

mente all'epoca di Adriano, perché *si vero dissentiunt rell.* presuppone l'esistenza di quel principio<sup>83</sup>. La mia interpretazione evita di attribuire ad Adriano la introduzione di un canone, che sarebbe stato in contrasto con il suo orientamento politico accentratore<sup>84</sup>. Adriano, quel principio, si è limitato a non abolirlo. Interrogato da un giudice in dubbio, egli non ha fatto che chiarire, magari con soddisfazione, che le *sententiae* dei *prudentes* non hanno forza giuridicamente vincolante, se differmi tra loro.

La tesi da me sostenuta<sup>85</sup>, mentre rettifica l'opinione dominante<sup>86</sup>, che è nel senso di attribuire ad Adriano il principio *quorum omnium rell.*, rende possibile il superamento delle obiezioni giustamente mosse dal Pringsheim e dal Wieacker<sup>87</sup> ed evita l'assurdo critico di ritenere Gai 1.7 rielaborato in età postclassica<sup>88 89</sup>.

#### POSTILLA PRIMA: SULLA TESI DI W. KUNKEL.

1. Il mio saggio sul *ipr.*<sup>1</sup> si è incontrato, ed in parte scontrato, con un acuto studio che sull'argomento ha contemporaneamente pubblicato

<sup>83</sup> D'altra parte, abbiamo già visto che la istituzione del *ipr.* implicò di necessità il *vicem legis optinere* dei *responsa* e la qualifica di *uris conditores* dei giuristi privilegiati: v. *retro* n. 7.

<sup>84</sup> Sull'argomento, v. in generale PRINGSHEIM, *The Legal Policy and Reforms of Hadrian*, in *JRS.* (1934) 146 ss.; WIEACKER, *Quellen zur Hadrianischen Justizpolitik*, in *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandl.* 5 (1935) 33 ss.

<sup>85</sup> Parzialmente conforme ad una ipotesi avanzata dall'EISELE, in *ZSS.* (nt. 3) 11 (1890) 190 ss.

<sup>86</sup> Ultimamente difesa dal DE VISSCHER, *cit.* 635 ss.

<sup>87</sup> *Cit. retro* a nt. 84.

<sup>88</sup> V., in questo senso, SCHULZ (nt. 3) 115, con motivazione eccezionalmente vaga. L'unico argomento critico di una certa forza che il Pringsheim ed il Wieacker avevano portato contro la genuinità della citazione del rescritto adrianeo in Gai 1.7 è che un *rescriptum* non stabilisce principi generali: è appunto l'argomento che la mia interpretazione è in grado di superare.

<sup>89</sup> Sulla decadenza e sulla abolizione del *ipr.*, v. da ultimo MASSEI, *cit.* 434 ss. e specialm. 440 ntt. 1 e 3.

\* In *AUCT.* 3 (1949) 208 ss.

<sup>1</sup> In *Mélanges De Visscher* 1 (1949) 553 ss.: manoscritto presentato nel gennaio 1948.

il Kunkel<sup>2</sup>. Sono, comprensibilmente, assai lieto di essermi trovato d'accordo, su alcuni punti fondamentali, con questo autore. Tuttavia, vi sono anche, tra me e lui, alcuni punti di fondamentale dissenso, che mi spingono a ribadire brevemente la mia tesi.

Le coincidenze piú importanti del mio pensiero con quello del Kunkel sono le seguenti: *a*) affermazione della sostanziale genuinità di Pomp. D. 1.2.2.48-50 e di Gai 1.7, che sono praticamente le due sole fonti di nostra conoscenza<sup>3</sup>; *b*) ripudio dei noti tentativi di spiegazione della riforma augustea effettuati dal De Visscher<sup>4</sup> e dal Siber<sup>5</sup>; *c*) affermazione che già a cominciare da Augusto (e non già a cominciare dal successore Tiberio) l'istituto ebbe il carattere di concessione generale, per questo o quel giurista, di *respondere ex auctoritate principis* ogni qual volta ne fosse richiesto<sup>6</sup>.

Divide radicalmente me dal Kunkel la valutazione giuridica della riforma augustea e del successivo apporto di Tiberio<sup>7</sup>. Secondo me, Augusto introdusse la concessione di *respondere ex auctoritate principis*

<sup>2</sup> *Das Wesen des « ius respondendi »*, in ZSS. 66 (1948) 423 ss. V. già, per un cenno, *Römische Rechtsgeschichte* (1948) 66 s. e, in senso contrario, GUARINO, o.c. 567 nt. 72.

<sup>3</sup> Su Gai 1.7 il Kunkel non indugia molto perché il suo articolo è, in realtà, principalmente dedicato a ricostruire gli apporti di Augusto e di Tiberio nella storia del *ipr*.

<sup>4</sup> *Le « ius publice respondendi »*, in RHD. 4.15 (1936) 615 ss. Secondo questo autore, Augusto avrebbe stabilito che nessun *responsum* fosse vincolativo, se mancasse del suo visto di approvazione.

<sup>5</sup> *Der Ausgangspunkt des « ius respondendi »*, in ZSS. 61 (1941) 397 ss. Secondo questo autore, Augusto avrebbe stabilito che i giuristi, per poter emanare *responsa* vincolanti, dovessero ottenere, di volta in volta, la sua preventiva autorizzazione.

<sup>6</sup> Cfr. KUNKEL 436 ss., 444 ss.; GUARINO 564 ss.

<sup>7</sup> Dal KUNKEL 452 ss., credo di dover dissentire anche per quanto riguarda l'interpretazione di Pomp. D. 1.2.2.49: *... ante tempora Augusti ... qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant*. Il Kunkel ritiene, con l'opinione tradizionale, che prima di Augusto i giudici venissero a conoscenza dei *responsa* o attraverso una *epistula* del rispondente o attraverso *testationes* procuratesi dai consulenti. Io sono, invece, conformemente al DE VISSCHER (618 s.) e al SIBER (400 nt. 7), del parere che ad informare i giudici fossero gli interessati, che vi provvedevano per iscritto o a voce: cfr. GUARINO 563 s. L'insistere del Kunkel sul significato caratteristico di « *testari* » (= procurare *testationes*) può, tutt'al piú, indurmi a dubitare che Pomponio abbia voluto dir questo: le parti provvedevano ad informare i giudici mediante loro appunti scritti o mediante *testationes*.

non a titolo di *privilegium*, di *beneficium*, di *ius*, ma a titolo esclusivamente di distinzione sociale, cioè di segnalazione ufficiosa dei giureconsulti che godessero la sua particolare stima; soltanto Tiberio trasformò questo istituto in *privilegium*, in *beneficium*, in « *ius* » *publice respondendi*, con l'effetto di provocare la formazione, nell'ambito della giurisprudenza romana, di una categoria di giuristi, per dirla con Gai 1.7, *quibus permissum est iura condere*. Questa evoluzione storica sfugge al Kunkel, il quale, ribadendo la vecchia opinione del Mommsen<sup>8</sup>, non dubita che il *ipr.* sia sorto come *ius* già con Augusto, e sostiene che la innovazione di Tiberio sia stata di concedere tal privilegio non pure a giuristi di rango senatorio, ma anche a un giureconsulto dell'*ordo equester*, Masurio Sabino.

2. Io penso che la tesi Mommsen-Kunkel vada ripudiata, a favor della mia, per due ordini di considerazioni: l'uno di carattere testuale e l'altro di carattere storico-generale.

(a) Pomp. D. 1.2.2.49<sup>9</sup> dice che *primus divus Augustus... constituit ut (iurisconsulti) ex auctoritate eius responderent* ed aggiunge che *ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit*. Il *respondere ex auctoritate principis* avrà avuto, dunque, sin dall'inizio, importanza pratica relevantissima, ma non ebbe carattere di *ius*, di *beneficium*: tanto vero che, dopo la sua istituzione, i giureconsulti romani presero ad impestare il principe che lo concedesse loro a titolo di privilegio giuridico, « *pro beneficio* ».

<sup>8</sup> In *Römisches Staatsrecht* 2.912.

<sup>9</sup> Ecco, una volta per tutte, il fr. D. 1.2.2.48-50 (Pomp. *sing. enchir.*) nella mia ricostruzione. D. 1.2.2.48: *Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt. hic etiam Nerva (Tiberio) Caesari familiarissimus fuit. Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit posteaque hoc coepit beneficium dari. [a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat.] 49. 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 ipsi scribebant aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris (consultorum) auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent ut sibi liceret (publice) respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se (si) populo ad respondendum se praepararet. 50. Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.*

Sembrano ostacolare la mia interpretazione le parole iniziali del § 49 (*ante tempora Augusti publice respondendi ius-non dabatur*), le quali potrebbero far pensare che, viceversa, nel pensiero di Pomponio, Augusto introdusse « tout court » il *ipr.* Indubbiamente una contraddizione, nell'interno del § 49, c'è, ma è di calibro tanto limitato, che non è nemmeno necessario pensare ad una interpolazione. Come ho già detto altra volta<sup>10</sup>, non bisogna dimenticare che Pomponio scriveva in pieno sec. II d. C., in un'epoca in cui da lunga pezza il *ipr.* si era ormai affermato e diffuso. Egli pertanto, pur distinguendo tra l'augusteo *respondere ex auctoritate principis* e il tiberiano *beneficium (ius) publice respondendi*, ha ragionato nel senso che, in fin dei conti, già con Augusto il *ipr.*, sia pur embrionalmente, venne a vita.

D'altra parte, la semplice lettura di Pomp. D.1.2.2.48-50, nei passaggi in cui si riferisce a Tiberio ed a Masurio Sabino, è tale da mettere in evidenza la infondatezza della teoria Mommsen-Kunkel. Nel § 48 si trova che *Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari*; questa affermazione porta Pomponio ad aprire, col § 49, una parentesi relativa alla prima e imperfetta introduzione dell'istituto, operata da Augusto; dopo di che, col § 50, il discorso iniziale riprende con la precisazione che la concessione del *ipr.* a Sabino fu fatta da Tiberio. È assolutamente arbitrario correggere un discorso così fluido e comprensibile nel modo voluto dal Mommsen<sup>11</sup> e seguito dal Kunkel: *Massurius Sabinus in equestri ordine [fuit et] publice primus respondit: [posteaque] (posteaquam) hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc [tamen] (tandem) illi concessum erat*. A tacere che il periodo ricostruito come genuino è, formalmente, di assai cattiva lega, come e perché sarebbe avvenuto, in età postclassica, questo complesso e minuzioso travolgimento del presunto testo originario? Per caso, no certamente. E allora, per qual mai bizzarria di glossatore?

La riferita correzione mommseniana del § 48 è tutta basata sul preconcetto che vi sia una stridente contraddizione tra esso e il § 49. Ma la contraddizione, ho detto e ripeto, non c'è. Se ben si guarda, nel § 49 è detto che il *respondere ex auctoritate principis*, introdotto da Augusto, *peti . . . pro beneficio coepit*, nel § 48 è detto che il *ipr.*, concesso da Tiberio a Sabino, dopo questa prima volta fu un *beneficium* che *coepit . . . dari*.

<sup>10</sup> O.c. 568.

<sup>11</sup> *Ed. maior abl.*

(b) Già lo Schulz<sup>12</sup> ha bollato l'opinione mommseniana come contraria all'indirizzo politico di Augusto. Il Kunkel<sup>13</sup> obietta che questa opinione trova, anzi tutto, conforto nel testo di Pomponio, ed aggiunge che, in ogni caso, bisogna guardarsi dal pretendere una perfetta coerenza nell'azione politica di Augusto, che fu essenzialmente un geniale empirista. La creazione di una categoria ristrettissima di giuristi privilegiati, tutti di rango senatorio, fu il meno che Augusto poté fare per porre argine al disordine della giurisprudenza romana.

Orbene, io credo che la mia interpretazione del testo di Pomponio, oltre che più corretta, sia proprio quella che meglio si attaglia al « geniale empirismo », innegabile, di Augusto. È vero, Augusto non poteva sottrarsi alla necessità di mettere ordine e disciplina nella giurisprudenza dei suoi tempi; ma il suo meraviglioso genio pratico avvertì che non vi era bisogno, a quest'uopo, di creare un clamoroso *privilegium* per i giuristi di sua fiducia. Una sua commendatizia ufficiosa sarebbe stata più che sufficiente allo scopo di mettere a tacere chi non ne fosse stato onorato e di far convergere sui giureconsulti suoi amici le richieste di *responsa*.

Di qui la prassi di avallare col suo prestigio sociale, con la sua *auctoritas*, questo o quel giurista rispondente, e di avallare, per colmo di accortezza politica<sup>14</sup>, solo l'attività di *responsa* di giureconsulti del rango senatorio. Il successo di tale iniziativa suona conferma di una sua celebre affermazione (Rg. 34): *post id tempus auctoritate omnibus potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt*<sup>15</sup>.

#### POSTILLA SECONDA: SULLA TESI DI A. MAGDELAIN.

La mia tesi sul *ipr.*<sup>1</sup> ha ricevuto l'ambita adesione dello Schön-

<sup>12</sup> *History of Roman Legal Science* (1946) 112 nt. 6.

<sup>13</sup> *O.c.* 447 ss.

<sup>14</sup> Il solito atteggiamento augusteo di tutore delle tradizioni repubblicane.

<sup>15</sup> Cfr. *Res gestae d.A.* 34. Sull'*auctoritas Augusti*, v. da ultimo PUGLIESE CARRATELLI, « *Auctoritas Augusti* », in *PP.* 4 (1949) 29 ss., nonché STEINWENTER, *Die « R.g.d.A. » in rechtsgeschichtlichen Beleuchtung*, in *SAW.* 224.2 (1946) 65 ss.

\* In *AUCT.* 4 (1950) 209 ss.

<sup>1</sup> Cfr. GUARINO, in *Mélanges De Visscher* 1 (1949) 533 ss. (= *Ipr.* 1).