

Filippo Gallo

«**Princeps**» e «**ius praetorium**» (*)

1. Il titolo della mia relazione, non prevista inizialmente nel programma del Convegno, è stato scelto in una telefonata col professor Corbino e risente forse della fretta. I due elementi del titolo, indicati col segno ‘*princeps*’ e il sintagma ‘*ius praetorium*’, non appaiono fra loro omogenei. Si avrebbe l’omogeneità con formulazioni del tipo «principe e pretore» oppure «potere (io specificherei «normativo») imperiale e *officium* del pretore». Non ho tuttavia creduto di modificare il titolo prescelto perché, pur nella disomogeneità, esso risulta consono alla visuale, da cui muovo, dell’eliminazione, con lo sviluppo del principato, del *ius praetorium* come fonte autonoma. Il *ius praetorium*, assente dal titolo del Convegno (*Ius controversum*’ e ‘*auctoritas principis*’), può ritenersi recuperato, se pur senza esplicita menzione, nel sottotitolo: «*Giuristi principe e diritto nei primo impero*». Il *ius controversum*, derivato dalla giurisprudenza, e l’*auctoritas principis* (a mio avviso, come risulterà dalla relazione, il potere normativo imperiale), per quanto significativi, non rappresentano, da soli, il sistema in vigore nell’epoca imperiale e nemmeno nella prima fase di essa. Per la comprensione di tale sistema, esattamente della sua vicenda storica, dato che esso non fu statico ma in movimento, occorre estendere la considerazione all’intero fenomeno della produzione del diritto, comprensivo delle *leges*, dei *mores*, dei *senatusconsulta* e del *ius honorarium*. I mutamenti verificatisi nei singoli elementi, in larga parte tra loro connessi, hanno influenzato il quadro generale, in cui vanno quindi studiati.

L’oggetto centrale della mia relazione è costituito dai rapporti intercorsi nel periodo imperiale tra l’organo supremo della forma costituzionale detta principato e la magistratura investita della *iurisdictio*, dall’impatto che ebbero l’instaurazione e lo sviluppo del principato sull’*officium* del pretore, nella duplice esplicazione del *ius dicere* e dell’introduzione di clausole (norme generali ed estratte) nell’editto. Presterò distinta attenzione all’influenza esercitata in via indiretta dall’imperatore su tale *officium*, mediante gli interventi sull’*interpretatio* dei *prudentes*. Denuncio ancora per chiarezza, prima di entrare in *medias res*, le precomprensioni da cui muovo.

– La sutura tra la repubblica e il principato si presentava già ambigua agli occhi dei contemporanei e tale si presenta ancora ai nostri. Concorrono e appaiono intrecciati, nel passaggio dall’una all’altra forma costituzionale, i contrastanti profili della continuità e della rottura, dei quali occorre individuare le rispettive esplicazioni e la loro consistenza.

– La produzione del diritto è la massima espressione della sovranità, del potere politico che la gestisce. Sono convinto che, senza un mutamento in ordine ad essa, non sarebbe stato effettivo, ma solo nominale, il passaggio dalla forma costituzionale detta repubblicana a quella che chiamiamo principato (evolentesi storicamente verso il dominato).

– La società romana era altamente giuridicizzata. E’ da escludere che in essa un mutamento significativo nel sistema giuridico non sia stato colto e considerato dai giuristi.

*) Testo ampliato e corredato di note della relazione tenuta al convegno internazionale di diritto romano svolto a Copanello nei giorni 10-13 giugno 1998 su: «*Ius controversum*’ e ‘*auctoritas principis*’. *Giuristi principe e diritto nel primo impero*».

– Penso col Weber che il potere politico, come si instaura, persegua la propria giustificazione. Peraltro quella ufficialmente fornita può essere vera, come essere falsa (basata su dati esistenti o sulla loro falsificazione), e va pertanto sottoposta a verifica. Si basa, ad esempio, su una falsificazione della *lex de imperio* quella del passaggio storico del potere dal popolo all'imperatore, enunciata dai giustinianei nelle *Institutiones* (1.2.6; si veda anche *const. Deo auctore*, § 7). La giustificazione parallela, riguardante in particolare Giustiniano, della derivazione del potere imperiale da Dio, riflette (e utilizza) una visione cristiana.

Confido che dalla relazione emergerà anche se le presupposizioni enunciate reggano al vaglio delle fonti oppure vadano corrette o abbandonate.

2. Pongo per prime queste domande: l'introduzione del principato ha comportato modificazioni nei modi di produzione del diritto? quando il principe ha avuto potere di emanare norme, *quae legis vicem optinent?*

Pomp. (*sing. enchir.*) D. 1.2.2.11-12: Novissime, sicut ad pauciores iuris constituendi vias transisse ipsis rebus dictantibus videbatur per partes, evenit, ut necesse esset rei publicae per unum consuli (nam senatus non perinde omnes provincias probe gerere poterat). igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset ratum esset. Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur … aut … aut … aut … aut … aut … aut est principalis constitutio, id est, ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.

Gai., *inst. 1.5*: Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit: nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.

La sintesi storica di Pomponio può apparire carente. In essa non si accenna agli avvenimenti che determinarono l'esigenza, sentita dal popolo e dal senato, di avere, secondo la rappresentazione di Guarino¹, «un uomo forte che sovraintendesse a tutto per tutti». Isolatamente presi, l'ablativo assoluto '*constituto principe*' e il verbo '*dare*' ('*datum est ei ius, ut …*') possono far pensare che la riforma costituzionale costituita dall'introduzione del principato sia stata operata in modo pacifico, senza traumi, mentre si arrivò ad essa attraverso un periodo di gravi illegalità e turbolenze, concluso dalla guerra combattuta e vinta da Ottaviano contro Antonio, l'ultimo rivale rimasto (formalmente contro la regina Cleopatra). Pomponio concentrò l'attenzione sul profilo giuridico, trascurando gli eventi a cui si è fatto cenno, culminati nell'impossessamento, da parte di Augusto, della *res publica*, col sostegno delle armi. Nella prospettiva scelta egli sottolineò il collegamento esistito, da una parte, tra l'esigenza di provvedere alla *res publica per unum* e l'instaurazione del principato e, dall'altra, tra quest'ultima e l'attribuzione al principe del potere di creare diritto.

Non vedo in tutto ciò ragioni plausibili (o almeno finora, a quanto mi consta, non sono state addotte) per negare fede ai dati testimoniati dal giurista, al quale non si può non riconoscere un vivo interesse per la storia del diritto. Non vedo in specie ragioni per ritenere attendibile il primo collegamento da lui enunciato e non attendibile il secondo (tra l'istituzione del principato e l'attribuzione al principe del '*ius, ut quod constituisset ratum esset*'). Il potere normativo è l'elemento culminante del potere imperiale e caratterizzante del principato (nuova forma costituzionale diversa da quella repubblicana). Non appare possibile conseguire il *consuli per unum* (il principe) alla *res publica*, senza conferire ad esso potere normativo.

La testimonianza di Pomponio è confermata e integrata da quella di Gaio, altro giurista che aveva interesse per la storia (e che, nonostante recenti suggestioni, continuo a ritenere distinto dal primo). Gaio afferma, con forza, che non si è mai dubitato che il principe abbia il potere di emanare norme che '*legis vicem optinent*'. Nel suo discorso il '*nec umquam*' significa chiaramente che l'esclusione del dubbio risale al tempo stesso dell'introduzione del principato. Come in Pomponio, la creazione

¹⁾ *Storia del diritto romano*¹⁰, Napoli, 1994, p. 187.

del principe e l'attribuzione al nuovo organo del potere di creare diritto vanno di pari passo, sono le due facce ed esplicazioni di un'unica riforma costituzionale, per l'appunto dell'instaurazione del principato. Gaio indica inoltre (specificando così il ‘*datum est ei ius, ut ...*’ di Pomponio) la ragione dell'esclusione di ogni dubbio sulla spettanza al principe del potere di porre norme tenenti il luogo della legge: il principe (ciascun principe) riceve l'*imperium* (il potere imperiale) mediante una *lex*.

E' convinzione generale e fondata che Gaio, con il complemento ‘*per legem*’, abbia alluso alla *lex de imperio*. Si devono tuttavia tenere presenti questi dati: egli si servì del segno ‘*imperium*’, senza specificazioni, in un senso – che trova riscontro nelle locuzioni tecniche ‘*lex de imperio*’ e ‘*dies imperii*’ – oscillante fra l'accentuazione del potere imperiale e quella della relativa carica; egli usò il termine ‘*lex*’, di nuovo senza specificazioni, per indicare l'atto formale con cui si compiva l'investitura imperiale. La *lex* era per Gaio una statuizione (‘*iussum atque constitutio*’) del popolo. Nel precedente § 3 egli aveva infatti enunciato la definizione (riflettente con ogni probabilità una concezione largamente diffusa) ‘*lex est quod populus iubet atque constituit*’. Rispetto alla definizione che era stata formulata da Capitone al tempo di Augusto (‘*lex est generale iussum populi aut plebis rogante registratu*’) appaiono caduti la menzione del ruolo del magistrato (la predisposizione e sottoposizione al popolo della *rogatio*) e la qualifica indicata con l'aggettivo ‘*generale*’. Evidentemente per Gaio il voto, la volontà popolare era non solo l'elemento più rilevante, ma il solo che contava, che meritasse ai suoi occhi di essere rappresentato in sede definitoria. Quanto all'aggettivo ‘*generale*’ (in cui poteva cogliersi il riferimento al carattere di generalità ritenuto insito nella legge, in connessione col significato che si attribuiva al preceppo decemvirale – Tab. IX.1 – ‘*privilegia ne inrogantio*’), è possibile che esso sia apparso a Gaio in contrasto con la *lex de imperio*, riguardante almeno *prima facie*, un'unica persona, il soggetto proclamato (fatto) imperatore². Sembra da ritenere che il giureconsulto (il quale, nella parte introduttiva delle Istituzioni, si occupò soltanto, in argomento, di *leges* e *plebiscita* in via generale e della *lex* con cui si conferiva l'*imperium* al principe), come nell'alludere col complemento ‘*per legem*’ alla *lex de imperio* ebbe presente la nozione prima delineata di ‘*lex*’, così nel definire quest'ultima tenne conto della *lex de imperio*, anch'essa rientrante nelle ‘*leges*’ (costituente uno dei componenti della categoria).

Pomponio e Gaio, pur nella diversa impostazione, offrono testimonianze collimanti nei tratti essenziali. Il primo muove dall'instaurazione del principato, a cui riconnette il conferimento al *princeps* del potere (*ius*) di creare diritto. Il secondo muove dalla definizione della ‘*constitutio principis*’, che ‘*legis vicem optinet*’, precisando che essa ebbe tale valore fin dall'introduzione del principato, perché il principe riceve l'*imperium* mediante una *lex* (emanazione – ‘*iussum atque constitutio*’ – del popolo). Anche gli elementi che ricorrono nell'una e non nell'altra testimonianza (in specie la *necessitas* che si provvedesse *per unum* alla *res publica* in Pomponio e l'indicazione nella *lex* dell'atto formale con cui si conferiva al principe potere normativo in Gaio) si armonizzano bene con quelli comuni ad entrambe.

Le due testimonianze offrono nell'insieme questo quadro: l'esigenza di assicurare una guida unitaria alla *res publica* venne appagata con l'introduzione di un nuovo organo detto «principe»; fin dagli inizi (dalla sua introduzione) il principe veniva formalmente investito della carica e potere imperiale (*imperium*) mediante una *lex* (detta appunto ‘*imperii*’ o ‘*de imperio*’)³; in forza dell'*imperium* così ricevuto egli assumeva il compito, l'*officium*, il potere-dovere di provvedere alla *res publica* in rappresentanza (e quindi in luogo) del popolo; rientrava in specie nella carica imperiale l'emanazione,

²⁾ E' da ricordare, al riguardo, che Gellio, *Noct. Att.* 10.20, dopo aver riferito la definizione capitoniana di ‘*lex*’ ed aver osservato che, a rigore, alla sua stregua, i *iussa* relativi all'*imperium* di Pompeo, al *reditus* di Cicerone e alla *caedes* di Clodio non dovrebbero dirsi ‘*leges*’, ma ‘*privilegia*’, conclude il discorso sottolineando che tuttavia già gli antichi testi (‘*vetera scripta*’) ‘*et plebiscita et privilegia translaticio nomine leges appellaverunt eademque omnia confuso et indistincto vocabulo rogationes dixerunt*’ e che lo stesso Sallustio, ‘*proprietatum in verbis retinentissimus*’, si adeguò a tale uso. Sarebbe da indagare il significato di ‘*generale*’ nella definizione capitoniana.

³⁾ La sinteticità della testimonianza gaiana, in linea con l'insegnamento istituzionale, non esclude che, nella fase di avvio (per Augusto), il conferimento dei poteri costituenti la carica imperiale sia avvenuto a più riprese (con più *leges*).

sempre *vice populi*, di norme giuridiche, che tenevano perciò il luogo della legge, diretta emanazione del popolo.

Secondo l'analisi svolta, nei dati concordanti attestati da Pomponio e Gaio si trova la risposta, univoca e puntuale, alle domande sopra poste: l'instaurazione della nuova forma costituzionale comportò l'introduzione di un nuovo modo di produzione del diritto: la *constitutio principis*, tenente il luogo della legge; l'introduzione del nuovo modo di produzione del diritto fu coeva a quella del principato.

Aggiungo una notazione. Sia Pomponio che Gaio attestano l'attribuzione al principe del potere di creare diritto senza la sottoposizione a peculiari vincoli formali; l'elemento trova riscontro nella libertà da formalità precostituite, che caratterizzò in fatto gli interventi normativi imperiali (il termine ‘*constitutio*’ non evocava la norma in senso formale, ma sostanziale), ed appare riflessa nella varietà delle relative classificazioni e raffigurazioni nelle fonti a noi pervenute. Così, mentre le costituzioni imperiali sono suddivise da Gaio nei *decreta*, *edicta* ed *epistulae*, Papiniano le indica col solo segno ‘*decreta*’ e diverse clausole edittali col binomio, variamente espresso, ‘*decreta edicta*’.

3. Passo ora alla valutazione, cercando di evitare confusioni tra i diversi piani: quello dell'esercizio, da parte dell'imperatore, del potere normativo, quello della spettanza ad esso di tale potere e quello della relativa giustificazione.

Forti correnti di studiosi continuano a ritenere non meritevoli di fede le testimonianze di Pomponio e di Gaio, delle quali si sottolinea la formulazione in un'epoca più tarda rispetto all'instaurazione del principato. Con le loro enunciazioni (delle quali si tende a trascurare l'esegesi) i due giuristi avrebbero inteso rendere omaggio all'imperatore, giustificandone *a posteriori* il potere normativo in contrasto con la verità storica. La critica accennata non si sostanzia *ictu oculi* di argomenti, ma costituisce una supposizione, un'ipotesi da dimostrare. Si tratta del tentativo di salvare dal contrasto con le attestazioni di Pomponio e Gaio l'opinione precostituita (un *idolum* dovuto a un residuo di ossequio, nel caso ingiustificato, all'autorità del Mommsen)⁴, secondo cui il principe non

⁴⁾ Il quale escludeva, com'è noto, il potere normativo (egli dice legislativo) imperiale per tutta l'età del principato. Non nasconde che la riconsiderazione della sua trattazione in argomento (*Römisches Staatsrecht*, II.2³ [Nachdr.], Basel, 1952, in particolare p. 888 s. e 905 ss.) mi rende difficilmente comprensibile il condizionamento da essa esercitato sugli studi successivi e non ancora del tutto venuto meno al presente.

In tale trattazione non mancano aspetti di equivocità (ad esempio, tra legge e norma e tra potere legislativo e normativo). Essa delinea uno sviluppo (accentramento del potere legislativo nel Senato) contrastante con quello testimoniato dalle fonti (sovraposizione dell'*oratio principis* sul senatoconsulto nel quadro della progressiva concentrazione nell'imperatore di tutta la produzione del diritto). Talora il grande studioso travisa dati testuali. Indico un esempio. Egli (*op. cit.*, p. 914 s.) attribuisce rilievo, nella sua dimostrazione, al fatto che ancora nella fase terminale del principato sarebbe stata formalmente riconosciuta «die ausschliessliche Befugnis des Senats zur Legislation», adducendo come prova *Vita Probi* 13: ‘secundum orationem permisit paribus, ut ... leges, quas Probus ederet, senatus consultis propriis consecrarent’. Il passo, anche mutilo e avulso dal contesto, così come presentato dal Mommsen, depone in senso contrario. Il verbo ‘*permittere*’ rappresenta una concessione o affidamento da parte dell'imperatore. E l'autorità che ha il potere di attribuire un compito ha anche quello di revocarlo. La menzione dell'*‘oratio’* (e tanto più se si trattava di uno scritto inviato da Probo al Senato: cfr. *Vita Probi*, § 11) conferma che essa aveva soppiantato il senatoconsulto. Né prova in senso contrario la menzione del medesimo all'inizio del § 13 (si veda *infra* in questa nota), dove il segno richiama la deliberazione, in forma di acclamazione, con cui il Senato aveva attribuito a Probo i poteri e titoli della carica imperiale. Nell'occasione la proposta (*oratio*) non poteva ovviamente provenire da Probo, neppure presente, ma fu enunciata dal senatore Manlio Staziano (§ 12). Il verbo ‘*consecrare*’ non indica la produzione di *leges*, già espressa da ‘*edere*’ («mettere fuori», «dare alla luce», «generare»). È' verosimile che esso sia usato in un senso metaforico, come «eternare»; ma anche il significato di «rendere sacro», riferito alle *leges* già emanate, non evoca la loro produzione. In buona sostanza venne attribuita al Senato la recezione nei senatoconsulti delle costituzioni (*leges*) di Probo, già per se stesse valide e da esso non modificabili. L'estensione della considerazione al contesto e al brano omesso dal Mommsen offre altri elementi di critica. Trascrivo dall'edizione di E. HOHL (*Teubner*) la parte finale del § 12 e quella iniziale del § 13.

§ 12: *decerno igitur, p.c., votis omnium cincinibus nomen imperatorium, nomen Caesareanum, nomen Augustum, addo proconsulare imperium, patris patriae reverentiam, pontificatum maximum, ius tertiae relationis, tribuniciam potestatem. post haec adclamatum est:*

avrebbe avuto potere normativo prima di Adriano o almeno nel primo secolo d.C. E' vero che Pomponio e Gaio furono giuristi attivi oltre un secolo e mezzo dopo l'instaurazione del principato. Essi coltivarono però, come ho già notato, la storia del diritto e delle istituzioni romane. Le riflessioni di carattere storico sul potere normativo imperiale fanno parte della trattazione delle *partes iuris* (Pomponio) e dei *iura* (Gaio) del popolo romano. Non ci sono pervenute altre trattazioni del medesimo tipo risalenti al periodo anteriore da Augusto agli Antonini. Non può quindi stupire che la deficienza coinvolga le enunciazioni teoriche di giuristi di tale periodo sul predetto potere.

Le riflessioni di carattere teorico non sono in ogni modo le sole testimonianze pervenuteci in materia. Abbiamo al contrario una serie cospicua di fonti attestanti interventi normativi di Augusto e dei suoi successori. Queste fonti tendono ad essere lasciate in ombra dai critici delle enunciazioni teoriche di Pomponio e Gaio. Non pare necessario ricercarne la ragione. Certo a me appaiono meno attaccabili di queste ultime, sia per la loro natura e l'epoca a cui risalgono (si hanno, insieme a passi di giuristi, iscrizioni di vario tipo, testi di *gromatici veteres*, di Svetonio, di Plinio il giovane, etc.), sia per il loro contenuto (vi sono documentati o attestati specifici interventi normativi imperiali, in definitiva fatti e non giudizi). Non è possibile, data la loro abbondanza, considerarle o anche solo riferirle tutte. Rinuncio pure ad indagini sulla loro tipologia. E' sufficiente, ai miei fini, rinviare alle raccolte della Malcovati (*Imperatoris Caesaris Augusti operum fragmenta*)⁵ e del Gualandi (*Legislazione imperiale e giurisprudenza*)⁶, richiamando, in aggiunta, il proemio dello Γνώμον τοῦ ιδίου λόγου⁷. La Malcovati riferisce 24 testimonianze (una sola delle quali – Paul. D. 48.18.8 – richiamata pure dal Gualandi) relative ad *edicta* e 3 relative a *decreta* emessi da Augusto⁸. Il Gualandi riporta (se non ho errato nei conteggi) una ventina di citazioni, da parte di giuristi, di costituzioni di Augusto, 6 di Tiberio, 15 di Claudio, 4 di Nerone, 7 di Vespasiano, 4 di Tito, 4 di Domiziano, 6 di Nerva, 44 di Traiano, quasi 200 di Adriano, etc.

Alcune delle citazioni sopra richiamate delle due raccolte non concernono costituzioni imperiali o sollevano difficoltà. Ricordo, quali esempi, tra i testi citati dalla Malcovati, Suet., *Aug.* 56.2 ('numquam filios suos populo commendavit ut non adiceret 'si merebuntur' ...') e, tra quelli citati dal Gualandi, i frammenti dove si parla di *lex* (Ulp. D. 1.17.1: '... lege sub Augusto ei [al praefectus Aegypti] datum est ...'; Paul. D. 40.1.14.1: '... ex lege Augusti'; Ulp. D. 48.5.1: 'Haec lex lata est a divo Augusto').

Resta tuttavia un blocco corposo e, a mio parere, inattaccabile di testimonianze, le quali confermano l'esattezza delle notizie tramandate da Pomponio e Gaio: il potere normativo imperiale sorse congiuntamente al principato (al nuovo assetto costituzionale così chiamato), del quale rappresentò l'elemento saliente; in proposito non furono mai nutriti dubbi, né nella visione comune (rispecchiata dagli scrittori non giuristi), né in quella della giurisprudenza.

Scelgo alcune tra le testimonianze relative ad interventi normativi di Augusto.

Frontin., *de aquae duct.* 99: Augustus quoque edicto complexus est, quo iure uterentur, qui ex commentariis Agrippae aquas haberent, tota re in sua beneficia translata.

'omnes, omnes'.

§ 13: *Accepto igitur hoc s.c. secunda[m] oratione permisit patribus, ut ex magnorum iudic[is]um appellationibus ipsi cognoscerent, pro consules crearent, legatos <ex> consulibus darent, ius praetorium praesidibus darent, leges, quas Probus ederet, senatus consultis propriis consecrarent.*

L'*oratio* di Probo fu una risposta alla delibera assunta dal Senato per attribuirgli i poteri e le prerogative imperiali. L'imperatore, per così dire in ricambio, conferì a sua volta al Senato una serie di poteri e onori. I quali, sia singolarmente che globalmente considerati, confermano che il Senato, nonostante il ruolo che conservava nella nomina dell'imperatore, risultava nella sostanza sottoposto al potere imperiale.

⁵⁾ Torino, 1969 (quinta edizione).

⁶⁾ I e II, Milano, 1963.

⁷⁾ «FIRA.», I, Firenze, 1941, p. 470.

⁸⁾ La studiosa – *op. cit.*, p. 29 ss. – cita pure una serie di testimonianze relative ad *epistulae* di Augusto, *ad res publicas pertinentes*, in parte riferibili alla sua attività normativa. Il complesso della produzione normativa augustea è ancora da studiare.

Paul. D. 48.18.8.pr.: Edictum divi Augusti, quod proposuit Vibio Habito et Lucio Aproniano consulibus, in hunc modum extat: ‘quaestiones neque semper in omni causa et persona desiderari debere arbitror, et, cum capitalia et atrociora maleficia non aliter explorari et investigari possunt quam per servorum quaestiones, efficacissimas eas esse ad requirendam veritatem existimo et habendas censeo’.

Ulp. D. 16.1.2.pr.: Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox divi Claudi edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent.

Paul. D. 28.2.26: Filius familias si militet, ut paganus nominatim a patre aut heres scribi aut exheredari debet, iam sublatu edictu divi Augusti, quo cautum fuerat ne pater filium militem exheredet.

Fragm. de iure fisci 8: Qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam a non possidente comparavit, praeterquam quod emptio nullius momenti est, poenam quinquaginta sestertiorum fisco repraesentare compellitur.

Plin. ep. 10.79.2: secutum est dein edictum divi Augusti, quo permisit minores magistratus ab annis XXV capere.

Gli interventi normativi di Augusto non appaiono valutati diversamente dai gromatici nel primo secolo d.C. e dalla giurisprudenza nel terzo. Venne conservato e trasmesso dai giuristi fino al tempo dei Severi il testo di costituzioni augustee⁹⁾. Paolo qualifica ‘*edictum*’ un intervento augusteo nel quale si susseguono i verbi ‘*arbitror*’, ‘*existimo*’, ‘*censeo*’. Ancora Paolo ricorda l’avvenuta abrogazione di una costituzione (‘*edictum*’) emessa da Augusto. Senza l’abrogazione essa sarebbe rimasta in vigore, così come lo sono state le altre del medesimo imperatore (e di quelli successivi) non abrogate. E’ superato anche il legame, quanto alla durata, con la persistenza della carica imperiale (dell’imperatore che le ha emanate). Non si coglie differenza, nella considerazione dei giuristi, tra le costituzioni risalenti ad Augusto e ai suoi primi successori e quelle emanate a partire da Adriano. Essi riconoscono lo stesso valore alle disposizioni poste dagli imperatori, a cominciare da Augusto, ed a quelle introdotte da *leges* e *senatusconsulta*.

Emerge un panorama paleamente incompatibile con l’esperienza del periodo repubblicano (con la precedente forma costituzionale repubblicana). Emergono le linee dell’assetto costituzionale del principato. Anche i termini derivati dall’esperienza precedente (‘*imperium*’, ‘*edictum*’, ‘*mandatum*’, etc.) assumono un nuovo valore e significato, consoni alla mutata forma costituzionale.

Le testimonianze richiamate consentono di trarre le fila.

E’ sicuro che già Augusto e i suoi primi successori esercitarono il potere normativo. E’ egualmente sicuro che ad essi competeva (almeno nel senso che era pacificamente riconosciuto) tale potere. Su entrambi i punti le fonti di vario tipo raccolte dalla Malcovati e dal Gualandi non lasciano spazio ad incertezze: come ho già accennato, esse corredano di dati concreti la testimonianza gaiana secondo cui, fin dal sorgere del potere imperiale, fu sempre indiscussa la comprensione in esso dell’esplicazione normativa. Il libro del Gualandi, tanto più meritorio in quanto risalente ai primi anni ’60, non ha ricevuto dalla dottrina la considerazione che merita. Esso fa vedere, coi dati testuali (con la crescita delle citazioni di costituzioni imperiali da parte dei giureconsulti), che, con l’impero di Adriano, si ebbe una forte intensificazione dell’attività normativa imperiale, non il suo inizio, risalente ad Augusto. Tale intensificazione trova corrispondenza e spiegazione nella concentrazione, perseguita e portata a un punto avanzato da Adriano, della produzione del diritto in capo al principe. Sotto il principato augusteo le costituzioni imperiali coesistevano con le *leges* (di cui si ebbe una riconosciuta fioritura), con i *senatusconsulta* e con il *ius praetorium*, ancora fonte viva. Sotto quello di Adriano si ebbe un’accelerazione decisiva verso la completa assunzione, da parte del principe, della

⁹⁾ Si veda anche Macer. D. 49.16.12.1. La forza di questo dato, anche isolatamente preso, mi pare difficilmente contestabile: se non avessero avuto fin dall’inizio valore normativo, non si spiegherebbe la conservazione, addirittura testuale, di interventi augustei, da parte dei giuristi, a distanza di due secoli.

produzione del diritto: era cessata, e non fu più ripresa, la stagione delle *leges*, le modifiche all'editto pretorio vennero riservate all'imperatore e al Senato (sostanzialmente al primo) e lo stesso senato-consulto tendeva ad essere assorbito nell'*oratio principis*.

Si tratta, io credo, nei tratti portanti, di risultati tra i più solidi (traduentisi nella rettifica di precedenti posizioni erronee) conseguiti dalla scienza romanistica.

Assodato che già Augusto e i suoi immediati successori esercitarono e rivestirono il potere di creare diritto, rimane da chiarire se l'*imperium* del principe, a cui ineriva l'esplicazione normativa, aveva una base fattuale oppure giuridico-formale, se esso era ancorato alla costituzione c.d. materiale (a cui si riconducono le teorie che individuano il fondamento del potere normativo nell'*uctoritas* del principe) oppure ad un elemento del sistema in vigore. Com'è noto, la testimonianza già esaminata di Gaio e quella, che sarà considerata più avanti, di Ulpiano tramandano il fondamento giuridico formale, ravvisato nella *lex de imperio*, alla quale è pure ricollegata da una costituzione di Alessandro Severo (che la chiama 'lex imperii') la *solutio* dell'imperatore dai *sollemnia iuris verba*¹⁰.

Non è sostenibile che la *lex de imperio* costituisse un mero simulacro. Certamente l'instaurazione del principato, ad opera di Augusto, e l'ascesa alla carica imperiale, da parte dei successori, furono fenomeni complessi. Ho già ricordato che Augusto si impossessò, di fatto, del potere attraverso una lunga vicenda, intessuta anche di illegalità, e con la forza delle armi. Quanto ai successori, l'acquisizione della carica avvenne in modi svariati, non uniformi: la designazione fatta dal predecessore (mediante l'adozione, la nomina ad erede, l'associazione nella carica, etc.), l'acclamazione da parte delle legioni o delle coorti pretorie, pronunce del Senato. L'investitura formale, la legalizzazione, si aveva però soltanto con la *lex de imperio*, preparata da un senatoconsulto. Ne offre puntuale conferma la parte a noi pervenuta della *lex de imperio Vespasiani* e segnatamente la clausola di ratifica (29 ss.):

utique quae ante hanc legem rogatam acta gesta decreta imperata ab imperatore Caesare Vespasiano Augusto iussu mandatue eius a quoque sunt, ea perinde iusta rataque sint, ac si populi plebisve iussu acta essent.

Flavio Vespasiano venne acclamato *imperator* dalle legioni d'Egitto il 1° luglio del 69, mentre la *lex de imperio* venne emanata per lui solo circa sei mesi dopo (si ritiene a cavallo di tale anno e di quello successivo). L'acclamazione da parte delle legioni non era priva di valore: Vespasiano faceva risalire ad essa il proprio *dies imperii*. Il fatto tuttavia che, a distanza di circa sei mesi, venne emanata la *lex de imperio* mostra che questa era ritenuta necessaria per la legittima assunzione e gestione della carica imperiale. Ed è ancora più significativa la circostanza che si provvide anche a legittimare (sanare), retroattivamente, l'operato dell'*imperator*. Veniva così attuata una saldatura tra la data del *dies imperii* e quella della *lex de imperio* (tra l'acclamazione delle truppe e il voto dell'assemblea popolare). Il principato di Vespasiano risultava anticipato giuridicamente alla prima data¹¹.

¹⁰) C.I. 6.23.3.

¹¹) F. MILAZZO, *Profili costituzionali del ruolo dei militari nella scelta del princeps dalla morte di Augusto all'avvento di Vespasiano*, Napoli, 1989, p. 201, solleva due obbiezioni che riferisco in ordine invertito: a) la clausola in esame «esprime una convalida retroattiva e non già una retrodatazione del potere imperiale, fenomeni che sono diversi e indipendenti, cosicché il primo non presuppone il secondo»; b) essa «non indica affatto, almeno esplicitamente, alcun termine iniziale (a differenza del *dies ad quem*, esplicitato con l'espressione *ante hanc legem rogatam*)».

La prima obbiezione ha carattere verbalistico: essa non riposa su un dato, ma sulla contrapposizione di attuali raffigurazioni giuridiche dello stesso, reputate tra loro in contrasto. Il dato non è eliminabile con la rappresentazione giuridica (con enunciazioni verbali): in forza della clausola in parola della *lex de imperio*, tutto ciò che era stato '*actum gestum decreatum imperatum*' da Vespasiano, prima di essa, come se fosse già stato imperatore, senza però esserlo stato, acquistò lo stesso valore di quanto da lui posto in essere dopo la medesima. Forse il Milazzo, escludendo la retrodatazione del potere imperiale, è stato influenzato dal fatto che il diritto non cambia le cose; esso può però stabilire e mutare l'efficacia (giuridica) dei fatti, com'è avvenuto nel caso di Vespasiano. Anche in questo caso la convalida o ratifica lasciò bensì inalterati i fatti, ma ne mutò la qualifica e l'efficacia; si produsse, quindi, l'effetto proprio del

L'operato oggetto della sanatoria è espresso con la frase ‘*quae ante hanc legem rogatam acta gesta decreta imperata ab imperatore Caesare Augusto iussu mandature eius a quoque sunt*’. Le quattro forme verbali ‘*acta gesta decreta imperata ... sunt*’ abbracciano ogni attività militare, amministrativa, di governo e normativa. Quest’ultima (la più rilevante) è evocata dalle due ultime forme verbali. Esiste più di un nesso semantico (quasi un’identificazione) tra il participio ‘*decreta*’ e l’omonimo segno con cui si indicavano in tutto o in parte le costituzioni imperiali. L’aggiunta di ‘*imperata*’ serve (a mio avviso soprattutto) a coprire la varietà terminologica con cui esse venivano indicate: viene ratificato tutto ciò che era stato disposto (si fa riferimento al dato sostanziale e non formale) da Vespasiano dopo l’acclamazione come *imperator*.

La ratifica si estende a tutte le attività (espresso delle quattro forme verbali) poste in essere da incaricati di Vespasiano. Penso si possa dire, senza scendere ad analisi, che nella previsione della clausola rientravano i pareri emessi dai giuristi autorizzati a *respondere ex auctoritate* del principe. Le attività indicate, sia di Vespasiano che di suoi incaricati, diventano, in virtù della ratifica, *iusta rataque* come se fossero state compiute *iussu populi plebis* (come, cioè, se il *iussum* popolare fosse stato preventivo). La conseguenza appare ovvia: tutto ciò che è stato così *actum gestum decretum imperatum* (in specie le nuove norme poste), in quanto ricondotto al *iussum populi*, tiene il luogo e ha il valore della legge, *iussum populi* per eccellenza.

Non sembra necessario svolgere ricerche e formulare ipotesi sul contenuto della parte andata perduta della *lex de imperio Vespasiani*. Credo infatti sicuro, da un lato, che le attività da essa ratificate non potessero non corrispondere (in specie non potessero essere più ampie rispetto) a quelle rientranti nella funzione del principe, e, dall’altro, che la ratifica per il passato (il potere riconosciuto retroattivamente) non potesse avere un valore diverso (in specie maggiore) delle prescrizioni dettate (della funzione e del correlativo potere attribuiti) per il futuro.

E’ anche da considerare (17 ss.) la clausola di completamento dell’attribuzione dei poteri (la sesta della parte pervenutaci):

utique quaecumque ex usu rei publicae maiestateque divinarum humanarum publicarum privataramque rerum esse censebit, ei agere facere ius potestasque sit, ita uti divo Augusto, Tiberioque Iulio Caesari, Tiberioqne Claudio Caesari Germanico fuit.

A Vespasiano, dopo l’attribuzione di specifici poteri, si conferisce il *ius potestasque*, che già avevano avuto Augusto, Tiberio e Claudio, di fare tutto ciò che, a suo giudizio, tornerà a vantaggio della *res publica*, per quanto attiene alle cose divine, umane, pubbliche e private. L’opinione che la clausola riguardi la sola attività di governo, e non quella normativa, costituisce una palese forzatura (una restrizione non giustificata dal tenore dell’enunciazione), dovuta al solito pregiudizio che il principe non avesse (o non avesse ancora) il potere di creare diritto. Il principe non avrebbe potuto porre in essere (‘*agere facere*’) tutto quanto a suo giudizio tornava a vantaggio della *res publica*, sul piano delle cose divine e umane, pubbliche e private, senza il potere di introdurre nuove disposizioni o modificare disposizioni esistenti. E in effetti le fonti documentano, come si è visto, che, fino da Augusto, il principe esercitò direttamente un’attività normativa.

La successione nel principato, legalizzata dalla *lex de imperio*, era preparata da altri fatti, non uniformi e mai formalizzati, non esclusi, tra essi, lotte e scontri militari fra i pretendenti. La *lex de imperio* non assicurò il pacifico svolgersi della successione nel principato, ma rimase l’unico elemento, formale e duraturo a cui era legata la legittima investitura del principe e, come tale, fu il solo

(possibile al) diritto.
Nella seconda obbiezione si deduce la mancata esplicitazione del *dies a quo*, ma ne viene tralasciata l’interpretazione alla luce degli elementi disponibili. Ricorrendo alla quale si arriva alla *communis opinio*: la convalida o ratifica risale fino e solo al momento in cui Vespasiano cominciò ad agire come (se fosse stato) principe, fino cioè alla data della sua acclamazione come *imperator* delle truppe d’Egitto, alla quale si faceva in effetti risalire il suo *dies imperii*.

assunto dai giuristi quale fondamento di essa (dell'attribuzione dei poteri in cui di sostanziava). La *lex de imperio* venne approntata al fine di stabilire un collegamento costituzionale fra la repubblica e il principato; essa rappresenta, per così dire, l'anello di congiunzione o ponte di passaggio, sul piano costituzionale, tra la prima e il secondo.

La sua introduzione risale alla fase iniziale del principato, in cui si ebbe una rivalutazione, voluta da Augusto, delle assemblee popolari (*comitia* e *concilia*), mediante la loro utilizzazione per l'emanazione di *leges*. Non sembra casuale la circostanza che è dovuta a Capitone, il più autorevole giurista del circolo di consiglieri di Augusto, la definizione della '*lex*' come '*generale iussum populi aut plebis rogante magistratu*'. Gli elementi del *iussum* del popolo o della plebe e della *rogatio* del magistrato caratterizzavano anche la *lex de imperio*, come mostra la loro menzione nella clausola di ratifica (quella, tra le clausole conservate, in cui se ne presentava l'esigenza) della *lex de imperio Vespasiani*. Non sappiamo se la qualifica di '*generale*' attribuita a *iussum* da Capitone, ancora attivo sotto Tiberio, abbia costituito un ostacolo, e in subordine come esso sia stato superato, all'inclusione della *lex de imperio* nella categoria della *lex*. Farebbe pensare a difficoltà – più ancora delle disquisizioni di Gellio sulla definizione capitoniana¹² – la caduta, nella definizione di Gaio, dell'idea espressa con '*generale*'. Depongono viceversa in senso contrario l'esistenza di precedenti (decisioni assembleari attribuenti poteri a una determinata persona in età repubblicana) e il fatto che, se l'investitura del potere imperiale riguardava per forza di cose una sola persona, gli effetti avevano però portata generale per la *res publica* e i cittadini.

In Gaio e in Ulpiano non si trova, a rigore, l'espressione '*lex de imperio*', se pure il riferimento a questa è certissimo¹³. Il primo parla di '*lex*', mediante cui il principe riceve l'*imperium*, e il secondo di legge, '*quae de imperio eius* (sempre del principe) *lata est*'. L'aggettivo '*regia*', apposto a '*lex*' nell'attuale stesura, non risale al giurista classico, ma è dovuto ai compilatori giustinianei. Esso è espressione della teorizzazione, da parte di questi ultimi (e tende ad evocarla), del passaggio storico del potere dal popolo all'imperatore (della transizione a una forma costituzionale monarchica).

Dalle fonti emerge in modo chiaro la concezione della '*lex*' come '*iussum populi*', mezzo o modo con cui il popolo emette i propri *iussa*. La *lex*¹⁴ è, in generale, il (non solo un) *iussum populi* e la *lex de imperio* è lo specifico *iussum* con cui il popolo conferisce al principe l'*imperium*, comprendente anche il potere di creare diritto.

Certo, sul punto nodale della rappresentatività, la *lex de imperio* lasciava a desiderare. L'assemblea, che la votava, rappresentava, a tutto concedere, i *cives* della capitale, non tutti i cittadini romani. Roma peraltro rivestiva un ruolo centrale ed eminente nell'impero romano; è possibile che si vedesse ancora in essa (che questa continuasse ad arrogarsi) la rappresentanza dell'intero mondo romano. In ogni modo la carenza indicata era presente in tutte le *leges* della prima fase imperiale e nessuno (né i giuristi romani, né, a quanto mi consta, gli studiosi attuali) ha messo in dubbio il loro valore nel sistema romano. Non c'è ragione per mutare considerazione, dallo stesso punto di vista, nei riguardi della *lex de imperio*.

Nel corso del principato, al disotto dell'identità di denominazione, si ebbe un mutamento nella funzione del tale *lex*. Gaio rappresenta ancora la funzione primitiva: conferimento al principe dell'*imperium*, culminante nel potere di creare diritto, da parte del popolo, che peraltro non perdeva il proprio potere (segnatamente quello normativo) e continuava ad esercitarlo, come mostra la parallela emanazione di *leges* e di *constitutiones* nella prima epoca imperiale. Come si vede, il mandato conferito all'imperatore dal popolo, pur operando sul piano pubblicistico, conservava il carattere saliente del mandato privatistico, in cui il conferimento di un incarico al mandatario non priva in via di principio il mandante del potere di provvedervi direttamente.

¹²⁾ Cfr. *supra*, nt. 2.

¹³⁾ Come si è visto, in C.I. 6.23.3, di Alessandro Severo, ricorre la locuzione '*lex imperii*', corrispondente a '*dies imperii*'.

¹⁴⁾ Alludo qui, con questo segno, anche ai *plebiscita*.

Nella rappresentazione ulpiana la funzione della *lex de imperio* si presenta mutata.

Ulp. (1 *inst.*) D. 1.4.1.pr. : Quod principi placuit legis habet vigorem: utpote cum lege [regia], quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.

La differenza, rispetto a Gaio, non sta tanto nell'uso del verbo ‘*placere*’, quanto nella cura posta da Ulpiano per mostrare che il popolo conferisce al principe tutto (proprio tutto) il proprio potere: ‘*populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem confert*’. La conseguenza è che il popolo, finché dura nella carica il principe, così di essa investito, non ha più alcun potere. Compare la visuale, ancora oggi dominante, del mandato pubblicistico. Non c'è ancora il transito storico (per sempre) del potere dal popolo al principe, ma si ha lo stadio intermedio tra la primitiva configurazione del principato e quella del dominato, conseguente a tale transito, avvenuto sul piano dei fatti e accompagnato dall'inaridirsi, fino a scomparire, della *lex de imperio*.

Anche la rappresentazione ulpiana trova riscontri nella realtà. Sotto i Severi era cessata da tempo la congiunta emanazione di *leges* e di *constitutiones*, le quali avevano soppiantato le prime, tenendone il luogo anche in questo senso. La produzione normativa appariva in sostanza concentrata nell'imperatore. La sopravvivenza del potere popolare si riassumeva nella *lex de imperio*.

Il limite inherente a questa *lex* era connesso alla sua genesi, al fatto che nel fine per cui era stata ideata rientrava la legalizzazione della posizione dei successivi principi (di ogni nuovo principe), già da essi acquisita sul piano fattuale. Essa produceva cioè l'effetto giuridico sovrappponendosi al fatto (concatenazione di fatti) da cui risultava la posizione di successore. E non sembra ipotizzabile che la *lex de imperio* potesse essere, ad esempio, rifiutata a Vespasiano, dopo che egli era stato acclamato *imperator* da legioni di oriente ed era riuscito ad eliminare Vitellio.

Il ruolo avuto dalla *lex de imperio* va ovviamente considerato nel limite posto in luce e in quello dipendente dal suo progressivo, per quanto assai lento, inaridimento, in connessione con lo sviluppo del principato. Aggiungo al dato già rilevato, e cioè, che essa consentì il passaggio, in una prospettiva di continuità costituzionale, dalla repubblica al principato, che essa fu di ostacolo, fino al suo svuotamento, alla formazione, sul piano giuridico, di un principio regolante la successione. L'associazione nella carica dell'auspicato nuovo principe, l'acclamazione delle truppe, etc., non costituivano, sul piano giuridico, premesse necessarie dell'investitura mediante la *lex de imperio*. Lo stesso senatoconsulto, che la precedeva, non risulta ritenuto tale dai giuristi. A ben vedere, non si aveva propriamente, sul piano giuridico, una successione nella carica imperiale, bensì una nuova investitura, che poteva attribuire al nuovo principe – come certo si verificò nel corso del principato – poteri in parte diversi da quelli conferiti al principe o a principi antecedenti¹⁵. Inoltre trovava fondamento nella *lex de imperio* la previsione della destituzione, della *rescissio actorum* e della *damnatio memoriae* del principe. Oltre che un elemento giuridico formale, l'investitura del principe mediante tale *lex* fu un fatto, che ebbe interferenze con altri fatti e concorse con essi a determinare la storia del principato.

4. La vicenda della concentrazione della produzione del diritto nel principe ebbe una forte accelerazione (si è parlato anche di svolta) sotto l'impero di Adriano, portatore e realizzatore di un vasto disegno. I modi di tale produzione, che apparivano più apertamente contrastanti con la concentrazione perseguita, erano rappresentati dagli *edicta* dei magistrati giusdicieni e dalla recezione *moribus*. Al pretore (in generale ai magistrati giusdicieni) era stato riconosciuto, a lato del compito originario di *ius dicere* nei riguardi dei casi concreti, quello di stabilire norme generali ed astratte mediante l'inserzione di mezzi processuali nell'editto. Il *ius praetorium* si situava, nelle cose, in cima al sistema,

¹⁵) Finché si ravvisò nella *lex de imperio* il modo giuridico formale per l'attribuzione della carica imperiale (fino cioè a Diocleziano), non poté formarsi un principio regolante la successione in essa: esisteva già, in proposito, una regola.

al di sopra degli altri modi di produzione del diritto. Più tardi Papiniano¹⁶ lo definì come il diritto, che avevano introdotto i pretori per rafforzare, integrare e correggere il *ius civile*, vale a dire il diritto posto dalle *leges* e dalle fonti che ne tenevano le veci, tra le quali le *constitutiones principum* e i *senatusconsult*a. Appare chiaro dalla rappresentazione papiniana che il pretore (il magistrato giudicante) poteva non solo disattendere le costituzioni imperiali pronunciando il *ius* per i casi concreti, ma anche correggerne le previsioni con l'introduzione di nuovi rimedi processuali nell'editto.

Il *ius praetorium* era peraltro circondato da grande prestigio e aveva solide radici nella tradizione romana. Non risultava agevole reprimere autoritativamente il potere normativo del pretore. La via venne trovata nella prospettiva del riordino. Si trattava con ogni verosimiglianza di un'esigenza reale. Il testo sottoposto per la revisione a Salvio Giuliano dall'imperatore Adriano era il risultato delle aggiunte e innovazioni via via recate dai successivi pretori, se non in modo alluvionale, certo senza adeguata attenzione, in tutti i casi, per il quadro sistematico. La precedente revisione dell'editto risaliva, secondo le attestazioni delle fonti, ad Aulo Ofilio. Il nuovo riordino fu occasione di una riforma decisiva. Esso non venne operato dal pretore o sotto la sua direzione, ma fu disposto dall'imperatore Adriano, che ne affidò l'esecuzione al giurista Salvio Giuliano. E il testo rielaborato dal giurista fu sottoposto al Senato e da questo approvato con un senatoconsulto (si noti: con una delle fonti che tenevano il luogo della legge) proposto (richiesto) con un'*oratio* da Adriano. E' chiara l'esautorazione del pretore. In precedenza la compilazione dell'editto e l'inserzione in esso di nuove clausole rientravano nella sua competenza. Il nuovo testo edittale venne invece redatto per una disposizione dell'imperatore ed approvato dal Senato. Il pretore era così messo fuori gioco e anche le future modifiche dell'editto risultarono riservate al Senato oppure al principe, in forza del compito, attribuitogli dalla *lex de imperio*, di porre in essere tutto ciò che a suo giudizio tornava a vantaggio della *res publica*, vuoi per quanto attiene alle cose divine e umane, vuoi a quelle pubbliche e private. Il significato della riforma non sembra essere stato sufficientemente approfondito. L'approvazione del nuovo testo dell'editto mediante senatoconsulto e la riserva delle sue successive modificazioni al senatoconsulto o alla costituzione imperiale eliminarono per il futuro il potere normativo (al livello generale ed astratto) dei magistrati giudicenti e, con esso, la contrapposizione, quale si era presentata anteriormente, fra il *ius civile* e il *ius praetorium*. Il senatoconsulto e la costituzione imperiale non sono infatti (non lo erano stati fino ad allora) fonti proprie del *ius praetorium*, bensì del *ius civile*. I magistrati giudicenti non pongono più norme generali ed astratte; il *ius praetorium* non è più alimentato dagli *edicta* da essi emanati.

La riforma descritta rende ragione della testimonianza di Papiniano, il quale presenta la produzione onoraria del diritto, avente lo scopo di rafforzare, integrare e correggere il *ius civile*, non come un fenomeno ancora in atto al proprio tempo, ma conclusosi in passato: *ius 'praetorium est, quod praetores in traditum erunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam'*.

La riforma adrianea lasciò ai magistrati giudicenti – privati, come si è visto, del potere normativo a livello generale ed astratto – il compito in senso stretto di *ius dicere*, che fu peraltro anch'esso ridimensionato nel quadro del disegno perseguito. Un'eco (se non nella forma, nella sostanza) delle prescrizioni dettate sul punto nell'*oratio* e nel senatoconsulto che approvarono il testo dell'editto rielaborato da Giuliano è verosimilmente conservata nella parte finale di un frammento dello stesso Giuliano tratto dal libro quindicesimo dei suoi *digesta*.

D. 1.3.12: Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.

La novità consiste nell'imposizione ai magistrati giudicenti del dovere, prima inesistente, di usare

¹⁶) D. 1.1.7.

L'analogia (come si dice nel testo, di ‘*procedere ad similia*’) nel *ius dicere*. L’elemento della doverosità è riconosciuto, ma inteso in senso diverso, da Letizia Vacca¹⁷ in una sottile analisi del frammento giuliano. «Il presupposto teorico» – osserva la studiosa – «è quello della incompletezza dell’ordinamento normativo; il principio della doverosità dell’applicazione *ad similia* è sì riduttivo dell’autonomia del magistrato rispetto alla singola norma legislativa, ma in un senso differente da quello comunemente attribuitogli: Giuliano non intende sottolineare che il magistrato non può introdurre una tutela affatto nuova per casi meritevoli di tutela, e si deve limitare all’applicazione esclusivamente analogica delle norme esistenti; egli intende invece evidenziare che la norma vincola il magistrato alla sua applicazione non solo nei casi espressamente previsti, ma anche nei casi analoghi».

Forse Letizia Vacca non ha tenuto adeguato conto della distinzione tra la funzione dell’analogia e la ragione della sua introduzione: intendo dire dell’introduzione della sua doverosità. Non è dubbio che la funzione dell’analogia è quella di colmare le lacune del sistema giuridico (nella visuale giuliana delle singole leggi e senatoconsulti, in relazione alle materie da essi rispettivamente regolate). Non è del pari dubbio che, nell’introduzione del dovere di applicarla, venne tenuta presente la sua funzione, ma non se ne trova verosimilmente in questa la ragione.

Occorre ampliare la visuale.

Non abbiamo testimonianze (almeno io non ne conosco), prima di Giuliano, della doverosità dell’analogia. Non è stato certo questo giureconsulto ad inventare il ragionamento a *similibus*; ma proprio il fatto che esso era già in uso nell’esperienza precedente, senza il vincolo della doverosità (come lo fu nuovamente più tardi, senza tale vincolo, ad opera di dotti medievali), impone di cercare perché, al tempo di Giuliano, esso è diventato doveroso. Né si presenta appagante il riferimento alle lacune del sistema giuridico, dato che esse esistevano già in precedenza e risultavano caso mai maggiori prima dell’impero di Adriano.

L’analogia in quanto ancorata al profilo della somiglianza (al ‘*procedere ad similia*’ nella rappresentazione di Giuliano), implica anche quello della diversità. Il caso analogo non è né in tutto e per tutto uguale a quello a cui viene paragonato, né in tutto e per tutto diverso da esso: è in qualcosa uguale e in qualcosa diverso. Dipende da questo – e si giustifica sul piano logico – la qualifica di imperfetto attribuita al ragionamento (o sillogismo) analogico, che può così sintetizzarsi: *A* è sottoposto a una determinata disciplina; *B*, per cui non è prevista un’apposita disciplina, è simile ad *A*; *B* viene sottoposto alla disciplina stabilita per *A*. La conclusione, postulata dall’analogia, non può dirsi pienamente giustificata dalle premesse: lo sarebbe se *B* fosse eguale ad *A*, come, all’opposto, sarebbe del tutto infondata, se *B* fosse diverso da *A*.

La doverosità dell’analogia non si armonizza col potere, che avevano avuto ed esercitato i pretori, di *adiuvare, supplere e corriger* il *ius civile*, il diritto cioè dei cittadini romani posto dai *mores*, dalle *leges* e dalle fonti a queste equiparate. Prima della riforma adrianea il pretore, di fronte a un caso non previsto, non aveva il dovere di procedere all’estensione analogica e nemmeno di procedervi prima di pronunciare nuovo *ius* (esattamente di non arrivare a questa pronuncia senza avere previamente constatato l’inesistenza della premessa – costituita dalla previsione nell’ordinamento di un caso simile a quello sottopostogli – per tale estensione). E’ un controsenso (e non è esistito nell’esperienza storica) il dovere dell’analogia a carico dei legislatori, in generale di coloro che detengono il potere normativo. E i pretori detennero ed esercitarono, nei modi indicati, tale potere. Ancora nella trattazione di Gaio gli *edicta* dei magistrati giudicenti concorrono con le *leges* e le fonti che ne tengono le veci a formare i *iura populi Romani*. E’ evidente il contrasto tra la rappresentazione di Giuliano, connessa alla riforma adrianea, e quella di Papiniano relativa al periodo da essa concluso. In quest’ultima si sottolineano i fini del rafforzamento, dell’integrazione e della correzione del *ius civile*, per i quali i pretori esercitano il potere normativo. I tre fini sono posti sullo stesso piano. Il dovere

¹⁷⁾ *La «svolta adrianea» e l’interpretazione analogica*, in «Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo», II, Torino, 1997, p. 453.

dell'analogia, addirittura non configurabile per i fini del rafforzamento e della correzione, non è richiesto neppure per quello dell'integrazione. Al contrario il discorso giuliano è incentrato su tale dovere per l'integrazione delle lacune presenti nelle leggi e nei senatoconsulti (in generale nelle prescrizioni in vigore).

Il dovere dell'analogia è collegato, nell'esperienza storica a me nota, alle codificazioni. I legislatori lo dispongono in esse, per l'applicazione futura, a salvaguardia della loro opera. E' un modo tipico con cui essi affermano la loro supremazia sui magistrati giusdidenti o giudicanti.

Nell'esperienza romana le fonti collegano il dovere dell'estensione analogica con il riordino adriano-giuliano dell'editto. Non c'è ragione per ritenerle inattendibili. Non depone, mi sembra, in senso contrario il rilievo che, nel frammento di Giuliano, manca un «esplicito riferimento ad una applicazione analogica di clausole edittali, resa necessaria dalla chiusura dell'editto»¹⁸. L'analisi su cui esso riposa appare incompleta. Il frammento giuliano presenta a primo aspetto (ai nostri occhi) una discongruenza tra la prima e la seconda parte. Nella prima le lacune vengono individuate nelle leggi e nei senatoconsulti; nella seconda la loro colmatura è affidata ai magistrati preposti alla *iurisdictio*, i quali devono compierla nel *ius dicere* (vale a dire nell'individuazione del mezzo processuale idoneo del caso), in un sistema basato sulla tipicità dei mezzi processuali. Per forza di cose essi provvedevano all'estensione analogica ampliando la sfera di applicazione dei mezzi processuali, rispetto a quella per essi prevista. A sua volta questo ampliamento presuppone la chiusura del sistema edittale, perché, in assenza di questa, non sarebbe stato nemmeno necessaria l'imposizione ai magistrati giusdidenti del dovere – in effetti prima inesistente – dell'analogia. Sappiamo che, anteriormente alla riforma adrianea, i pretori provvedevano alla colmatura (espressa col verbo ‘*supplere*’) delle deficienze (lacune) del sistema giuridico, così come al suo rafforzamento e alla sua correzione, creando, quando occorreva, nuovo diritto (concedendo nuovi mezzi processuali ed inserendoli nell'editto).

La discongruenza che presenta, ai nostri occhi, il discorso giuliano si rivela, alla luce del sistema allora in atto (basato, si deve ribadire, sulla tipicità dei mezzi processuali), carica di significato. Esisteva ancora corrispondenza tra la visuale delle norme e quella dei mezzi processuali. Il riordino (o codificazione) dell'editto costituì il riordino (o codificazione) del sistema in vigore. L'estensione delle norme si attuava con quella dei mezzi processuali e quest'ultima comportava la prima. I commenti dei giuristi all'editto erano trattazioni del diritto vigente (intendo dire non del solo *ius praetorium*). Comincia tuttavia ad emergere, nel contempo, la supremazia delle norme sui mezzi processuali. E' l'aspetto colto nel rilievo criticato: Giuliano imposta il problema delle lacune nei riguardi delle norme¹⁹. Il che è da ricollegare al fatto che l'editto riordinato venne fatto approvare dall'imperatore Adriano con un senatoconsulto, al quale, unitamente alla costituzione imperiale, furono pure riservate le sue future modificazioni²⁰.

¹⁸⁾ VACCA, *op. cit.*, p. 452.

¹⁹⁾ Un altro celebre frammento di Giuliano (D. 1.3.32) mostra che egli seguiva la medesima impostazione anche per le norme poste *moribus*.

²⁰⁾ La tesi opposta dell'assorbimento delle costituzioni imperiali nel *ius honorarium* viene sostenuta, per il periodo preadrianeo, nella «Storia giuridica di Roma in età imperiale» (sotto la direzione di N. PALAZZOLO), Perugia, 1995, p. 83: «L'espeditivo» (per dare alle prescrizioni imperiali «un valore formale simile a quello delle leggi») «fu trovato, come per i senatoconsulti, in via indiretta: più comunemente era infatti il pretore che, nell'esplicazione della sua funzione giurisdizionale, ma specialmente attraverso il suo editto, realizzava la parificazione degli editti e decreti imperiali alle leggi, ai plebisciti, ai senatoconsulti. Se si vuole indagare quale fosse il valore dei primi atti normativi imperiali, più che alle affermazioni dei giuristi tardoclassici, che appaiono deformate dal nuovo assetto del sistema delle fonti del diritto di età postadrianea, occorre guardare al trattamento che di queste viene fatto nel testo dell'editto pretorio, che certamente risale ad un'età precedente. Abbiamo infatti vari brani dell'Editto che affermano l'equiparazione di *edicta* e *decreta* alle altre fonti normative (D. 2.14.7.7; D. 4.6.1.1; D. 4.6.28.2; D. 3.1.1.8; D. 43.8.2 pr.). Ciò comporta la conseguenza che non solo sul piano processuale era sempre necessaria l'opera del magistrato, che doveva stabilire nel suo Editto quale fosse lo strumento processuale più idoneo all'attuazione della volontà normativa imperiale; ma anche che le innovazioni apportate dagli atti imperiali fanno parte a pieno titolo del diritto

La produzione del diritto (la posizione di norme generali ed astratte) è ora unificata nelle fonti che tengono il luogo della legge e ormai la soppiantano: nei senatoconsulti e nelle costituzioni imperiali; in pratica essa dipende interamente, salvo sbavature, dall'imperatore, che la pone in essere o la controlla. Si tratta di un cambiamento epocale, della fine del dualismo, ancora ricordato da Papiniano, consistente nella congiunta produzione del *ius* (dei *iura populi Romani*), da un lato, a mezzo delle *leges* e delle fonti che ne tenevano le veci e, dall'altro, ad opera dei pretori al fine di *adjuvare, supplere e corrigerre, propter utilitatem publicam*, quello posto dalle prime. C'è già il germe poi sviluppatisi nella concezione che appiattisce il diritto nelle norme e, a ben vedere, della stessa divisione dei poteri: l'imperatore, il re, il parlamento (l'organo legislativo) pone le norme; il giudice le applica. E' venuto meno lo spazio per la funzione creativa del diritto qual era stata esercitata dal pretore; funzione non più ricostituita nella nostra tradizione.

La riforma adrianea, concretatasi nel riordino dell'editto, mutò profondamente l'*officium* dei magistrati giusdicenti: ad essi fu tolto, da un lato, il potere di porre norme generali ed astratte e fu imposto, dall'altro, il dovere dell'estensione analogica. Il compito di *ius dicere*, quale ancora ad essi rimasto, non si esauriva peraltro nell'individuazione dei mezzi edittali applicabili ai casi concreti e nella loro estensione analogica; rientrava ancora in tale compito la concessione, mediante decreto, di mezzi processuali *in factum* (non più da essi convertibili in mezzi edittali), nei casi che non apparivano risolvibili col rimedio dell'analogia.

Il *procedere ad similia* giuliano può farsi corrispondere alla cd. analogia *legis*; non vi rientrava il procedimento decisionale²¹ che noi chiamiamo analogia *iuris*. A rigore questo procedimento, esorbitante dalla prospettiva della somiglianza, non è riducibile alla analogia. Decidere «secondo i principi del diritto naturale» o «secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»²² non equivale ad estendere ad un caso non previsto la disciplina stabilita per un caso o una materia prevista. Infatti, nelle esperienze giuridiche a me note, si ricorre a questo procedimento decisionale quando non si rinviene il caso o la materia analoga, quando cioè non soccorra l'analogia. La riconduzione all'analogia del procedimento in oggetto ha uno scopo evidente: mascherare la reale natura (non meramente interpretativa e applicativa) dell'attività che in esso si compie, in modo da renderla compatibile, nella rappresentazione, con l'ideologia dominante. Il perseguimento di tale scopo era estraneo a Giuliano.

pretorio, sono *ius honorarium*.

Ho riferito un ampio brano per mostrare il vicolo cieco a cui si è giunti pur di negare, in contrasto con le univoche attestazioni delle fonti (come si è visto, di una massa di fonti), l'esistenza del potere normativo imperiale prima di Adriano. Occorre preliminarmente eliminare un equivoco. Nel processo formulare il *ius dicere* pretorio (del magistrato giudicante) era necessario per tutte le pretese, comprese quelle che si facevano valere con mezzi processuali non introdotti dal pretore, quali, ad esempio, la *rei vindicatio* e la *hereditatis petitio*. La sua esigenza per le pretese basate su prescrizioni imperiali è quindi irrilevante per la tesi in esame. Sovrolo sull'arditezza di negare fede alle attestazioni delle fonti, che ricollegano il *'legis vicem optimere'* delle costituzioni imperiali alla *lex de imperio*, congetturando (inventando) che esso dipendesse invece da clausole edittali. Per dare un fondamento alla tesi criticata, occorrerebbe indicare, nei riguardi di tutte le prescrizioni imperiali anteadriane, le clausole edittali che le equiparano alle *leges* e ai *senatusconsulti*. L'indicazione non risulta però possibile, perché era al contrario il pretore che era soggetto, in linea di principio (salvo cioè le ipotesi di contrasto con l'*aequum*), alle costituzioni imperiali, come alle *leges* e ai *senatusconsulti* (nonché ai *responsa dei prudentes* autorizzati a *iura condere*). Lo dimostrano anche i testi addotti nel brano citato, dei quali è qui sufficiente considerare il primo.

Ulp. D. 2.14.7.7: *Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo frans cui eorum fiat, facta erunt, servabo*'.

Non è dubbio che dal testo emerge l'equiparazione delle costituzioni imperiali (*edicta decreta principum*) alle *leges*, ai *plebis scita* e ai *senatus consulta*. L'equiparazione non è però opera del pretore, ma da lui presupposta. Siccome nel testo le costituzioni imperiali sono poste sullo stesso piano delle altre fonti menzionate (*'neque adversus leges plebiscita senatus consulta decreta edicta principum ... facta erunt'*) l'interpretazione contraddetta porterebbe a ritenere che è stato il pretore a dare valore anche alle *leges*, ai *plebis scita*, ai *senatus consulta*.

²¹⁾ Usando questa qualifica, mi pongo dal punto di vista del giudice.

²²⁾ Si tratta, com'è noto, delle formule del codice civile austriaco e di quello italiano vigente.

Il compito di ‘*ius dicere*’, ridotto alle esplicazioni indicate dalla riforma connessa al riordino dell’editto, venne ulteriormente compreso nel principato, come mi accingo a mostrare, dall’altra riforma già menzionata attinente alla recezione *moribus*.

5. Ho già accennato che la recezione *moribus* configgeva con la tendenza del principato a riunire in una sola persona (organo) tutti i poteri occorrenti per la gestione della *res publica*. Peraltro la concezione della sovranità popolare, sottostante sia ad essa che alla *lex*, era assunta come fondamento del potere imperiale e, come tale, andava almeno formalmente salvaguardata. Si spiega così come sia dovuta a Giuliano la teorizzazione più matura, nell’esperienza romana, della sovranità popolare esplicantesi sia nella *lex*, nella quale il popolo esprimeva il proprio volere col voto, sia nella recezione *moribus*, nella quale lo esprimeva direttamente col comportamento (*rebus ipsis et factis*). Per la *lex* la neutralizzazione, con la salvaguardia, in via di principio, della sovranità popolare, fu ottenuta con il diradarsi e il cessare della presentazione di proposte legislative alle assemblee popolari. Le *leges* già emanate conservavano il valore di fonti del diritto, ma ebbe fine la loro emanazione; la *lex* cessò, in altre parole, di essere fonte viva. Per la recezione *moribus* la neutralizzazione, congiunta a tale salvaguardia, venne conseguita con una riforma, avviata da Augusto e portata a compimento da Adriano, avente ad oggetto l’attività giurisprudenziale. Mi riferisco al *ius respondendi ex auctoritate principis*.

Secondo la testimonianza di Pomponio²³ esso venne introdotto da Augusto: ‘*primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate eius responderent*’. La congettura, autorevolmente sostenuta, della caduta, dopo ‘*iuris*’, del genitivo ‘*peritorum*’ o ‘*consultorum*’ merita la massima attenzione. E’ difficile negare l’esistenza di guasti nel *liber singularis enhiridii* di Pomponio. Sul punto specifico l’integrazione conferisce al discorso un significato perspicuo: è palese che la concessione da parte del principe a un giurista della facoltà di *respondere ex auctoritate eius* accresceva l’*auctoritas* di quel giurista, rispetto agli altri, nell’estimazione generale. Per altro verso trovo difficoltà ad attribuire, secondo la stesura attuale, a un giureconsulto l’idea che tale concessione accrescesse l’*auctoritas* del *ius*, dal momento che lo stesso imperatore, autore della concessione, riceveva il potere da una fonte del *ius*, qual era la *lex*, e risultava quindi ad esso sottordinato. Ai miei fini interessa comunque solo questo punto: il passo non offre elementi per ritenere che, fin dall’introduzione del *ius respondendi*, le *sententiae et opiniones* dei giuristi di esso muniti avessero forza legislativa (‘*legis vicem optinerent*’). La creazione del diritto da parte dei giuristi è pure assente dalla testimonianza relativa al *ius civile* in senso stretto, contenuta nell’esposizione del *processus iuris*, dove si asserisce che tale ‘*ius sine scripto venit compositum a prudentibus*’²⁴. Il verbo ‘*componere*’ non è infatti usato, nel *liber singularis enhiridii*, per esprimere il momento produttivo del diritto; al contrario, in vari passaggi, esso rappresenta attività da cui è escluso tale momento²⁵.

L’allusione alla produzione del diritto è invece sicura nel brano successivo, nel quale Pomponio attualizza i modi di tale produzione prima trattati nell’esposizione storica, affermando, a proposito del *proprium ius civile*, che esso ‘*sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*’²⁶. Rispetto al fine di mostrare la funzione creativa dell’*interpretatio* l’aggettivo ‘*sola*’ si presenta pleonastico. Anche senza di esso, infatti, rimane espressa tale funzione: ‘*aut est proprium ius civile, quod sine scripto in prudentium interpretatione consistit*’. L’aggettivo risponde ad un altro scopo. Esso indica un elemento nuovo, meritevole di sottolineatura, nei confronti dell’esperienza passata: ora (al suo tempo) l’*interpretatio* è di per se stessa creativa, mentre in passato essa si inseriva, promuovendola, nella recezione *moribus*,

²³⁾ D. 1.2.2.49.

²⁴⁾ D. 1.2.2.5.

²⁵⁾ Appaiono particolarmente significativi D. 1.2.2.2 (‘... *is liber ... appellatur ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit*’) e D. 1.2.2.44 (‘... *idem – scil. Ofilius – edictum praetoris primus diligenter composuit ...*’).

²⁶⁾ D. 1.2.2.12.

come mi pare scolpito in un passo di Gaio²⁷ relativo alla tutela delle liberte e degli impuberi liberti, nel quale si trova affermato che ‘*et ipsa legitima vocatur, non quia nominatim ea lege [scil. duodecim tabularum] de hac tutela caretur, sed quia proinde accepta est per interpretationem atque si verbis legis introducta esset*’. Nella rappresentazione del giurista l’*interpretatio* ha carattere strumentale rispetto all’*acceptio* nel sistema, alla recezione o introduzione *moribus*, ripetutamente da lui evocata nelle sue *Institutiones*.

Il pleonasio, rispetto alla funzione creativa del diritto, è ripetuto da Pomponio, con l’avverbio ‘*solum*’, nei riguardi del senatoconsulto: ‘*aut – sottinteso est – senatus consultum, quod solum senatu constitutive inducitur sine lege*’²⁸. Come l’aggettivo ‘*sola*’, per l’*interpretatio*, così l’avverbio ‘*solum*’, per il senatoconsulto, allude a un elemento nuovo, che lo differenzia rispetto all’esperienza passata: ormai da tempo esso era di per se stesso fonte del *ius civile*, ma in passato non lo diventava, secondo la testimonianza pomponiana, *sine lege*, senza cioè essere sussunto in una *rogatio* approvata dal voto popolare.

Pomponio non dice, a proposito del mutamento (del valore) dell’*interpretatio*, il quale influì anche, come mi accingo a mostrare, sui compiti dei magistrati giusdidenti, come e quando esso si produsse. Dalla sua trattazione si può solo arguire che esso fu posteriore all’introduzione del *ius respondendi* ed anteriore al tempo in cui egli scrisse il *liber singularis enchoridii*. La lacuna è colmata in parte da Gaio nel passo conclusivo della trattazione dedicata alle fonti del diritto romano: ‘*responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permisum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*’²⁹.

Pomponio parla dell’*interpretatio* che da sola produce *ius civile*; Gaio delle *sententiae et opiniones*, evidentemente frutto di *interpretatio*, che, come egli dice, ‘*legis vicem optinent*’. E’ patente la corrispondenza tra la prima e le seconde: l’una e le altre derivano (possono derivare soltanto) dai giuristi muniti di *ius respondendi*, ai quali, come dice Gaio, ‘*permisum est iura condere*’. Resta da chiarire il valore che ebbero, nel periodo intermedio tra l’introduzione del *ius respondendi* e l’emissione del rescrutto adrianeo ricordato da Gaio, prima i *responsa* e poi le *sententiae et opiniones* dei giuristi muniti di tale *ius*. Dalle fonti citate, almeno secondo l’esame finora da me svolto, si ricava soltanto che essi avevano un prestigio (*auctoritas*) maggiore di quelli degli altri giuristi. Il discriminare tra il maggior prestigio e il valore vincolante può assottigliarsi fino a scomparire. Tuttavia il salto o passaggio al valore vincolante, al ‘*legis vicem optinere*’ non avvenne, secondo Gaio, sotto la spinta dell’*interpretatio* ad opera della recezione *moribus*; egli lo attribuisce a un intervento normativo imperiale: un rescrutto dell’imperatore Adriano³⁰.

Il rescrutto fu emesso per un caso concreto con riferimento a un *index*; Gaio non dice se si trattava di un giudice nel processo formulare o nella *cognitio extra ordinem*. Esso conteneva una duplice prescrizione: le *sententiae* dei giuristi muniti di *ius respondendi*, quando ‘*in unum concurrunt legis vicem optinent*’; in caso di *sententiae* discordanti, il giudice può scegliere tra esse quella preferita. Anche questa possibilità di scelta sottintende la soggezione del giudice al parere dei giuristi autorizzati a *iura condere*: il ‘*legis vicem optinere*’ viene adeguato al dato e alla previsione dell’esistenza di dissensi tra di essi. La disciplina così posta assume carattere generale, sia nel senso che essa riguarda tutte le opinioni, comunque espresse, dei predetti giuristi, sia in quello che essa vincola tutti coloro che hanno

²⁷⁾ *Inst.* 1.165.

²⁸⁾ *D.* 1.2.2.12.

²⁹⁾ *Gai., inst.* 1.7.

³⁰⁾ Sono da ricordare, in relazione al potere del popolo di creare diritto (Tab. XII.5: ‘*ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset*’) questi dati: i plebisciti furono equiparati alle *leges* dalla *lex Hortensia*; il ‘*legis vicem optinere*’ venne attribuito alle costituzioni imperiali dalle *leges de imperio* relative ai successivi imperatori, dalle quali dipese pure, in via indiretta, quello dei *responsa prudentium*; infine le *leges* riposavano sul voto popolare. Come si vede, solo il valore normativo dei senatoconsulti non derivava formalmente, in via diretta o indiretta, dal potere popolare. Per essi, tuttavia, si arrivò a riconoscere tale valore attraverso discussioni, e vi si arrivò, con ogni verosimiglianza, attraverso il riconoscimento al senato di una rappresentanza sostanziale del popolo (cfr. *Inst. Inst.* 1.2.5).

compiti applicativi del diritto: tanto i giudici, vuoi del processo formulare vuoi di quello *extra ordinem*, quanto i magistrati giusdicenti.

Non sappiamo se Augusto, introducendo il *ius respondendi*, previde gli sviluppi che esso avrebbe avuto. Certo l'istituto, in virtù del collegamento ad esso del ‘*legis vicem optinere*’, unitamente alla riforma edittale e alla sovrapposizione dell’*oratio principis* al senatoconsulto, assicurò all'imperatore, se non l'intera produzione del diritto, la possibilità del suo totale controllo. Similmente alla riforma dell'editto anch'esso ebbe, nella configurazione assunta con Adriano, conseguenze che possono dirsi epocali. Il riconoscimento di valore legislativo ai pareri dei giuristi autorizzati a *iura condere* dall'imperatore eliminò il ruolo della recezione *moribus* nella produzione del diritto. Tali pareri, tenendo ora essi stessi il luogo della legge, rendevano superflua e irrilevante la loro traduzione nel comportamento dei consociati. Parallelamente si determinò, in via diretta, la separazione, mai più venuta meno a livello dottrinale nella tradizione successiva, tra l'interpretazione e la formazione consuetudinaria del diritto e, in via mediata, il loro frequente sganciamento, nella rappresentazione, dal potere normativo. Nella posteriore esperienza romana, quando cessò la concessione ai giuristi del *ius respondendi*, si ritenne che, unitamente al potere legislativo, competesse all'imperatore (gli restasse, in quanto non più conferita ad altri) l'*interpretatio* quale intesa dai giuristi classici.

Interessano qui specificamente le conseguenze che si ebbero, nel quadro schizzato, sull'*officium* dei magistrati giusdicenti. Il quale, come si è già mostrato, era stato ridotto dalla riforma concretatasi nel riordino dell'editto all'individuazione dei mezzi processuali da applicare ai casi ad essi sottoposti, all'estensione analogica degli stessi mezzi e alla concessione in via decretale di mezzi processuali *in factum* per quei casi nei quali non soccorresse l'analogia. Queste attività (come appare più evidente per le ultime due) richiedevano scelte e discrezionalità nel compierle. Il riconoscimento di valore legislativo alle *sententiae et opiniones* dei giuristi muniti di *ius respondendi* incise su tali scelte e di discrezionalità, riducendone grandemente gli ambiti.

Le opere dei giuristi romani (non solo le *Quaestiones* e i *Responsa*, ma anche i *Digesta*, i *Libri ad dictum*, etc.) presentavano in massima parte carattere casistico. Oltre a tramandare e perfezionare l'elaborazione dottrinale, esse costituivano anche, nel loro insieme, una vastissima rassegna di casi, sia della realtà, sia ipotetici. Per tutti i casi considerati dai *prudentes* autorizzati dagli imperatori a *iura condere*, i magistrati giusdicenti (come i giudici) dovevano seguire la soluzione enunciata da tali *prudentes*, con la sola facoltà di scegliere, nelle ipotesi di soluzioni discordanti, quella che preferivano. La discrezionalità inherente alla scelta, nell'operare l'estensione analogica, come nel concedere, mediante *decretem*, mezzi processuali *in factum*, riprendeva soltanto nei casi, sicuramente non frequenti, per i quali mancavano anche opinioni dei predetti giuristi oppure uno specifico responso pronunciato da qualcuno di essi.

Guardando al fondo delle cose, appare come, dopo le riforme adrianee, i pretori (in generale i magistrati giusdicenti ed i giudici) fossero soggetti non solo alle *leges*, ai *senatus consulta* e alle *constitutiones principum* (alle norme da essi poste), ma anche alla loro *interpretatio*, sia ad opera dei principi (mediante *rescripta* e *decreta*, in grande incremento a partire da Adriano), sia ad opera dei *prudentes* muniti di *ius respondendi*.

I giuristi avevano consapevolezza di tale soggezione. Il primo a testimoniarla è proprio Giuliano.

D. 1.3.11 (Iul. 30 *dig.*): Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.

E' probabile che i compilatori giustinianei, i quali hanno utilizzato il frammento per la compilazione del titolo 1.3 dei *Digesta*, relativo alle *leges*, ai *senatus consulta* e alla *longa consuetudo*, abbiano cercato di armonizzarlo col principio chiamato in causa – ispiratore e qualificante della compilazione –, che concerneva l'*interpretatio* concretantesi nel ‘*certius statuere*’: quello dell'esclusiva riserva all'imperatore non solo del potere di fare le leggi, ma anche di interpretarle. In ogni modo il passo, nell'attuale stesura, indipendentemente da qualche verosimile aggiustamento, presenta un diverso significato per il

diritto classico e per quello giustinianeo.

In merito al principio richiamato, il linguaggio delle fonti giustiniane appare perspicuo e univoco: ‘*tam conditor quam interpres legum s o l u s imperator iuste existimabitur*’³¹; ‘*si quid ambiguum fuerit r i s u m , hoc ad imperiale culmen per indices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui s o l i concessum est leges et condere et interpretari*’³². Dallo stesso principio è scaturito il divieto di commenti ai *Digesta*, già enunciato nella costituzione *Deo auctore*³³ e quindi ribadito e specificato nella *Tanta* - Δέδωκεν³⁴.

Nel sistema della compilazione l’*interpretatio* volta a ‘*certius statuere*’ spetta esclusivamente a Giustiniano. In esso il passo significa che il ‘*certius statuere*’ in ordine ad ‘*ea, quae primo constituuntur*’, è riservato all’imperatore: alla *interpretatio* o *constitutio* da lui promananti. Tuttavia, rispetto a questo intento enunciativo, la terminologia usata lascia a desiderare; il che è un indice che essa, a prescindere dagli aggiustamenti, era originariamente rivolta ad altro fine. Infatti, nella visuale giustinianea, l’*interpretatio* e la *constitutio* (o la *lex*) sono rispettivamente il contenuto e il contenitore. Era sufficiente e più perspicuo, in tale visuale, indicare una sola di esse: sia l’*interpretatio principis* che la *constitutio principis* raffiguravano in modo univoco l’attività normativa imperiale, anche quella volta al ‘*certius statuere*’.

Per contro al tempo di Giuliano l’*interpretatio* e la *constitutio* evocavano, rispettivamente, l’attività interpretativa dei giuristi e quella normativa del principe. Il genitivo ‘*optimi principis*’, apposto a ‘*constitutio*’, risultava superfluo. Esso anzi, nel contesto, poteva ingenerare confusione³⁵; inoltre appariva più adeguato a indicare un determinato principe che non il principe in generale³⁶. Con ogni probabilità essa non deriva da Giuliano. E’ possibile che egli avesse parlato rispettivamente dell’*interpretatio* dei *prudentes* muniti di *ius respondendi* e della *constitutio principis*. Nell’interpretazione del passo occorre altresì prestare attenzione alla presenza, in esso, dei verbi ‘*statuere*’ e ‘*constituere*’, entrambi alludenti all’attività produttiva di *ius*. Il loro successivo impiego (prima di ‘*constituere*’ e poi di ‘*statuere*’) nel passo di Giuliano sembra dipendere più che altro da una esigenza di *variatio*³⁷. La delimitazione dell’attività interpretativa, come (con riferimento ad ‘*ea, quae primo constituuntur*’) della *constitutio*, è assicurata dall’avverbio ‘*certius*’. Insomma, mi è difficile, da un lato, credere alla totale genuinità del passo e mi sembra, dall’altro, che si imponga, nell’attuale stesura, la *duplex interpretatio* accennata.

L’attività dei giuristi non è mutata, per quanto attiene alle norme generali ed astratte, col compiuto sviluppo del *ius respondendi*. Essi, cessata la stagione della recezione *moribus* come fonte viva, hanno continuato a svolgere, nei confronti di tali norme, l’*interpretatio*, il ‘*certius statuere*’, consistente nella loro precisazione, integrazione e svolgimento. Peraltro il potere creativo di diritto, in alternativa alla *constitutio*, immanente nel ‘*certius statuere*’, spettava soltanto all’*interpretatio* costituente di per se stessa (da sola, secondo l’espressione pomponiana) *ius civile*, vale a dire alle *sententiae et opiniones* di giuristi autorizzati dall’imperatore a *iura condere*, le quali, come la *constitutio*, tenevano il luogo della legge.

Il passo giuliano, avulso dal contesto in cui era contenuto, non lascia capire a quale proposito il giurista espresse l’esigenza di ‘*certius statuere*’, con l’*interpretatio* o la *constitutio*, nei confronti delle norme di fresca formazione (‘*quae primo constituuntur*’). Nel Digesto esso è collegato con ‘*et ideo*’

³¹⁾ C.I. 1.14.12.5. L’intero testo a noi pervenuto merita attenzione (si veda il § 2: ‘*Definimus autem omnem imperatoris legum interpretationem sive in precibus sive in iudiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitatam haberi. si enim i n p r a e s e n t i leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet*’).

³²⁾ *Const. Tanta* 21 (cfr. la versione greca, dove si dice che l’imperatore risolverà i dubbi di litiganti e giudici con una retta interpretazione, ὅπερ αὐτῷ μόνῳ παρὰ τῶν νόμων ἐφεῖται).

³³⁾ §§ 12-13.

³⁴⁾ §§ 21-22.

³⁵⁾ Senza l’equivocità presente nel passo, non sarebbe possibile riferirlo alla visione giustinianea del ‘*certius statuere*’.

³⁶⁾ Cfr. Pomp. D. 1.2.2.49: ‘... et ideo optimus princeps Hadrianus ...’; è diversa anche l’enunciazione contenuta in Pap. D. 27.1.30.pr.: ‘*optimi maximique principes nostri*’. Nel passo giuliano non si presenta accettabile il riferimento di ‘*optimus princeps*’ al solo imperatore in carica (Adriano).

³⁷⁾ E’ difficile dire se congiunta a una minore solennità di ‘*statuere*’.

all'asserzione dello stesso giurista, tratta dal precedente libro LIX dei suoi *Digesta*, che non si possono scrivere le leggi e i senatoconsulti prevedendo tutti i casi che si verificheranno nelle rispettive materie. Si può ipotizzare che l'enunciazione sia stata da lui in qualche modo richiamata nel luogo del libro XC, da cui deriva il frammento qui oggetto di analisi. Credo in ogni modo certissimo che, nell'esperienza romana (e lo credo anche per Giuliano), l'*interpretatio* dei giureconsulti non fosse limitata alle norme nuove, ma si estendesse a tutte le norme in vigore. In fonti posteriori, dell'epoca dei Severi, è ripetuto l'accostamento dell'*interpretatio* dei giuristi alla costituzione imperiale nella creazione del diritto. Si vedono, tra le altre³⁸:

Ulp. D. 3.2.13.7: Poena gravior ultra legem imposita existimationem conservat, ut constitutum est et responsum ...

Ulp. D. 5.2.6.2: Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis ...

Resta così confermato che l'*interpretatio* dei *prudentes*, evidentemente in quanto muniti di *ius respondendi*, continuava, nell'ambito ad essa proprio, ad avere valore vincolante (a 'legis vicem optinere') come la costituzione imperiale e che, in coerenza, i magistrati e i giudici (in generale i cittadini romani) continuavano ad essere ad essa soggetti.

Un auspicabile nuovo studio sul *ius respondendi* dopo Adriano dovrà tener conto dei dati messi in luce. Non è possibile procedere qui alla individuazione della rete, a cui erano vincolati magistrati giusdicipi e giudici, costruita a livello casistico dall'*interpretatio* imperiale (mediante *rescripta* e *decreta*) e da quella dei *prudentes*, e della parte avuta nella sua costruzione dalla seconda. Gli assaggi fatti nelle fonti consentono peraltro di dire che essa si estendeva a tutta la sfera del diritto romano e aveva maglie strette. C'è l'imbarazzo nella scelta tra gli innumerevoli esempi, sia globalmente che singolarmente significativi³⁹. Ne indico tre, a caso, per l'*interpretatio* dei *prudentes*.

Pap. D.23.4.26.3: Convenit, ut mulier viris sumptibus, quoquo iret, veheretur, atque ideo mulier pactum ad litteras viri secuta provinciam, in qua centurio merebat, petit. Non servata fide conventionis, licet directa actio nulla competit, utilis tamen in factum danda.

Ulp. D. 4.3.5: Ideoque si quis pupillus a Titio, tutore auctore conludente, circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur quod sua intersit. plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei.

Paul. D. 18.I.34.7: Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigidum est ad similia, id est ad curores procuratores et qui negotia aliena gerunt.

Posso concludere che l'*officium* del pretore, dopo le riforme adrianee, costituiva solo più una larva di quello dell'epoca anteriore. Il suo svuotamento è messo a fuoco dal raffronto con la nostra attuale esperienza, nella quale il giudice è soggetto alla legge, ma non ai precedenti giudiziali e alla dottrina. Tutti conosciamo il peso che hanno nella realtà i primi e l'influenza esercitata dalla seconda. Ogni giudice sa però di potersi discostare, a ragione veduta, dagli uni e dall'altra. Viceversa il pretore romano, dopo le riforme adrianee, era soggetto, oltre che alle norme generali ed astratte, anche alla loro interpretazione, metodica e dettagliata, al livello casistico.

³⁸⁾ Per la cui citazione rinvio a F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 182 s.

³⁹⁾ E' sufficiente, per trovarli, sfogliare i *Digesta* e scorrere il *Codex*.