<sup>33</sup>

Anche il successore di Cassio, Celio Sabino sembra aver avuto un sostegno dall'imperatore Vespasiano; l'espressione usata nell'*Enchiridion*

---

<sup>30</sup> D. 1.2.2.48 (Pomp. *sing. ench.*). Vedi Tac., *ann.* 6.26. Cfr. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 120.

<sup>31</sup> D. 1.2.2.51 (Pomp. *sing. ench.*).

<sup>32</sup> D. 1.2.2.52 (Pomp. *sing. ench.*). Vedi H. HAUSMANINGER, *Proculus v. Labeo*, in *ILR*, 29, 1995, 130 ss.

<sup>33</sup> D. 3.1.1.3 (Ulp. 6 *ad ed.*).

è *plurimum potuit*: la medesima usata per Proculo<sup>34</sup>.

A quest'ultimo succede Pegaso: il suo potere va oltre la sfera della giurisprudenza, essendo egli nominato *praefectus praetorio* da Vespasiano.<sup>35</sup> Il rapporto tra giuristi e politica è ora ad una svolta: essi ricoprono (sempre di più) uffici pubblici o sono consulenti del *princeps* e lo *ius respondendi* tramonta.

Per tutto il periodo in cui esso è ancora in uso, i giuristi che ne sono privi conservano uno spazio autonomo di attività. Non si spiegherebbe altrimenti l'incidenza nella prassi delle soluzioni proposte da Labeone, politicamente estraneo all'élite augustea.

Con il declino del *beneficium* imperiale, intorno alla fine del primo secolo, si impone nuovamente un modello di giurisprudenza in cui la selezione è soprattutto scientifica. I giuristi intrattengono rapporti con gli apparati imperiali, eppure non vi è una gerarchia *a priori* tra le loro opinioni, in ragione del ruolo politico e delle attività pubbliche che svolgono.

“Davvero io non ho nulla da comandare” afferma Giavoleno Prisco, secondo un aneddoto narrato da Plinio il giovane nel suo epistolario<sup>36</sup>. Nega così di poter dare prescrizioni cogenti. L'episodio

---

<sup>34</sup> D. 1.2.2.53 (Pomp. *sing. ench.*). Cfr. in proposito W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 123 s. L'autore riconosce un significato comune alle formulazioni riguardanti Cassio, Proculo e Celio Sabino. In particolare, mette in luce il collegamento, nel passo su Proculo (§ 52), tra il *plurimum posse* e *l'auctoritas* del giurista. Conclude con una citazione: "Mit Recht sagt daher Cuiacius zu der Stelle (*De orig. iuris et iuris auctorit. ex enchiridio Pomp.*): *accedit ad doctrinam commendatio ex potentia*".

<sup>35</sup> D. 1.2.2.53 (Pomp. *sing. ench.*).

<sup>36</sup> Plinius, *Epistulae*, 6, 15. La lettera è indirizzata al senatore Voconio Romano. L'intero racconto è segnato da espressioni che sottolineano il carattere singolare ed emblematico delle parole attribuite a Giavoleno. Plinio non le ha ascoltate, ma ne ha avuto notizia. Il fatto era oggetto di una *fabula*. Dev'essere sembrato curioso e perciò da raccontare quanto aveva solennemente dichiarato il giurista, durante una pubblica lettura di elegie da parte del suo amico Passeno Paolo: *ego vero non iubeo*. Aveva allontanato da sé ogni immagine di autorità. Il testo lo mette in luce: *Mirificae rei non interfuisi, ne ego quidem; sed me recens fabula excepit. Passenus Paulus, splendidus eques Romanus et in primis eruditus, scribit elegos. gentilicium hoc illi: est enim municeps Properti atque etiam inter maiores suos Propertium numerat. is cum recitaret, ita coepit dicere: 'Prisce, iubes...' ad hoc Iavolenus Priscus (aderat enim ut Paulo amicissimus): 'ego vero non iubeo'. cogita, qui risus hominum, qui ioci! est omnino Priscus dubiae sanitate, interest tamen officii, adhibetur consiliis atque etiam ius civile publice respondet: quo magis, quod tunc fecit, et ridiculum et notabile fuit. Interim Paulo aliena deliratio aliquantum frigoris attulit. tam sollicitate recitaturis providendum est, non solum ut sint ipsi sani, verum etiam ut sanos adhibeant.*



risale probabilmente agli anni in cui ha inizio l'impero di Traiano (che sale al potere nel 98). Il riferimento - nel testo - ai *consilia principis* di cui Giavoleno è partecipe può anche riguardare il principato di Domiziano o di Nerva. Vi è un'enfasi evidente nel racconto: la dichiarazione citata appare in contrasto con gli impegni assunti da Giavoleno negli ultimi decenni del primo secolo. E' stato console nell'83 e più tardi governatore della Siria e dell'Africa. Com'è possibile dire, se si tiene conto dei suoi *officia*, che a lui non appartenga il comando? Plinio mette in relazione il *non iubeo* con l'attività propria del giurista (il *respondere* e il far parte di *consilia principis*).

Gli sembra che la frase di Giavoleno sia del tutto stravagante, poiché è un uomo di potere a pronunziarla. Essa esibisce un atteggiamento di modestia e forse allude alla problematicità del lavoro giurisprudenziale.

\* \* \*

Si vede un momento di svolta nella rievocazione di Pomponio, quando egli esamina la posizione di Adriano e narra come questo imperatore, richiamando una pratica già diffusa per cui i giuristi davano pareri in pubblico senza autorizzazioni, abbia definitivamente sbarrato la strada allo *ius respondendi*. Dirò tra un momento perché interpreto così il testo.

“E' per questo che l'ottimo principe Adriano, chiedendogli alcuni uomini di rango pretorio che fosse consentito loro di dare responsi, rispose con un rescritto che ciò non veniva usualmente richiesto, ma soleva essere praticato e perciò era lieto se qualcuno, avendo fiducia in se stesso, si preparava a dare responsi al popolo”.<sup>37</sup>

---

L'interruzione imprevista di Giavoleno e le risate dei presenti hanno l'effetto di raffreddare la lettura dei versi. Il giurista ha mostrato, secondo Plinio, una *dubia sanitas*, non solo perché è intervenuto bruscamente durante la *recitatio*, ma soprattutto per quello che ha detto.

<sup>37</sup> D. 1.2.2.49 (Pomp. *sing. ench.*): ... *et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se <si> populo ad respondendum se praepararet.*

Tutti coloro che vogliono dare responsi sono esortati a prepararsi, indipendentemente dalla concessione imperiale di una *maior auctoritas*, e a formulare soluzioni normative per i casi controversi.

Adriano registra una situazione di fatto che appartiene ai suoi anni e che è diversa dalla prassi augustea: una consuetudine, evocata con l'espressione *non peti sed praestari solere*.<sup>38</sup>

A chi si riferisce il verbo *praestari*? Indica un'attività autorizzatoria disposta unilateralmente dal *princeps* ed in grado di determinare una gerarchia tra i *prudentes*, o designa il *respondere* dei giuristi, rivolto agli utenti del diritto?

La prima ipotesi interpretativa limita il senso del rescritto al rigetto e alla messa al bando delle richieste. Adriano in sostanza riaffermerebbe la pratica del *beneficium*, sottolineandone la unilateralità. La seconda ipotesi, invece, fa coincidere direttamente il *praestari* con il lavoro giurisprudenziale. L'imperatore registrerebbe il superamento dello *ius respondendi*, segnalando come una prassi diffusa il fatto che i *prudentes* si misurino direttamente con la risoluzione di problemi giuridici nascenti dalle controversie, senza chiedere nulla al *princeps*. Questo specifico significato trova un riscontro nel linguaggio ciceroniano, cui Pomponio si rifa più volte. Ricordo che in un passo del *De legibus* viene usato lo stesso verbo, proprio per indicare l'attività di consulenza svolta dai giuristi a favore del *populus*.<sup>39</sup>

Provo ora a spiegare perché considero valida la seconda interpretazione.

Mi sembra inverosimile che Adriano, usando il verbo *praestari*, voglia definire un'attività del *princeps*: una concessione discrezionale dello *ius respondendi*, la cui peculiarità consisterebbe nel non essere legata alle domande degli aspiranti. Se fosse questa la consuetudine (il *praestari solere*), dovremmo allora trovare nelle fonti qualche riscontro

---

<sup>38</sup> I due infiniti passivi *peti* e *praestari* hanno una collocazione simmetrica nel testo e sono collegati al *solere*. Il *licere respondere* (il poter dare responsi al popolo) non è usualmente - a quanto afferma Adriano - l'oggetto di un *petere* ma di un *praestare*.

<sup>39</sup> Cic., *leg.* 1.14 (a proposito dei responsi che si riferiscono alla pratica giuridica quotidiana e che appaiono meno importanti di uno studio teorico complessivo dello *ius civitatis*): ... *Nec vero eos, qui ei muneri praefuerunt* (il *munus*, come emerge dal contesto, è il *consulere*), *universi iuris expertis existimo, sed hoc civile, quod vocant, eatenus exercuerunt, quoad populo praestare voluerunt*. Vedi anche Cic., *Phil.* 7, 20: ... *curam, consilium vigilantiamque praestabo*.

dell'attribuzione del *beneficium*, disposta dall'imperatore durante l'età adrianea o nel periodo immediatamente anteriore

Invece, non vi è nulla di utile da segnalare.

Dunque, secondo il rescritto, i responsi possono essere dati pubblicamente, in quanto il giurista confidi nelle proprie capacità. *Fiducia sui*: il sintagma equivale alla *fiducia suorum studiorum*, propria della *iurisprudencia* prima di Augusto, e alla *fiducia doctrinae*, che accompagna Labeone. Ciascuno parte da se stesso e dai propri studi: non vi è più un'investitura dall'alto, volta a discriminare i prodotti dell' *interpretatio*.

Il rapporto tra i *prudentes* e l'autorità imperiale segue ora altre vie. Tra poco ne vedremo alcuni esempi. A partire dagli ultimi decenni del primo secolo e fino alla dinastia severiana, sono sempre più numerose le fonti che raccontano l'integrazione politica dei giuristi nel sistema di governo del principato. Un'integrazione che non ha bisogno dello *ius respondendi*. Non avviene più che i responsi di alcuni siano preventivamente ed in linea generale privilegiati. Contemporaneamente si rafforzano i *consilia principis*: collegi cui partecipano i più valenti esperti del diritto, chiamati a collaborare con i *principes* nell'attività normativa.<sup>40</sup>

\* \* \*

Gli ultimi casi di giuristi insigniti della patente imperiale si collocano (secondo gli indizi disponibili) durante l'impero di Vespasiano (69-79 d.C.). In questo stesso periodo, le carriere

---

<sup>40</sup> Si veda a proposito di Adriano, quanto scrive Elio Sparziano. SHA, *Hadrianus* 18.1: *Cum iudicaret, in consilio habuit non amicos suos aut comites solum sed iurisconsultos et praecipue Iuventium Celsum, Salvium Iulianum, Neratium Priscum aliosque, quos tamen senatus omnis probasset ...* Cfr. J. CROOK, *Consilium principis. Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian*, Cambridge 1955, 56 ss. L'autore mette in discussione l'idea tradizionale del *consilium* come istituzione stabile, sorretta da regole di funzionamento uniformi (una sorta di "Conseil d'Etat"). Si tratta invece di collegi informali, che assumono un peso poiché attraverso il loro lavoro si forma la volontà imperiale. Ma è proprio questa la ragione del collegamento tra i giuristi prescelti e la struttura pubblica di vertice. Con Adriano la prassi dei *consilia* si rafforza. Dal libro di Crook prende le mosse F. AMARELLI, *Consilia principum*, Napoli 1983, 36 ss. che accentua l'aspetto informale. Vedi in proposito J. GAUDEMET, *Rec. a F. Amarelli, Consilia principum*, in IURA 34, 1983, 175 ss. (nel corso degli anni si constata una tendenza alla regolarità nella formazione di questi consigli).

pubbliche dei *prudentes* stanno cambiando natura: non sono soltanto interne al *cursus honorum* di tradizione repubblicana, ma si spostano decisamente verso gli apparati imperiali, di cui i *consilia* rappresentano una propaggine rilevante, se pure non compiutamente istituzionalizzata.<sup>41</sup>

Il fatto che un giurista colto come Pegaso sia stato intorno al 70 console, come altri precedentemente, ma poi sotto Vespasiano sia giunto al grado di *praefectus urbi* (una figura di funzionario tipica del principato) non è che un sintomo del ruolo pubblico inedito che i giuristi stanno assumendo nell'organizzazione imperiale. Gli stessi elementi di novità si possono cogliere nella biografia di Giavoleno Prisco: governatore di due province, entra nel *consilium* di Traiano con le esperienze e le responsabilità dell'uomo di governo, oltre che con le conoscenze dello studioso. Sono analoghe le posizioni di Nerazio Prisco, governatore della Pannonia, in seguito membro del *consilium* di Traiano e di Adriano, di Iuvenzio Celso junior, governatore della Tracia e membro del *consilium* di Adriano; e poi ancora di Aburnio Valente, di Sesto Cecilio Africano, di Pactumeio Clemente.

Il giurista più importante del *consilium* di Adriano è Salvio Giuliano, cui saranno assegnate cariche politiche anche sotto gli Antonini. L'ingresso nel collegio che affianca il *princeps* non è per lui un coronamento, ma un onore acquisito presto, al quale ne seguono altri. Quel che sembra certo è che lo *ius respondendi* non entra più in gioco. Non risulta concesso né a lui né ai suoi contemporanei, né a coloro che seguono. I giuristi più autorevoli, fino agli ultimi grandi di età severiana, verranno coinvolti negli uffici e nelle attività di governo, pur continuando ad esercitare la *scientia iuris*, a scrivere libri e a marcare così la propria autonomia di intellettuali rispetto agli apparati.

### 3. Gaio e lo *ius respondendi*.

Il testo delle *Istituzioni* di Gaio, nella parte in cui descrive l'opera della giurisprudenza, è molto diverso da quello di Pomponio ed

---

<sup>41</sup> Vedi F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 189 ss. Prende le mosse da Pegaso, per tracciare, sulla base di uno spoglio ampio di fonti, una serie di profili di giuristi in vario modo coinvolti in compiti diretti di amministrazione ed operanti nell'orbita degli uffici imperiali.

assegna un rilievo più incisivo allo *ius respondendi*. Non rievoca la genesi del meccanismo selettivo, di cui abbiamo visto alcuni aspetti. Piuttosto, lo assume come base di un discorso teorico e non tiene in alcun conto le trasformazioni del ruolo dei giuristi, il loro impegno entro le istituzioni imperiali né il ruolo dei *consilia*.

L'obiettivo che Gaio persegue, nell'esordio della sua opera didattica, è fissare un catalogo dei modi di produzione del diritto. In esso non risultano incluse le soluzioni della giurisprudenza, viste nel loro insieme, ma soltanto i responsi di alcuni autori, cui l'investitura del *princeps* conferisce una particolare forza normativa.

E' una mappa esauriente quella che il giurista cerca di comporre e dobbiamo perciò ripercorrerla nel suo insieme.<sup>42</sup> La vicenda dello *ius respondendi* si risolve all'interno di una rappresentazione sincronica degli *iura populi Romani*:<sup>43</sup> è alla base di una nuova e drastica divisione della giurisprudenza.

L'avvio del discorso non potrebb'essere più semplice: "I diritti del popolo romano derivano dalle leggi, dai plebisciti, dai senatoconsulti, dalle costituzioni dei principi, dagli editti di coloro che hanno il potere di emanarli, dai responsi dei giuristi"<sup>44</sup>.

Una enumerazione che affianca figure strutturalmente diverse, con origini e storie separate, ma anche con una diversa presa sulla prassi giuridica contemporanea a Gaio. Subito dopo, ciascuno dei modi di produzione del diritto viene più analiticamente preso in esame e possiamo vedere chiaramente quale sia il legame concettuale che li tiene insieme e che è comune a tutti.

<sup>42</sup> Su questo punto vedi F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo* (1966), in *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, I, Napoli 2000, 17 ss.

<sup>43</sup> Una realtà in divenire, quale quella dei modi di produzione del diritto, è vista in un quadro senza tempo: in una ideale contemporaneità.

<sup>44</sup> Gai. 1.2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edicta eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*. Da questa classificazione restano fuori i *mores*, menzionati soltanto all'inizio della trattazione gaiana, accanto alle *leges* e distinti da queste. In realtà, tutto l'elenco degli specifici modi di produzione del diritto, compresi nella categoria *iura populi Romani*, presuppone il riferimento ad una qualche autorità alla quale gli *iura*, più o meno direttamente, possano ricollegarsi. La genesi dei *mores* è più complessa e non rientra nella logica delle prescrizioni autoritative. Anche la giurisprudenza sfugge a questa logica e Gaio, per far quadrare i conti, definisce come creatori di *ius* soltanto i giuristi designati dal *princeps*.

“La legge è ciò che il popolo ordina e dispone. Il plebiscito è ciò che la plebe ordina e dispone. La plebe differisce dal popolo, in quanto il termine popolo indica tutti i cittadini, compresi i patrizi, mentre il termine plebe indica gli altri cittadini, con l'esclusione dei patrizi: un tempo perciò i patrizi affermavano di non essere tenuti a rispettare i plebisciti, poiché essi venivano emanati senza il loro assenso; ma in seguito fu emanata la *lex Hortensia*, la quale stabilì che tutto il popolo dovesse osservare i plebisciti: in tal modo, essi furono equiparati alle leggi. Il senatusconsulto è ciò che il senato ordina e dispone; esso ha valore di legge, anche se ciò fu oggetto di discussione. La costituzione del principe è ciò che l'imperatore dispone mediante un decreto, un editto o una lettera. Né si è mai dubitato che essa abbia valore di legge, giacché l'imperatore stesso assume l'impero in virtù di una legge. ... Hanno il potere di emanare editti i magistrati del popolo romano; ma il diritto più vasto è contenuto negli editti dei due pretori, il romano e il peregrino, mentre nelle province sono i presidi ad esercitare la giurisdizione che è propria dei due pretori. ... I responsi dei giuristi sono le decisioni e le opinioni di coloro a cui è stato concesso il potere di creare diritto. Ciò che essi decidono ottiene valore di legge, se tutti si trovano d'accordo sulla medesima decisione; se invece sono in disaccordo, è lecito al giudice seguire la decisione che preferisce; il che è stabilito in un rescritto del divo Adriano”.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Gai. 1.3-7: *Lex est quod populus iubet atque constituit. Plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit. Plebis autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur connumeratis etiam patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est ut plebiscita universum populum tenerent; itaque eo modo legibus exaequata sunt. Senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem optinet, quamvis furit quaesitum. Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani; sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbanus et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent; nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur. 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 dissentiant, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.*

I complessi giuridici (*iura populi Romani*) sono il prodotto di alcuni tipi - tassativamente identificati - di atti normativi, tutti dotati di forza vincolante e che si traducono in enunciati certi. La problematicità dello *ius civile* evocata da Pomponio è assente. Non vi è in questa parte dell'opera gaiana alcuna eco teorica del nesso indicato da Pomponio tra la *disputatio fori* e lo *ius quod venit compositum a prudentibus*.

Vi è piuttosto un'insistenza sulla normazione, intesa rigorosamente come comando. Di essa Gaio descrive le modalità, con un forte scarto teorico rispetto al primato tradizionale dei *mores*.

La *lex* si indirizza al popolo che l'ha prodotta. I plebisciti si applicano in origine soltanto ai plebei, ma dopo la *lex Hortensia* c'è una equiparazione alle *leges* e tutti i cittadini sono tenuti alla loro osservanza. Ai senatoconsulti viene attribuita una funzione pari a quella delle *leges*, pur ricordando l'esistenza di dubbi giurisprudenziali in proposito. Anche le costituzioni imperiali sono ricondotte alla *lex*, sia sotto il profilo funzionale sia sotto quello della legittimazione, in quanto il potere del *princeps* si considera originato proprio da una legge (la *lex de imperio*), secondo una visione formalistica, che occultata la profondità delle trasformazioni politiche. Il testo spiega poi l'ambito di applicazione degli *edicta*, per concludere trattando i responsi dei giuristi. E' evidente che i destinatari ultimi sono i giudici, i quali in base ad essi, dovranno pronunciare di volta in volta le proprie sentenze.

Osservo che per indicare la produzione delle *leges*, dei *plebiscita*, dei *senatusconsulta*, delle *constitutiones principum*, vengono impiegati i verbi *iubere* e *constituere*; essi denotano una volontà cogente che ha dietro di sé una figura istituzionale.

D'altra parte, anche negli *edicta* è evidente che ci troviamo di fronte ad enunciati normativi espressi da un'autorità pubblica: l'autoregolamentazione della discrezionalità pretoria vincola l'esercizio della *iurisdictio* e quindi integra o modifica la disciplina giuridica dei rapporti privati.

Infine, per quanto riguarda i *responsa prudentium*, il potere vincolante che viene loro assegnato (per cui sono compresi nel catalogo) ci appare subordinato ad un atto autoritativo dell'imperatore. Riappare il nesso tra la giurisprudenza e l'idea di comando, che Giavoleno dichiarava a sé estranea (*ego vero non iubeo*).

La definizione di Gaio è assai ristretta: “... I responsi dei giuristi sono le decisioni e le opinioni di coloro a cui è stato concesso (*permissum est*) il potere di creare diritto”. Ciò che si indica col verbo *permittere* non può che essere la manifestazione di una volontà, capace di dare più forza ai *responsa*.<sup>46</sup> Dal racconto di Pomponio emerge che si tratta della volontà imperiale ed è questa l'unica spiegazione sensata del passo gaiano.<sup>47</sup> Il permesso del *princeps* segna un confine e solo i responsi che stanno al suo interno vengono considerati come fattori di produzione normativa.

Comprendiamo meglio il significato della frase *quibus permissum est iura condere* alla luce della spiegazione fornita nelle *Istituzioni* di Giustiniano. In un'ottica lontana da quella del secondo secolo e più spiccatamente autoritaria, l'imperatore bizantino traccia una storia: ... *Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Cesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur*<sup>48</sup> ...

Lo *ius respondendi* è descritto come un'istituzione antica, remota, ma non estranea al presente. Da essa Giustiniano fa scaturire il *publice interpretari*: quello che appartiene al suo orizzonte ideologico e che implica un pieno assorbimento della giurisprudenza nel sistema di governo centrale. Egli immagina che a tutti gli *iurisconsulti*, da Augusto al terzo secolo, autori di responsi rivolti al popolo, sia stato dato un permesso imperiale. Riprende perciò l'impostazione di Gaio, estendendone la portata e riferendola all'insieme della giurisprudenza.

<sup>46</sup> Altri impieghi dell'espressione nel manuale di Gaio evocano un ordine al quale ci si atiene. Cfr. Gai. 4.25; 4.31; 4.52. *Permissum est* non indica una generica facoltà: qualcosa che è consentito compiere. Sottintende una fonte autoritativa di questo potere. Vi è sempre (nei testi citati) una disposizione alla quale si obbedisce o da cui ci si discosta. Cfr. A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 123 s.

<sup>47</sup> Sul verbo *permittere* usato dallo stesso Gaio per indicare una manifestazione della volontà imperiale, con cui si introduce una novità nel mondo giuridico, vedi D. 12.7.31 (Gai. 30 *ad ed. prov.*): *Admonendi sumus interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit ...* Tra gli altri impieghi del verbo riferito ai *principes*, da Vespasiano (D. 48.2.2.1, Pap. 1 *de adulteriis*) ai Severi (D. 1.9.3, Modest. 6 *regularum*), segnalo in particolare un testo nel quale si tratta della concessione di *honores*. D. 50.2.3.3 (Ulp. 3 *de off. proconsul.*): ... *divi Severus et Antoninus honores adipisci permiserunt ...*

<sup>48</sup> Inst. 1.2.8.



In realtà, l'intera tradizione che regge il *vetus ius*, da cui sono tratti i *Digesta*, è concepita da Giustiniano come necessariamente dipendente dal potere imperiale. Così egli utilizza e travisa lo schema dello *ius respondendi*. In una costituzione del 529, afferma il monopolio imperiale della produzione normativa. Su questa premessa, non si può ammettere che i giuristi antichi abbiano creato lo *ius*; se hanno potuto farlo, è perché gli imperatori lo hanno consentito.<sup>49</sup> Si ripropone e si assolutizza la forza del *permittere*, senza possibilità di deroghe. I non autorizzati a creare diritto erano quelli che non contavano e di cui non rimane memoria.

Un anno dopo, nella costituzione *Deo auctore*, l'imperatore bizantino stabilisce che le norme giuridiche da ordinare nei *Digesta* debbano esser tratte dai giuristi ai quali i *principes* hanno conferito il potere di comporre ed interpretare le leggi.

“Vi ordiniamo dunque di scegliere i libri concernenti il diritto romano scritti dai giuristi antichi, ai quali i divini imperatori conferirono l'autorità di comporre e di interpretare le leggi, e di lavorare su di essi, affinché tutta la materia trattata venga riunita, togliendo da essa (nei limiti del possibile) le ripetizioni e le discordanze; ma ordiniamo che da questi libri sia raccolto unicamente quanto basti per ciascun argomento. Infatti, anche altri hanno scritto libri il cui contenuto non è stato recepito né usato da alcuno dopo di loro. E noi non giudichiamo conveniente che i loro volumi mettano in discussione le nostre disposizioni”.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> C. 1.14.12.5 (Iustin. A. *Demostheni pp.*): *Explosis itaque huiusmodi ridiculis ambiguitatibus tam conditor quam interpret legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit ...* (a. 529). Vedi Const. *Deo auctore* 7. Cfr. G. G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 115 ss.; C. A. CANNATA, *Tura condere*, cit., 29 (= 509).

<sup>50</sup> Const. *Deo auctore* 4: *Iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarum legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et limare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat. quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae a nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt, neque nos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem.* Su questo testo cfr. M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, Perugia 2001, 149 ss. e 84 sui rapporti con lo *ius respondendi*.

La generalizzazione del *permissum* a tutti i *veteres*, le cui opere siano state tramandate, non ha alcun fondamento. E' un'invenzione giustiniana.

Tuttavia, l'idea di una superiorità riconosciuta dagli imperatori ai giureconsulti trae spunto dal racconto gaiano, che - come ho detto - nel *permissum est* da parte del *princeps* scorge il fondamento dello *iura condere*.

Abbiamo già visto il significato di quest'ultimo sintagma. Esso indica i responsi che costituiscono lo *ius*, quindi sono vincolanti e sono seguiti dai giudici.<sup>51</sup> Nel concetto è implicita l'idea di un precetto che il giurista formula, esente da dubbi, o meglio capace di vincerli.

L'equiparazione alle *leges dei responsa* capaci di *iura condere* si ferma quando due o più di essi siano, in rapporto allo stesso caso, confliggenti (*Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiant, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*).<sup>52</sup>

Il giudice riacquista la propria libertà, secondo il rescritto di Adriano, solo in caso di *dissensio* tra due o più opinioni, entrambe

<sup>51</sup> La stessa espressione ricorre in Gai. 4.30, a proposito delle *legis actiones*, che a poco a poco erano state considerate dai romani come una procedura odiosa, a causa dell'eccessivo formalismo della giurisprudenza che ne aveva elaborato i riti: *ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt*. Altri impieghi del verbo *condere* indicano un'attività creativa. Cfr. Liv. 3.33.5: *condenda nova iura*, a proposito delle Dodici Tavole; e più avanti, con significato equivalente, sempre in rapporto alla normazione decemvirale, 3.34.1: ... *tum legibus condendis opera dabatur*...; Plinius maior, *Historia Naturalis* 7.37.37 (124): ... *mos conditus* ...; 26.2.6 (10): ... *Hippocrates primus medendi praecepta clarissime condidit* ...; Verg. *Aen.* 10.34-35: ... *cur nunc tua quisquam/ vertere iussa potest aut cur nova condere fata?* ...; Sen., *epist.* 14.14: ... *qui ... secesserunt ad colendam vitam et humano generi iura condenda* ... (riferito alle massime filosofiche dettate dagli stoici). Cfr. C. A. CANNATA, 'Iura condere', cit., 520 ss. Una puntuale analisi semantica è in R. QUADRATO, 'Iuris conditor', in INDEX, 22, 1994, 87 ss. (= 'Gaius dixit' la voce di un giurista di frontiera, Bari 2010, 95 ss.).

<sup>52</sup> Gai. 1.7. Se si ritiene che il *permissum est* implichi un atto dell'autorità imperiale (questo significato - come si è visto - trova riscontri nel linguaggio di Gaio), è evidente che le parole *Quorum omnium* si riferiscono esclusivamente ai giuristi scelti dai *principes*. Si veda anche il passo delle *Istituzioni* giustiniane nel quale è rielaborata questa parte del discorso gaiano. Inst. 1.2.8: ... *Quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum*.

assistite dallo *ius respondendi*: torniamo allora in una situazione di pieno *ius controversum* e la scelta può andare anche al di fuori dei pareri che vicendevolmente si elidono (se limitasse a questi la libertà di valutazione, il rescritto direbbe un'ovvietà ai limiti del non senso)

Dunque, Adriano sembra attribuire ancora un rilievo allo *ius respondendi*. Mentre, come si è detto, è lecito supporre, in base ad elementi testuali ed indizi significativi, che gli imperatori, prima di lui, abbiano smesso già da tempo di servirsene.

Se è vero che quella prassi è cessata, allora il rescritto va riferito a soluzioni normative di giuristi precedenti: pareri scritti e tramandati in opere letterarie, che sono in circolazione e considerati attuali.

E' assai probabile che Adriano sia intervenuto per disciplinare un caso concreto, nel quale erano in discussione responsi originariamente sorretti dallo *ius respondendi*. Insomma, enunciati giurisprudenziali risalenti a parecchi decenni prima, ma ancora attuali. Si pensi, per esempio, alle *dissensiones* tra Nerva e Sabino, ricordate da Pomponio. Quanto sopravvive il *beneficium* concesso da imperatori precedenti?

Stando al racconto gaiano, l'imperatore definisce la portata delle *opiniones* che nel corso del primo secolo si erano appoggiate all'autorità imperiale, valutandole entro l'esperienza del presente ed in continuità con gli schemi del passato. Se - egli afferma - i pareri sono concordi, saranno anche vincolanti. In caso di discordia, la scelta del giudice sarà del tutto libera.

\* \* \*

Gaio insiste sul concetto di *lex*. Lo usa in varie combinazioni. Nel suo discorso possiamo intravedere un sottile filo unitario: egli propone un'idea di determinatezza inequivoca delle prescrizioni e di stabilità, senza identificarla in nessuno degli schemi enumerati. Spicca la riproposizione di forme antiche come le *leges*, a cui gran parte della normazione è direttamente ricondotta.

“Dobbiamo concludere - come ha scritto Mario Bretone - che nella piena maturità del principato la *lex* non aveva ancora perduto la sua attrattiva ideologica”.<sup>53</sup> E va ricordato che l'ultima *lex rogata* risale agli anni dell'imperatore Nerva (96-98 d.C.).

<sup>53</sup> M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 28.

Il modello della *lex* si ritrova nelle *constitutiones principum* e nei *responsa*. Secondo Gaio, il *permisum* serve a promuovere le opinioni al rango di leggi: segmenti di disciplina non derogabili, a meno che non risultino in contrasto tra loro. Il principato, ormai stabile da un secolo e mezzo, diventa un punto di riferimento essenziale nella teoria. Ad esso rimanda il profilo che Gaio traccia della *iurisprudentia*: ancora attiva, “ma la cui funzione più importante non può che svolgersi all'ombra del principe; fuori sembra non esservi più spazio”.<sup>54</sup> Siamo lontani da Labeone.

L'incidenza dello *ius controversum*, anima viva e mutevole del sapere giuridico, appare fortemente ristretta. Almeno nel mondo di certezze che Gaio vuole accreditare. Un universo dominato dall'idea del comando e nel quale la giurisdizione segue norme prefissate; mentre si ammette solo in via eccezionale (di fronte a comandi contrastanti) che vi sia una libera decisione da parte del giudice sulla soluzione normativa da scegliere per il caso concreto.

Tuttavia, se andiamo avanti a leggere le *Institutiones*, se ci lasciamo alle spalle l'introduzione generale sulle diverse sfere normative e sui modi in cui esse si formano, ci accorgiamo che nel seguito dell'opera i contrasti riemergono, quasi fossero una componente ineliminabile del ragionamento giuridico, non toccata dal condizionamento che gli imperatori potevano esercitare. In una serie di casi, infatti, Gaio registra orientamenti problematici della *scientia iuris*, molto spesso senza richiamare affatto la volontà imperiale. Così trasmette un'immagine di autonomia dei giuristi. Non una costruzione ideologica, ma un ritratto dello *ius*, il cui contenuto è elaborato dalla scienza o, se prodotto da prescrizioni autoritative, è interpretato e compreso entro la scienza.

Mentre espone i dubbi e tenta di risolverli, Gaio non li collega mai a dissensi ed opposti pareri manifestatisi tra giuristi “patentati”. Anzi, più volte si trova a respingere un parere che dovrebb'essere - secondo la sua visione - equiparato ad una *lex*, senza che il rifiuto da lui espresso o recepito si fondi su un'opinione contrastante di pari rango. Le divergenze determinano, nella prassi che egli descrive, soluzioni varie ed opposte, indipendentemente dallo *ius respondendi*. Ciò significa che i responsi formulati da giuristi anteriori, ai quali il

---

<sup>54</sup> A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 124 e 130 s.

beneficio risulta concesso dai *principes*, non hanno il carattere vincolante indicato nell'espressione *iura condere*.

\* \* \*

Il richiamo allo *ius controversum* è molto frequente nelle *Institutiones*. Sia in generale, sia con riferimento a problemi giuridici su cui si siano espressi *prudentes* muniti di *ius respondendi*.

I discorsi di Gaio, con terminologie simili (dal *quaerere* al *dubitare*, dal *placere* all'*existimare*, dal *putare* all'*alio iure uti*), espongono contrasti e fanno della varietà e dell'opposizione tra scelte giurisprudenziali uno snodo ricorrente nella formazione del diritto. Rimandano al gioco delle opinioni, al flusso dei pareri differenziati, che diviene la vera trama dell'insegnamento.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> Ecco alcune proposizioni ed esempi di spie semantiche ricorrenti nel manuale gaiano. *Senatusconsultum ... legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum: Fuerunt tamen qui putaverunt... sed hoc iure utimur ...: ... complures distinguunt et putant ...; ... Labeo existimat ... utimur autem hoc iure...; ... placet plerisque ...; ... idem diversae scholae auctores existimant ... sed nostri praeceptores putant ...; ... quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad provincialia pertineat dubitatur; ... Quidam putant ... idque maxime placuit Sabino et Cassio ... Alii vero putant ... idque maxime diversae scholae auctoribus visum est ...; ... ut nostri praeceptores existiment ... sed diversae scholae auctores confitentur ...; ... apud Fufinium Sabino placet... sed alio iure utimur...; Sed Sabino quidem placuit ... Alii vero placuit ...; ... In eo solo dissentiunt prudentes ...; ... plerique putant ...; Illud quaeritur... Nostri praeceptores putant ... Sed diversae scholae auctores putant ...; ... plerisque placuit ...; ... plerique putant ...: ... sunt autem qui putant ...; ... Maior illa dissensio intervenit ... Quidam putant ... nonnulli aestimant ...; ... adeo ut Sabinus existimaverit ... Sed Iuliano et Sexto placuit ...; ... nostri praeceptores putant ...; ... secundum nostrorum praeceptorum opinionem ...; ... Sed diversae scholae auctores putant ...; ... Secundum hanc igitur opinionem ...; ... secundum nostrorum opinionem ...; Nostri praeceptores existimant ... sed Labeo et Proculus ...; ... Servius putat ... Sabinus et Cassius putant ... Sed diversae scholae auctores ...; ... sunt tamen qui putant ...; ... plerisque placet ...; ... iam non dubitatur ...; ... quia placebat ... visum est ...; alia facta est iuris interpretatio...; ... quaesitum est ... placuit ...; ... quidam putant ... sed sunt qui putant ...; ... ut quidam putant ...; ... idque maxime Pegaso placuit. Quae sententia aperte falsa est ... Verius est ergo ...; ... Caelius Sabinus ait ... Iavolenus autem ait ...; ... Item quaeritur ...Cassio placuit...Sed huius sententiam plerique improbant; Nostri praeceptores existimant ... diversae scholae auctores putant; ... quidam putant ...; ... illud dubitari potest ...; ... nostri praeceptores putant ... diversae scholae auctores existimant ...; ... Nostri praeceptores putant ... sed diversae scholae auctores existimant...; ... unde quaeritur ...; ... haec ita sunt ut quaerantur ...; ...Servius negavit... sed sequimur Sabini opinionem contra sententis...; ...Servius Sulpicius existimavit... sed alio iure utimur...; ... magna autem quaestio fuit ...; ... Servius negavit ...; ...generaliter placuit...; ... praevaluit sententia...; ... plerique putant ...; ... quamquam Proculo placuit...*

Una trattazione volutamente semplice e manualistica dovrebbe in teoria privilegiare gli enunciati certi, il diritto consolidato, senza immergersi negli interrogativi e nell'instabilità delle discussioni. Invece non è così. La descrizione non può eludere il pluralismo interno alla *scientia iuris*.

#### 4. L'invincibile pluralismo.

Vorrei esaminare più da vicino alcuni di questi testi, ove il diritto appare nella sua mobilità, nella sua dimensione pratica. Essi dimostrano in modo esauriente come lo *ius controversum* abbia continuato in concreto ad imporsi anche sulla gerarchia che il *permissum principis* avrebbe dovuto introdurre. In realtà Gaio, nonostante il quadro teorico fissato all'inizio del suo manuale, non può fare a meno di accettare l'invincibile presenza di una discussione dei casi controversi, nel cui ambito i giuristi amici dell'imperatore possono essere smentiti e le loro soluzioni respinte e superate.

La prima questione sulla quale mi soffermerò riguarda gli effetti della *bonorum venditio* a carico di un *heres necessarius*, non responsabile dell'insolvenza.

“E' erede necessario - scrive il giurista antoniniano - lo schiavo che viene istituito erede con la libertà, il quale è così chiamato poiché, volente o nolente, dopo la morte del testatore, diviene comunque immediatamente libero ed erede. Di conseguenza chi abbia il proprio patrimonio a rischio <in quanto gravato dai debiti> è solito rendere libero ed istituire erede il proprio schiavo, in primo, in secondo o in ulteriore grado, affinché, in caso di insoddisfazione dei creditori, vengano venduti i beni di questo erede e non quelli del testatore, in modo che l'ignominia derivante dalla vendita dei beni colpisca questo erede piuttosto che il testatore: anche se Sabino, citato da Fufidio, riteneva che l'ignominia dovesse essergli risparmiata, poiché aveva subito la vendita dei beni non in quanto responsabile di un

---

*sed alio iure utimur et recte... ; ... Servius tamen Sulpicius existimavit ... sed alio iure utimur...*

comportamento cattivo, ma per una necessità giuridica; tuttavia noi applichiamo un'altra soluzione giuridica".<sup>56</sup>

La fattispecie ruota attorno alla figura di un servo, liberato mediante una disposizione testamentaria, e contemporaneamente istituito erede. Egli acquista l'eredità senza *aditio hereditatis*. Non è previsto un atto di accettazione; quindi egli non può neanche rifiutarla. Ma l'eredità è gravata da debiti. E' possibile che persone libere, istituite eredi in primo o in secondo grado, non l'accettino (oppure si avvalgano, se sono *heredes sui*, della *facultas abstinendi*) e che perciò subentri - in sostituzione - lo schiavo. Quest'ultimo, una volta liberato e nel momento in cui si attua la successione, prende per sé il *peculium* (un insieme patrimoniale di cui, prima della *manumissio*, era titolare il *dominus*, ma che era riservato al servo e da lui amministrato). Fino alla morte del padrone (e testatore), il *peculium*, proprio per la sua specifica destinazione, era sottratto a coloro che vantavano crediti direttamente nei confronti del *pater* e non sulla base di atti compiuti dal *servus*.

Poiché ora il servo affrancato assume su di sé i debiti ereditari e diventa titolare del *peculium*, i due complessi di beni a lui riferibili (il primo ridotto ad una serie di debiti, il secondo in attivo) si confondono e formano un'entità unitaria. Questa viene sottoposta ad una *bonorum venditio*, che si svolge in base ad un ordine del pretore, per soddisfare i creditori.

La *bonorum venditio* di regola comporta l'ignominia (o *infamia*: una forma di riprovazione sociale) del titolare dei beni messi in vendita, che - essendo inadempiente - sia stato costretto per questa via a rifondere i creditori.

Sabino (che sappiamo aver ricevuto da Tiberio lo *ius respondendi*) sostiene che l'ignominia non può colpire l'ex schiavo, ora liberato ed

---

<sup>56</sup> Gai. 2, 153-154: *Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est. Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur; sed alio iure utimur.*

istituito come erede, poiché non vi è stata da parte sua alcuna insolvenza, né egli ha agito in modo censurabile<sup>57</sup>.

E' una tesi di cui si comprende il senso. *Sed alio iure utimur*; un altro diritto dev'essere applicato, secondo Gaio. Così egli nega ogni rilievo al rapporto tra comportamento e sanzione, tenendo ferma l'ignominia come effetto necessario della vendita forzata dei beni. Prevale l'esigenza di stabilire in modo certo ed oggettivo le condizioni della riprovazione sociale. Che evidentemente non si fonda su una responsabilità dell'individuo.

La soluzione innovativa è dunque respinta. Sebbene Gaio solitamente segua le opinioni di Sabino, in questo caso non lo fa e ribadisce il punto di vista tradizionale. Qualsiasi sia stata l'origine del responso sabiniano, da una lite e da una consulenza, oppure dalla discussione di un'ipotesi di scuola, una volta portato in un processo, esso certamente, secondo gli enunciati generali di Gaio, dovrebbe prevalere su altri pareri, poiché il *permissum principis* gli ha dato una forza vincolante. Al contrario, è lo stesso Gaio che ripudia la scelta sabiniana. Né si preoccupa di giustificare l'orientamento opposto e prevalente, facendolo discendere dal contrasto con un altro giurista insignito dello *ius respondendi*. Sembra ora che la discussione giurisprudenziale sia del tutto svincolata dall'ipoteca del *beneficium imperiale*.

\* \* \*

La medesima situazione vale per Cassio Longino: giurista operante tra l'impero di Tiberio e quello di Vespasiano. Egli *plurimum auctoritatis in civitate habuit*.

Gaio registra un parere di Cassio circa il regime dei beni appartenenti ai *Latini Iuniani*. Non lo condivide ed osserva che esso è stato respinto dalla maggioranza dei giuristi.

Sono denominati *Latini Iuniani* anzitutto i servi affrancati non secondo lo *ius civile*, ma con atti (come ad esempio la *manumissio inter amicos*) che hanno una rilevanza minore, fatta valere con i mezzi del diritto pretorio; e poi varie categorie di manomessi che non

---

<sup>57</sup> Un altro caso nel quale Sabino ritiene che l'ignominia non debba trasferirsi all'erede è in D. 4.3.29 (Paul. 11 *ad ed.*).



ottengono la cittadinanza romana. Quando questi muoiono, coloro che erano stati loro *domini* ne acquistano i beni; se anche i *patroni* sono morti, i beni andranno ai loro eredi.<sup>58</sup>

In base ad un senatoconsulto del 42 d. C., i discendenti (*liberi*) del manumissore sono privilegiati rispetto ad ogni altro erede, anche in caso di testamento, a meno che non siano nominativamente diseredati (non basta quindi una *exheredatio* cumulativa per tutti gli *heredes sui*). Solo in assenza di discendenti dell'*ex dominus*, si passa all'acquisto dei beni del liberto da parte degli altri eredi legittimi o testamentari.<sup>59</sup>

Lo *ius controversum* affrontato da Cassio riguarda la individuazione dei *liberi* da ammettere prioritariamente all'eredità. Si discute se questo *nomen*, fissato nel senatoconsulto, possa essere riferito ai discendenti del patrono nati da una figlia o da una nipote, oltre che a quelli in linea maschile. E si solleva parallelamente un'altra questione: nel caso in cui l'affrancamento sia stato compiuto da una donna (perciò divenuta *patrona*), i suoi figli possono ugualmente per primi ereditare i beni lasciati dai *Latini Iuniani*?

“... Ci si domanda inoltre se questo senatoconsulto riguardi i discendenti del patrono che siano stati generati dalla figlia o dalla nipote, vale a dire se il nipote nato da una figlia venga prima nell'acquisto dei beni del mio Latino rispetto all'erede estraneo. Allo stesso modo ci si chiede se questo senatoconsulto sia applicabile ai Latini materni, vale a dire se il figlio della *patrona* abbia la precedenza rispetto all'erede estraneo della madre. Cassio ha ritenuto che in entrambi i casi si dovesse applicare il senatoconsulto. Ma molti disapprovano questa opinione, poiché il senato nessun parere potrebbe esprimere a proposito di quei discendenti che seguono un'altra *familia*. Il che risulta dall'esclusione di coloro che sono nominativamente diseredati; infatti sembra che il senato si riferisca a coloro che sogliono essere diseredati dal padre, in quanto non siano da lui istituiti eredi; non è infatti necessario che la madre diseredi il figlio o la figlia né che l'avo materno diseredi il nipote o la nipote nei casi in cui la madre o l'avo materno non li istituiscano eredi, sia che si

<sup>58</sup> Vedi B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 196 ss.

<sup>59</sup> B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 200 s. Sul significato del termine *liberi*, in contesti affini a questo, cfr. D. 50.16.220 pr. (Callistr. 2 *quaest.*) e 56.1 (Ulp. 62 *ad ed.*).

discuta di *ius civile*, sia in base all'editto pretorio, che promette la *bonorum possessio* contro le tavole testamentarie, mettendo da parte i discendenti”<sup>60</sup>.

La risposta di Cassio ad entrambe le domande è positiva. Egli mette sullo stesso piano la discendenza in linea maschile e quella che deriva dal rapporto madre-figli o dal rapporto tra l'avo e i figli nati da una figlia o da una nipote.

Tuttavia, *huius sententiam plerique improbant*. Il dissenso maggioritario appare decisivo ed anche in questo caso lo *ius respondendi* non ha alcun rilievo. Anzi, Gaio motiva nel merito l'opposizione a Cassio, ampiamente recepita dalla giurisprudenza. Se il senatoconsulto esclude dalla successione nei beni del liberto i discendenti di chi ha effettuato la *manumissio*, in quanto siano nominativamente diseredati, ciò significa che la norma si riferisce ad una successione in linea maschile. Solo nell'ambito di questa, infatti, si configura la categoria degli *heredes sui* e può essere decisa la loro *exhereditatio*. Dunque, è respinta l'interpretazione estensiva.

\* \* \*

Ancora un caso nel quale la discussione libera prevale sull'opinione del giurista patentato: Gaio esamina un'opinione di Proculo in materia di *iudicia arbitraria*, segnalando come essa sia stata smentita e abbandonata nella prassi. Eppure Proculo è detentore di un'*auctoritas* stando alla narrazione di Pomponio, che ho già citato: *sed Proculi auctoritas maior fuit, nam etiam plurimum potuit*.

Nell'orizzonte gaiano quel *plurimum posse* non è decisivo. Il parere del giurista viene superato da un'*interpretatio* contraria, che Gaio

---

<sup>60</sup> Gai. 3.71: *Item quaeritur, an hoc senatusconsultum ad eos patroni liberos pertineat, qui ex filia neptive procreantur, id est ut nepos meus ex filia potior sit in bonis Latini mei quam extraneus heres. Item <an> ad maternos Latinos hoc senatusconsultum pertineat quaeritur, id est ut in bonis Latini materni potior sit patronae filius quam heres extraneus matris. Cassio placuit utroque casu locum esse senatusconsulto. Sed huius sententiam plerique improbant, quia senatus de his liberis [patronarum] nihil sentiat, qui aliam familiam sequerentur. Idque ex eo apparet, quod nominatim exhereditatos summovet; nam videtur de his sentire qui exheredari a parente solent, si heredes non instituantur; neque autem matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de iure civili quaeramus, sive de edicto praetoris, quo praeteritis liberis contra tabulas testamenti bonorum possessio promittitur.*

sceglie e definisce non in quanto si fondi su un'autorità di origine politica (tale da potersi contrapporre a quella di Proculo), ma per la specifica motivazione da cui muove.

“Se infatti il convenuto ha richiesto la nomina di un arbitro, egli accetta la formula che è detta arbitraria, e in base alla valutazione arbitrale del giudice, se qualcosa dev'essere restituito o esibito, egli senza rischio esibisce o restituisce e così viene assolto; se invece egli non restituisce né esibisce, viene condannato per un valore equivalente all'oggetto della controversia. Anche l'attore, se esperisce l'azione nei confronti di chi non risulti tenuto ad esibire o a restituire qualcosa, non incorre in una pena pecuniaria, a meno che non sia stato opposto contro di lui un giudizio di calunnia per un decimo. Proculo tuttavia ha ritenuto che si dovesse negare il giudizio di calunnia a colui che aveva chiesto un arbitro, come se con questo stesso atto egli sembri aver confessato di essere obbligato a restituire o ad esibire. Ma noi usiamo un altro *ius* e correttamente; chi richiede infatti la nomina di un arbitro lo fa per risolvere in modo più semplice la lite, piuttosto che per confessare”.<sup>61</sup>

Il destinatario di un interdetto esibitorio o restitutorio non ottempera. Subito dopo richiede la nomina di un arbitro e quindi un'*actio arbitraria*. La formula contiene l'ordine di esibire o restituire. Se il convenuto esegue, la lite finisce: egli risulta assolto. Nel caso contrario, si ha l'accertamento dei fatti da parte del giudice e l'esito del processo può essere la condanna o l'*absolutio*.

In realtà, i procedimenti giudiziari che possono aprirsi sulla base dell'ordine del pretore disatteso sono di due generi: vi è anzitutto l'*agere per sponsionem*, che nasce dalla promessa imposta a ciascuna

---

<sup>61</sup> Gai. 4.163: *Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur. Sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. Quamquam Proculo placuit denegandum calumniae iudicium ei qui arbitrum postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere. Sed alio iure utimur, et recte; potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.* Sul meccanismo dell'interdetto restitutorio o esibitorio, vedi L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, in ED, XXI, Milano 1971, 901 ss., spec. 905 ss.

delle parti di pagare una *poena* se le proprie ragioni si rivelino prive di fondamento. Il convenuto può ancora liberarsi da ogni obbligo restituendo o esibendo, cioè obbedendo sia pure tardivamente all'interdetto. Altrimenti, va incontro ad un giudizio sulla base della promessa prestata. In secondo luogo, vi è l'*actio* che si denomina *arbitraria*, esercitata nei confronti del destinatario dell'interdetto. Essa non comporta una pena pecuniaria. La condanna corrisponde al valore del danno subito dall'attore. Spetta al giudice la decisione riguardo alla pretesa e alla quantità di danaro.<sup>62</sup>

Secondo Proculo, il convenuto che prima chiede un'azione arbitraria e poi ne accetta la formula non può promuovere un *iudicium calumniae* nei confronti dell'attore (che aveva promosso la procedura interdittale). Questo *iudicium* serve ad ottenere una riparazione pecuniaria (un decimo dell'oggetto della lite), nell'ipotesi in cui il procedimento avviato dell'attore si basi su affermazioni inconsistenti e temerarie.

Ma entro la fattispecie descritta, il fatto che il convenuto dichiari infondate le ragioni dell'attore (ed agisca per *calumnia*), sembra a Proculo in contrasto con la scelta di chiedere al pretore una formula arbitraria. E' come se la sua iniziativa di promuovere l'azione nel merito del rapporto cui si riferiva l'interdetto smentisca la scelta precedentemente compiuta di non ottemperare.<sup>63</sup>

Da dove nasce questa interpretazione?

Già Otto Lenel osservava che la tesi proculiana può fondarsi soltanto su una particolare struttura della formula. L'*actio arbitraria* deve avere in sé un elemento per cui la *postulatio* da parte del convenuto possa apparire come una confessione (ammissione del dovere di restituire o esibire, al cui adempimento era finalizzato l'interdetto). Possiamo supporre che questo elemento sia la presenza nella formula di una *demonstratio* costruita con il verbo indicativo ed avente ad oggetto un fatto certo<sup>64</sup>. E' lo stesso schema che vediamo nell'*actio depositi*, ove l'avvenuta consegna della cosa, con l'impegno

---

<sup>62</sup> Gai. 4.161-165.

<sup>63</sup> Cfr. E. STOLFI, *Il modello delle scuole*, cit., 62, con bibl.

<sup>64</sup> Cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., 448 ss.

del depositario a conservarla e a restituirla, è il presupposto, apparentemente non controverso, del giudizio<sup>65</sup>.

Questo genere di formula suscita numerosi dubbi. Se la situazione indicata nella *demonstratio* è sottratta ad ogni contestazione, allora non ha ragion d'essere la previsione di un'*absolutio* contenuta nella formula. Invece, per l'*actio arbitraria*, Gaio prevede che possa esservi un esito assolutorio.

E' probabile che Proculo avesse davanti agli occhi una formula senza *absolutio*.

Secondo un famoso scritto di Vincenzo Arangio-Ruiz, le formule con *demonstratio certa* ed *intentio incerta*, tra cui possono annoverarsi l'*actio depositi* e l'*actio arbitraria*, avrebbero un'origine anteriore alla *lex Aebutia*; si tratterebbe di giudizi di liquidazione, storicamente derivati dalla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Per un lungo periodo, il contenzioso in essi non doveva vertere sulla pretesa dell'attore, ma solo sul *quantum*.<sup>66</sup> Quelle antiche formule, dirette

<sup>65</sup> Vedi Gai. 4.7: *Quod A. Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non parat absolutio*. Cfr. M. TALAMANCA, *Processo civile - Diritto romano*, in ED, XXVI, Milano 1987, 1 ss., spec. 93 ss. Il verbo all'indicativo nella *demonstratio* descrive un presupposto che si dà per scontato. La domanda che sorge immediatamente è: come può essere assolto il convenuto, se in ogni caso vi è stato un deposito e se nella formula non è inclusa alcuna *exceptio* in grado di paralizzare l'azione?

<sup>66</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici Facoltà di giurispr. di Cagliari*, 4, 1912, 75 ss. (= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, 323 ss). Ricordo che Talamanca considera con scetticismo l'ipotesi di un'aggiunta successiva dell'*absolutio*. Sottolinea come la contraddizione non sia più avvertita dalla scienza giuridica ai tempi di Gaio. Sembra accogliere l'interpretazione di Emilio Betti. Questi proponeva di tradurre il *quod* della *demonstratio* con le parole "in quanto a ciò che" e di intendere il fatto indicato non "come presupposto ... la cui verità sia già provata ed indiscussa e non sia ormai più da ricercare, ma come un fatto affermato e non ancora provato" (E. BETTI, *Sulla formula del processo civile romano*, in *Filangeri*, 1914, 674 ss., spec. 721. *Contra* V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, I ediz. 1947; XIV ediz., Napoli 1960, 122, nt. 1.). Accettando la spiegazione bettiana, non si capisce il senso dell'opinione di Proculo circa l'inesperibilità del *iudicium calumniae*. Il giurista evidentemente si riferisce ad una formula nella quale viene riconosciuta da entrambe le parti la fondatezza dell'interdetto non eseguito. Di qui, nelle ricostruzioni recenti, il collegamento con l'*actio depositi* (Arangio-Ruiz le considera assieme). Altrimenti perché Proculo negherebbe il *iudicium calumniae*, con l'argomento secondo cui il convenuto avrebbe già ammesso la propria responsabilità chiedendo l'*actio arbitraria*? Utilizza ora il testo gaiano D. MANTOVANI, *Le formule del processo civile*

esclusivamente a definire l'entità della condanna per un fatto certo, avrebbero cambiato struttura - sostiene Arangio-Ruiz - dopo la *lex Aebutia*, con l'aggiunta dell'assoluzione.<sup>67</sup>

Non credo che Proculo ragioni su uno schema di procedimento lontano nel tempo e inattuale. Se scorge nella *postulatio* di un'*actio arbitraria* l'ammissione implicita di una responsabilità da parte del convenuto, non obbedisce alla suggestione di un ricordo: non si fa guidare da una formula desueta. Piuttosto, è del tutto verosimile che egli neghi l'esperibilità dell'*actio calumniae*, poiché si trova ancora a fare i conti con una procedura esclusivamente rivolta alla liquidazione del danno, nella quale il fatto che legittima la pretesa dell'attore non viene posto in discussione.

Questa procedura (forse in continuità con le *legis actiones* e comunque viva dopo la *lex Iulia iudiciorum privatorum*), è ormai tramontata ai tempi di Gaio. Lo desumiamo dalla sua scelta. Vale a dire che la giurisprudenza non ammette più una formula senza *absolutio*, tale da rendere autonoma la liquidazione rispetto all'accertamento sul merito della pretesa.

L'espressione *sed alio iure utimur* indica l'approdo di un'elaborazione degli schemi giuridici. Il responso di Proculo è divenuto materia di *ius controversum* ed è stato respinto. Ciò ha coinciso con il prevalere di un diverso modello processuale. Nel momento in cui viene meno il vincolo determinato dall'assenza di assoluzione entro la formula, il *iudicium calumniae* diviene praticabile. Il cambiamento è dovuto alla giurisprudenza e al suo ruolo di guida della *iurisdictio*.

Gaio motiva il rigetto di quel responso del primo secolo, attraverso un'analisi del fatto. Prescinde dall'esistenza di un *permissum principis* a favore di Proculo. Afferma che la richiesta di un'*actio arbitraria* serve a dirimere la lite ed è funzionalmente diversa da un'ammissione di

---

romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano, II ediz., Padova 1999, 71, nt. 284: nella formula dell'*actio arbitraria* ricorreva, a suo avviso, l'espressione *quod... factum est*, quale schema portante della *demonstratio*. Cfr. (sulla linea di Arangio-Ruiz) E. BIANCHI, *La 'temerarietà' nelle Istituzioni di Gaio*, in SDHI 67, 2001, 239 ss., spec. 250 s.; e riguardo ai caratteri della temerarietà, A. M. GIOMARO, *Per lo studio della 'calumnia'. Aspetti di 'deontologia' processuale in Roma antica*, Torino 2003, 107 ss.

<sup>67</sup> Prevista nelle parole finali della formula: ... *si non paret absolutio*.

responsabilità. La sua critica, come segnala Arangio-Ruiz, “non può valere se non come indicazione dello sviluppo più recente”.<sup>68</sup>

La via concreta da seguire di fronte a pareri discordi consiste in definitiva nella ricerca di una qualificazione persuasiva da applicare al caso controverso. *Quod an debeamus credere verius esse diligentius requiremus*, dice Gaio a proposito di azioni infamanti nella cui formula la descrizione dei comportamenti non corrisponda al rapporto effettivo.<sup>69</sup> L'errore determina la perdita della lite: non si ammette un'impresione o una negligenza dell'attore in procedimenti che comportino, assieme alla condanna, la sanzione dell'*ignominia*. Il giurista deve scoprire quale sia la verità, anche allontanandosi da quanto hanno proposto autori precedenti. Né per Gaio è rilevante il fatto che la forza dei responsi volti alla pratica sia stata accresciuta dal sostegno politico dell'imperatore, come più volte avveniva durante il primo secolo.

\* \* \*

Tutto ciò dimostra un'incoerenza di fondo rispetto alla raffigurazione generale dei modi di produzione del diritto esposta all'inizio del manuale gaiano. In quel contesto teorico si privilegia il collegamento tra responsi ed autorità imperiale: lo *iura condere* è solo dei giuristi patentati. Invece, la trattazione vera e propria del diritto svolta nelle *Institutiones* è distante dalla definizione iniziale, poiché deve misurarsi con la giurisprudenza così com'è, ormai svincolata dallo *ius respondendi*; deve registrarne le discussioni e gli effettivi risultati, se vuol essere didatticamente utile.

Il modello fissato nell'esordio è forse un residuo di dottrine anteriori, ricalcato su schemi retorici. Ricordo un passo dei *Topica* di Cicerone, che rassomiglia notevolmente al nostro testo: ... *ut si quis ius civile dicat id esse, quod in legibus senatus consultis, rebus iudicatis*

---

<sup>68</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio'*, cit., 48 (= 368).

<sup>69</sup> Gai. 4.60, su cui si veda G. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano. I. La procedura formulare*, Torino 1958, 148 ss. Sull'impiego di *requirere* vedi le notazioni di R. QUADRATO, *Il messaggio di Gaio: 'diligentius requiremus'*, in *'Gaius dixit'*, cit., IX ss.

*iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat*<sup>70</sup>.

Il rilievo dato - nel catalogo iniziale delle norme - allo *ius respondendi*, non più in uso, può fornire un argomento favorevole all'ipotesi, ardua da verificare, secondo cui il testo gaiano deriverebbe da una stratificazione di scritti diversi: prima un'opera di scuola sabiniana, poi aggiunte ed elaborazioni successive.<sup>71</sup> Ma questa immagine di un testo composito, formatosi nell'arco di più di un secolo, non trova appiglio nelle fonti.

Invece, noi possiamo supporre che l'equazione tra diritto e comando, tra giurisprudenza e comando, sia il risultato di una semplificazione voluta: una sintesi ideale che va al di là del contenuto dell'insegnamento, contribuendo alla disarmonia del testo. Sta di fatto che l'autore delle *Institutiones* non ne tiene alcun conto, in tutti i casi nei quali esamina in concreto il contributo dei giuristi alla formazione dello *ius*.

#### 4. Giuristi e *princeps*.

Vedremo ora altre formulazioni di Gaio, relative al nesso giurisprudenza-normazione imperiale. Il giurista antoniniano si mostra perfettamente consapevole del fatto che tra le *constitutiones principum* e i *responsa* vi è una costante correlazione ed un linguaggio comune. Le decisioni imperiali fanno i conti con i dubbi e le opinioni dei giuristi. Intervengono nello *ius controversum*. Possono confermare orientamenti già tracciati dalla giurisprudenza; oppure possono essere discusse e corrette dagli interpreti. Quando ciò accade, diremo che la

<sup>70</sup> Cic., *top.* 5.28. Vedi anche Auctor *ad Her.* 2.13.19.

<sup>71</sup> Vedi F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 286 ss., che riesamina la questione, prendendo le mosse da quel che aveva scritto Ferdinand Knipf agli inizi del Novecento. Lo studioso tedesco aveva distinto quattro strati che sarebbero entrati a comporre la stesura del manoscritto veronese, in particolare supponendo che vi fosse un'opera pregaiana, a cui le *Institutiones* largamente attingevano. La valutazione di Schulz - a mio avviso condivisibile - è che "senza dubbio Gaio fece uso della letteratura più antica, ma se prese un'opera a modello è questione che non può essere decisa. In ogni caso, il misterioso 'manuale sabiniano' che Gaio si suppone abbia usato ed elaborato, è pura fantasia". Secondo Schulz è apocrifo il tratto in cui si parla di *responsa prudentium quibus permissum est iura condere* (*op. cit.*, 207). Quindi la teoria dell'esordio sarebbe posticcia, non ricalcata su testi del primo secolo. Io credo invece che il testo sia genuino.



stessa disciplina fissata dalle statuizioni imperiali continua ad essere *ius controversum*.

Leggiamo ora un testo, tratto dai *libri ad edictum provinciale*, riguardante la convergenza tra giuristi e *princeps*.

“Se una stessa persona agisca contro un'altra con più azioni e il valore di ciascuna di queste rientri nella giurisdizione del giudicante, mentre la somma di tutte ecceda il limite della sua giurisdizione, Sabino Cassio e Proculo hanno ritenuto che si possa agire davanti a lui: e questa opinione è stata confermata da un rescritto dell'imperatore Antonino Pio”.<sup>72</sup>

Gaio si riferisce ad azioni esercitate davanti ai magistrati municipali: più azioni dello stesso attore contro lo stesso convenuto. Ai fini della competenza di questi magistrati, che è limitata per valore, alcuni tra i più accreditati giuristi del primo secolo (Sabino, Cassio, Proculo, senza distinzione di scuole) tengono conto del *quantum* dedotto in ciascuna azione, escludendo il cumulo. “... La ragione è da ricercarsi nella tipicità delle azioni, da cui deriva il loro formale isolamento”.<sup>73</sup> L'uso della forma verbale *placuit*, a proposito del parere adottato, è la spia semantica di uno *ius controversum*.

E' chiara l'utilizzazione da parte del *princeps* di una soluzione normativa che era stata al centro di discussioni un secolo prima e che ora assume un significato nuovo.

Dobbiamo osservare che la tipicità delle azioni è un carattere proprio del processo formulare, mentre la terminologia usata nel passo gaiano fa pensare ad un processo cognitorio: il magistrato municipale viene indicato come giudicante (... *singularum quantitas intra iurisdictionem iudicantis sit...*) e lo stesso schema ricorre nei due paragrafi successivi, a proposito di analoghi problemi di competenza per valore<sup>74</sup>. E' emblematica l'espressione *apud eundem iudicem*

<sup>72</sup> D. 2.1.11 pr. (Gai. 1 *ad ed. prov.*): *Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra iurisdictionem iudicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum iurisdictionis eius: apud eum agi posse Sabino Cassio Proculo placuit: quae sententia rescripto imperatoris Antonini confirmata est.*

<sup>73</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. II, Milano 1963, p. 149 ss.

<sup>74</sup> D. 2.1.11.1-2 (Gai. 1 *ad ed. prov.*).

*agendum est*. Ma noi sappiamo che nella procedura formulare il verbo *agere* indica l'attività di promozione della lite davanti al pretore; e il pretore non è giudice.

Non vi è traccia, in queste frasi, della bipartizione tra fase *in iure*, davanti al magistrato giudicante, e fase *apud iudicem*.

Gaio quindi non colloca la soluzione normativa nel campo formulare, ma in quello delle *cognitiones extra ordinem*, e probabilmente si riferisce all'esperienza delle province. Teniamo presente la provenienza del frammento dai *libri ad edictum provinciale*. Le controversie in questione si svolgono davanti a magistrati locali di quei territori, assimilati ai magistrati municipali. Si tratta di stabilire se i singoli processi sono di loro competenza o devono essere devoluti al governatore della provincia.

Eppure, il riferimento a Sabino, Cassio, Proculo farebbe pensare a processi celebrati in Italia. Questa è l'ipotesi avanzata da Armando Torrent nel 1972 ed è verosimile che sia così.<sup>75</sup>

Ma se il punto di partenza è rappresentato da uno *ius controversum* relativo proprio al processo formulare e se questo è al centro del parere concorde di Sabino, Cassio, Proculo, è verosimile che il senso della soluzione giurisprudenziale (inizialmente riferita ai magistrati municipali italici) cambi per opera di Antonino Pio: la decisione che esclude il cumulo è la medesima, ma viene ora proiettata nel campo delle *cognitiones extra ordinem* provinciali, a cui era estranea.

E' certo comunque che nella coesistenza tra modelli processuali diversi, Antonino utilizza uno schema tradizionale: accoglie dai *prudentes* la logica della tipicità, che pure non è necessaria alle *cognitiones*. Gaio segue a sua volta Antonino Pio. Del resto, è perfettamente congeniale agli orientamenti del giurista la scelta di tenere fermo un principio di matrice formulare. Come lo è la continuità con i giuristi del primo secolo.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> Cfr. A. TORRENT, *Inflacion y proceso en la legislacion municipal*, in RIDA, III série, 19, 1972, p. 455 ss.

<sup>76</sup> Si veda in proposito e con un'impostazione coerente a quanto scritto nel *principium*, D. 2.1.11.1 (Gai. 1 *ad ed. prov.*): "Ma anche se le azioni sono reciproche e una parte chieda una quantità minore, mentre l'altra ne chiede una maggiore, chi chiede una quantità minore deve agire presso lo stesso giudice" (... *apud eundem iudicem agendum est ei qui quantitatem minorem petit*). E' sottinteso che lo stesso giudice sia quello dell'altra azione. Dunque, entrambi i contendenti - secondo Gaio - devono rivolgersi al giudice competente per la richiesta maggiore, che attrae l'altra. La forma claudicante e

l'incertezza sul significato della soluzione entro il contesto cognitorio, cui il frammento esplicitamente e più volte si riferisce, hanno indotto a sospettare varie interpolazioni. Anche chi dà per scontata la non genuinità del testo ha però difficoltà a spiegare l'assetto giustiniano. Cfr. al riguardo G. PUGLIESE, *Il processo civile*. II, cit., p. 151 s., che non dà rilievo all'originaria dimensione formulare delle *mutuae actiones* (mentre io credo che l'intero discorso ne sia influenzato) e ritiene impossibile ricostruire il senso genuino del testo gaiano. A mio avviso, una ricostruzione è possibile. Dobbiamo supporre che in questa parte del frammento sia evocata, come nel *principium*, una soluzione nata entro il processo formulare ed adattata alle *cognitiones* provinciali. Forse anche questo spostamento è dovuto ad Antonino Pio e ripreso da Gaio. Quindi dobbiamo anzitutto spiegare la soluzione in termini formulari. Parliamo di competenza dei magistrati. La scelta è quella di trattare le due azioni davanti al magistrato competente per l'azione di maggior valore. Ciò significa che questo magistrato dovrà istruire entrambe le liti. Ma i giudici saranno due. La motivazione della scelta che porta le *mutuae actiones* davanti al magistrato più autorevole, chiamato a decidere sul valore più elevato, è nella necessità di impedire che una delle parti, mediante una richiesta minore del dovuto, determini unilateralmente quale sarà il magistrato che si occuperà delle due pretese: ... *ne in potestate calunniosa adversarii mei sit, an apud eum litigare possim*. Entrambe saranno trattate dal magistrato più autorevole. La soluzione si comprende alla luce dei principi tradizionali circa i rapporti tra ammontare della *petitio*, azione e condanna. Ulpiano scrive: *Quotiens de quantitate ad iurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur*. Quindi la competenza è fissata in relazione a ciò che l'attore chiede. La sua *petitio* è vincolante per la redazione della formula (la regola sarà riaffermata anche nell'ambito delle *cognitiones*). Cfr. D. 2.1.19.1 (Ulp., 6 *fideicommiss.*). Nelle *mutuae actiones* si vuole evitare che la richiesta minore trascini innanzi allo stesso magistrato (municipale) quella maggiore. Ma perché ci si preoccupa di questo caso e non di quello inverso: cioè dell'attore che aumenti la propria richiesta al fine di scegliere il magistrato? La prima ipotesi si può verificare più facilmente nell'esperienza concreta. Distorce la competenza, senza rischi per l'attore. Egli, chiedendo di meno, può determinare la competenza di un magistrato minore per le due liti; né avrà remore a farlo, poiché in ogni caso salvaguarderà il risultato positivo del suo processo. Questo giungerà alla condanna, anche se il dovuto è maggiore rispetto a quanto l'attore ha chiesto. E' una manovra che bisogna impedire. Non può ammettersi il potere (*potestas calunniosa*) di far andare entrambi i processi davanti al magistrato meno autorevole, chiedendo di meno. L'altra ipotesi - chiedere più del dovuto per mandare i due procedimenti davanti ad un magistrato di rango più elevato (nell'ambito provinciale il governatore) - non è concretamente conveniente, secondo la disciplina formulare, e di conseguenza non viene prospettata come una prassi possibile. Infatti, nei giudizi *per formulas*, la *pluris petitio* fa perdere la lite all'attore. Perciò non è verosimile che qualcuno, mosso dall'intento di spostare la competenza, si metta volutamente in condizione di soccombere nel processo. Il suo potere di determinazione, se calunniosamente si traduce in una *petitio* maggiore del dovuto, lo mette fuori gioco secondo le regole formulari. D'altra parte, il magistrato più alto in grado offre maggiori garanzie e bisogna evitare raggiiri per sottrarsi ad esso. Credo che questo sia il senso del ragionamento che Gaio propone (forse rifacendosi, come nel paragrafo precedente, a giuristi del primo secolo). Conserva schemi formulari, ma questi ora risultano applicati - senza modificazioni - a procedure *extra ordinem* (si veda al riguardo l'espressione *iurisdictio eius qui cognoscit*, usata poco più avanti, nel paragrafo 2

Il passo gaiano mostra lo spostamento di una regola formulare fuori dal proprio contesto di origine. Se ciò è vero, possiamo avanzare un'ipotesi sul dubbio in materia di competenza, che deve aver spinto il magistrato o una delle parti di una lite a sollecitare il rescritto di Antonino Pio. Molto probabilmente, il dubbio riguarda proprio l'applicabilità della regola formulare nelle *cognitiones extra ordinem*. E la soluzione del *princeps*, che conferma l'orientamento normativo del primo secolo, scioglie al riguardo ogni problema.

\* \* \*

Tuttavia, non sempre il *princeps*, con le proprie *constitutiones*, ha l'ultima parola nell'ambito dello *ius controversum*. Può infatti avvenire che la giurisprudenza metta in campo soluzioni ulteriori e diverse, tali da correggere la volontà imperiale.

E' ben noto il legame politico tra l'imperatore Adriano e il giurista Salvio Giuliano. Sappiamo che il primo attribuisce un particolare valore all'opera del secondo; ne usa i responsi e talvolta li corregge. Ma accade anche il contrario. Gaio puntualmente ricorda una discussione sul rapporto tra legati e fedecommissi, nella quale Giuliano muove da un rescritto adrianeo, eppure giunge a modificare la soluzione normativa che questo esprimeva.

“Se chi è tenuto ad adempiere un fedecommesso sia incorso in un ritardo nell'adempimento, egli dovrà gli interessi e i frutti; gli interessi dei legati invece non sono dovuti: e ciò è enunciato in un rescritto del divino Adriano. Ricordo tuttavia che Giuliano ha ritenuto vi fosse la stessa disciplina dei fedecommissi nel legato che viene disposto *sinendi modo* e vedo che tale opinione ottiene i maggiori consensi anche oggi”.<sup>77</sup>

---

dello stesso frammento, che sembra una locuzione-ponte tra le due discipline). Viene tenuta ferma, in questo contesto, l'autonomia delle due azioni reciproche.

<sup>77</sup> Gai. 2.280: *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debet; legatorum vero usurae non debentur; idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse, in eo legato quod sinendi modo relinquitur idem iuris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere video.* Vedi R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli 2000, 254; 306 s.

Il passo va collocato entro una rete di testimonianze eterogenee. Da esse emerge quanto sia stato dibattuto il problema dei frutti e delle usure in relazione ai fedecommessi ed ai legati. La decisione adrianea rappresenta solo un momento di una vicenda normativa che si svolge, con scelte mutevoli, e va oltre la giurisprudenza del secondo secolo. L'*interpretatio* di Giuliano, infatti, anticipa un orientamento giurisprudenziale più vasto, che assimila la disciplina relativa all'adempimento dei fedecommessi e dei legati e alla latitudine delle relative prestazioni. Per entrambe le disposizioni *mortis causa*, che hanno la funzione comune di stabilire un acquisto a carico dell'eredità, verrà delineato in età severiana un uguale trattamento dei frutti e delle usure.

Il punto di partenza del passo gaiano riguarda i fedecommessi. Il vincolo fiduciario che questi costituiscono comprende, in caso di ritardo nell'acquisizione del bene da parte dell'onorato, sia gli eventuali frutti della cosa a lui destinata sia le usure, ove si tratti di una somma di danaro.<sup>78</sup>

Per i legati non vale la stessa regola. O meglio, non vale l'equiparazione tra frutti ed usure. Sappiamo che nei legati ad effetti reali (quelli *per vindicationem* e *per praeceptionem*) i frutti accompagnano la cosa e sono dovuti a partire dal momento dell'acquisto. Testimonianze dello stesso Giuliano e di Ulpiano danno per scontata questa regola.<sup>79</sup> Ugualmente, nei legati *per damnationem*, che hanno effetti obbligatori, il debito dell'erede comprende i frutti prodotti dopo il termine di adempimento dell'*obligatio*.<sup>80</sup>

Ma quando l'oggetto del legato è una somma di danaro, è possibile immaginare per le *usurae* una disciplina simile a quella dei

---

<sup>78</sup> Coerente con questa impostazione D. 32.26 (Paul. 2 *ad Nerat.*): *Is qui fideicommissum debet post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo adfectus est fideicommissarius, praestare cogitur.* Cfr. L. DESANTI, *Di nuovo sul regime dei frutti nel fedecommesso 'de residuo' e sul presunto contrasto tra D. 22.1.3.2 (Pap. 20 quaest.) e D. 36.1.60 (58).7 (Pap. 9 resp.)*, in SDHI, 65, 1999, 67 ss., spec. 76 ss.

<sup>79</sup> Vedi D. 10.2.51 pr. (Iul. 8 *dig.*) e Vat. Frag. 44 Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. II. Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*, Milano 1963, 392 s.

<sup>80</sup> Cfr. Epitome Gai 2.7.8 (su cui v. G. G. ARCHI, *L'"epitome Gai". Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, Milano 1937, 362 s.) e D. 30.39.1 (Ulp. 21 *ad Sab.*).

frutti? Adriano risponde negando l'assimilazione. La soluzione si spiega, se teniamo conto del fatto che è esattamente la quantità di *pecunia* destinata dal testatore quella che spetta al legatario e si sottrae all'*hereditas*. Senza aggiunte.

Giuliano non sembra aver dubbi sull'attribuzione dei frutti. Invece, non segue l'imperatore nella statuizione in tema di *usurae*. Configura infatti un obbligo al pagamento degli interessi da parte dell'erede nel *legatum sinendi modo*.

Il legato in questione (su cui il giurista formula il responso) riguarda una somma di danaro. L'erede ha l'obbligo di consentire l'esercizio di un potere da parte del legatario per l'acquisto di questa somma. Se l'adempimento giunge in ritardo (se la condotta che consiste nel *sinere*, nel permettere l'azione altrui, si realizza dopo un tratto di tempo), ciò determina un compenso per il mancato uso del danaro durante la fase che intercorre tra la costituzione del vincolo derivante dal legato e la sua esecuzione. Questo si intende, nella fattispecie considerata, con il termine *usurae*. (L'uno per cento della somma ogni mese ed un dodicesimo ogni anno).

Dopo la correzione introdotta da Giuliano, sembra che il rescritto adrianeo sia abbandonato. Già Gaio nel passo delle *Institutiones* citato attesta il superamento della norma che esclude in generale il pagamento di interessi nei legati. Dev'esservi stata una tendenza espansiva del principio e possiamo supporre che proprio Giuliano, rispondendo in materia di *legatum sinendi modo*, abbia aperto la strada ad un mutamento di disciplina più ampio, in tutti i legati ad effetti obbligatori.<sup>81</sup>

Più tardi, in età severiana, la vicenda normativa approda ad una enunciazione generale, che da un lato accomuna fedecommissi e legati, dall'altro non ammette più differenze tra effetti reali ed obbligatori dei legati. Ulpiano afferma che per tutti i legati, come per i fedecommissi, frutti ed usure vanno disciplinati allo stesso modo.

---

<sup>81</sup> Sulla originalità di Giuliano nell'ambito dello *ius controversum*, qualche spunto utile è in E. STOLFI, *Per uno studio delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *Rivista di Diritto Romano*, I, 2001, 345 ss., spec. 354 ss.

“Gli interessi hanno la stessa funzione dei frutti e a ragione non devono essere separati dai frutti: e ciò si osserva nei legati, nei fedecommessi, nell'azione di tutela e negli altri giudizi di buona fede. Lo stesso dunque diremo per gli altri proventi”.<sup>82</sup>

In un altro luogo dei *libri ad edictum*, Ulpiano estende la nozione di *fructus* anche ai redditi che il locatore trae dall'affitto di un immobile: *Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur*<sup>83</sup>.

Non vi è più differenza tra profitto monetario e frutto. Ciò porta a modificare la disciplina dei legati pecuniari, come emerge anche da un passo delle *Pauli sententiae*. “Per effetto del ritardo nell'adempimento dei fedecommessi o dei legati si possono chiedere i frutti e le usure... *mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur*”.<sup>84</sup>

Dunque, siamo di fronte allo svolgimento e agli esiti di uno *ius controversum* che i testi esaminati delineano e di cui il passo gaiano è parte. L'*interpretatio iuris* modifica il rescritto imperiale, sviluppando un'elaborazione che giungerà a conclusioni assai lontane dal punto di vista di Adriano.

Il merito di Gaio consiste nel cogliere e nel raccontare il momento di rottura: quello in cui si avvia l'assimilazione dei legati ai fedecommessi e si cominciano a considerare i profitti provenienti dall'uso del danaro alla stregua di frutti.

Il rapporto giuristi-imperatore ci appare in questo caso capovolto rispetto al quadro fornito nella parte generale dell'esposizione gaiana. Non è il *princeps* che dà forza all'uno o all'altro responso, ma è l'affermazione del giurista (di un giurista eminente come Giuliano) che corregge una costituzione imperiale vicinissima nel tempo. Questa ricade così all'interno dello *ius controversum*. Fa parte della dialettica giurisprudenziale: non la scioglie né tanto meno può impedirla.

Quanto alla materia dei frutti e delle usure relativi ai legati, dal confronto tra Adriano e Giuliano risulta l'assenza di una gerarchia

<sup>82</sup> D. 22.1.34 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur. hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus*. Cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica*, cit., 300 ss.; 377.

<sup>83</sup> D. 22.1.36 (Ulp. 61 *ad ed.*), su cui ancora R. CARDILLI, *La nozione giuridica*, cit., 311 s.

<sup>84</sup> Paul. Sent. 3.8.4.

delle norme: l'*interpretatio* non è subordinata ai precetti dei *principes*. Volontà dei giuristi e volontà della politica si intrecciano, nel vivo della trattazione di casi controversi

Dalla scienza nasce - dopo la costituzione imperiale ed in contrasto con essa - una nuova "regle de droit", che sarà circondata da consensi. Gaio scrive: *quam sententiam et his temporibus magis optinere video*. Riconosce che l'opinione giuliana si è rivelata più persuasiva del rescritto.

Così, in definitiva, la sua narrazione mostra come l'autorevolezza della giurisprudenza possa prevalere sull'autorità politica degli imperatori.





La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: [redazioneaupa@unipa.it](mailto:redazioneaupa@unipa.it)



Finito di stampare nel mese di Dicembre 2012  
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.  
Bagheria (Pa)







