

## PUNTI DI VISTA

### GIULIANO E LA CONSUETUDINE

1. Non è nei miei propositi, si rassicuri il lettore, riesaminare tutta quanta la materia della consuetudine come fonte di diritto in Roma<sup>1</sup>. Lo scopo limitatissimo di queste note è di prendere posizione, con riferimento anche a quanto ho scritto altrove<sup>2</sup>, di fronte a due studi recenti, l'uno e l'altro relativi ad un famoso passo di Giuliano e pubblicati: il primo da V. Scarano Ussani<sup>3</sup>, il secondo da F. Gallo<sup>4</sup>. Due studi che, per esser sincero, mi hanno assai poco convinto.

Metto le carte in tavola. Il testo in discussione<sup>5</sup> è il seguente.

D. 1.3.32 (Iul. 84 dig.): *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet.* 1. *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

2. Nei riguardi del frammento giuliano la posizione dello Scarano U. è molto semplice. Pur segnalando che « non mancano gravi sospetti di alterazione », il nostro autore si astiene dal discuterli perché, a suo

---

<sup>1</sup> Bibliografia accurata in SCARANO U. (nt. 3) 90 nt. 127: bibliografia da integrarsi, ovviamente, con gli scritti di cui *infra* nt. 3 e 4. <sup>2</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*<sup>4</sup> (1980) 289 ss., spec. 292 s. (ma v. già le edizioni del 1956 e del 1959). <sup>3</sup> V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano* (1987) 90 ss. <sup>4</sup> F. GALLO, *Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32)*, in *Iura* 36 (1985, ma 1988) 70 ss. <sup>5</sup> Relativo alla *lex Papia*, forse con particolare riferimento alla *vacatio et excusatio munerum*: LENEL, *Pal.* 1.480 e nt. 3

avviso, « le alterazioni, almeno formali, probabilmente subite dal testo non ne mettono in crisi, come si vedrà, l'attendibilità sul valore della *consuetudo*, il rapporto con la legge e con la volontà popolare, il valore di quest'ultima pure abrogatrice non solo *suffragio* ma anche *tacito consensu* »<sup>6</sup>. Per verità, quel che si « vede », nelle pagine che seguono, è solo un'attenta parafrasi del frammento in esame: parafrasi punteggiata da elogi del « procedimento argomentativo » di Giuliano e accompagnata dal richiamo a ben noti passi giuridici e letterari del sec. II d. C., in cui si parlerebbe, in ordine alla *desuetudo*, della sua « capacità abrogatrice »<sup>7</sup>. Anche lo scambio tra *consuetudo* e *mores* sembra allo Scarano U. impeccabile: esso avviene « sotto l'aspetto terminologico », con l'avvertenza, peraltro, che, in altro luogo dei suoi *digesta*, Giuliano parlava di *mores* in diverso senso, cioè nel senso di *mores maiorum*<sup>8</sup>. Il brano, in altri termini, può essere scorretto quanto si vuole, ma vi sono pezzi d'appoggio sufficienti, almeno secondo lo Scarano U., per ritenerlo sostanzialmente genuino.

Più apprezzabile, almeno secondo il mio modo di concepire le nostre ricerche, la posizione del Gallo<sup>9</sup>. Il quale, pur arrivando per la *desuetudo* alle stesse conclusioni dello Scarano U., per prima cosa si domanda se e quanto tutto il discorso del frammento funzioni sul piano lessicale, su quello logico e su quello storico, a prescindere dalle commendatizie offerte da altre fonti: commendatizie che non sono dotate di un valore probatorio superiore, ma sono semplicemente anch'esse testi da leggere e da sottoporre ad esegesi critica. E che il Gallo faccia bene a seguire questa via più faticosa, ma metodologicamente doverosa, è dimostrato dal fatto che egli (anche se non dà, a mio avviso, il suo giusto peso al punto della *desuetudo*) non giudica uno scambio meramente terminologico quello tra *mores* e *consuetudo*, ma ritiene giustamente che, ai tempi di Giuliano, per *mores* si intendevano ancora e solo i *mores maiorum*, mentre per *consuetudines* si cominciavano ad intendere, cosa assai diversa, le usanze locali delle varie province: ragion per cui o il giurista ha parlato di *mores* oppure ha parlato di *consuetudo*, anzi, precisa il Gallo, ha senz'altro parlato di *mores*, perché ai tempi di Giuliano « la *consuetudo* non risultava annoverata tra le fonti del diritto »<sup>10</sup>.

Forte di questa conclusione, il Gallo ritiene interpolato lo *et consuetudine del principium* e il periodo da *inveterata consuetudo a moribus*

<sup>6</sup> SCARANO U. (nt. 3) 90 nt. 27. <sup>7</sup> SCARANO U. (nt. 3) 91 ss. <sup>8</sup> SCARANO U. (nt. 3) 93 e nt. 132. Il riferimento è a Iul. I dig. D. 2.1.5: *More maiorum ita comparatum est, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio habet.* <sup>9</sup> Cit. retro nt. 4. <sup>10</sup> GALLO (nt. 4) 72: « Nell'epoca a cui appartiene Giuliano la *consuetudo* non risultava annoverata tra le fonti del diritto. Nella medesima epoca il binomio *leges et mores* indicava l'intero ordina-

*constitutum* del paragrafo 1, attribuendo la prima interpolazione « al periodo diocleziano o a un'età ad esso vicina »<sup>11</sup>, la seconda interpolazione, con probabilità, al quinto secolo<sup>12</sup>. Non solo. Interpolati sono altresì, nel *principium*, i due periodi che vanno da *et si qua in re a servari oportet*<sup>13</sup>, sicché il dettato genuino di Giuliano è, per il Gallo, questo:

*De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus... inductum est... nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio [legis latoris] (populi), sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*<sup>14</sup>.

Per concludere con la ricostruzione del Gallo<sup>15</sup>, Giuliano apriva il discorso con una « enunciazione » (*de quibus - inductum est*), lo proseguiva con una « giustificazione... di doppio grado » (*nam - omnes e nam - factis?*), lo concludeva con il corollario *quare rectissime-fin.*, relativo all'efficacia abrogativa della *desuetudo*: corollario cui sono dedicate molte pagine, che dovremo esaminare con particolare attenzione<sup>16</sup>.

3. Cominciamo con lo stabilire il significato e il valore del frammento di Giuliano nel sistema giustiniano.

I *Digesta* inseriscono il frammento in un titolo (D. 1.3) intestato « *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* », titolo ben diverso da quello successivo (D. 1.4), che tratta « *de constitutionibus principum* ». Dobbiamo, dunque, come prima cosa, ritenere che la *lex*

mento ecc.». <sup>11</sup> GALLO (nt. 4) 86: «l'aggiunta... si spiega in un'epoca nella quale, per un verso, non era ancora venuta meno la visione, quale fonte storica, del *ius moribus receptum* e, per l'altro, si era già individuata la nuova categoria della *consuetudo*» (individuazione già visibile nel fr. D. 1.3.33 di Ulpiano: cfr. p. 86 in principio). <sup>12</sup> GALLO (nt. 4) 86 s. (il periodo presuppone «già concluso il processo di riduzione delle fonti del diritto alla legge... e alla consuetudine, fonte subordinata, che trova applicazione nei vuoti lasciati dalla prima»). Cfr. anche p. 88 s., ove si riassume la tesi interpolazionistica e si prospetta l'ipotesi che questa e le altre interpolazioni furono fuse in un tutto unico in occasione della «compilazione, per la scuola e per la pratica, della raccolta pregiustiniana detta *prima pars legum*». <sup>13</sup> GALLO (nt. 4) 84 s. <sup>14</sup> Sulla sostituzione di *legis latoris* a *populi* v. Gallo (nt. 4) 87 (ove la manipolazione è attribuita alla compilazione pregiustiniana della *prima pars legum* e viene motivata dal fatto che nel dominio «l'intera produzione autoritativa del diritto era concentrata nell'imperatore», non nel *populus*); ma v. pure p. 77, nella quale si legge, a difesa della deduzione *quare-fin.*, che «l'evidente sostituzione in essa di *legis latoris*... a *populi*... rende inverosimile il carattere insitico della parte restante». <sup>15</sup> GALLO (nt. 4) 71. <sup>16</sup> GALLO (nt. 4) 77 ss., 83 s., 90 ss. <sup>17</sup> Lo conferma D. 1.4.4 (Modest.

*scripta* sia tutto fuorché una costituzione imperatoria e che la *inveterata consuetudo* (cioè il complesso di *ea, quae sine ullo scripto populus comprobavit*) abbia capacità abrogativa, sotto specie di *desuetudo*, delle leggi votate dal popolo, non anche delle così dette *leges imperiales*<sup>17</sup>. Da escludere è quindi, mi pare, che nella locuzione *suffragio legis latoris* (in cui, comunque, anche un orbo vedrebbe che *legis latoris* non può essere uscito dallo stilo di Giuliano, il quale presumibilmente avrebbe scritto *populi*) il *legis latoris* sia frutto di un'interpolazione dei compilatori giustiniani o dei presunti compilatori pregiustiniani della *prima pars legum*<sup>18</sup>. Il guasto (limitato a *legis latoris* o esteso a tutto il periodo *quare-fin.*) è di data piú antica e di origine diversa: un'origine che cercheremo di accertare piú in là.

Tanto premesso, la lettura del passo è molto agevole. Là dove, prescindendo dalle costituzioni imperiali (che hanno la prevalenza su tutto), mancano le leggi scritte del buon tempo antico, cioè le *leges publicae* (e i *senatusconsulta* ad esse equiparati)<sup>19</sup>, deve osservarsi ciò che è stato introdotto dai *mores* e dalla *consuetudo*, cioè dal *ius moribus constitutum*; se questo non basta a colmare la lacuna, bisogna ricorrere all'analogia (a *quod proximum et consequens est ei*); qualora nemmeno il risultato dell'integrazione analogica sia chiaro e soddisfacente, bisogna adeguarsi al diritto vigente nella città di Roma. E a proposito della *inveterata consuetudo* (cioè del *ius moribus constitutum*), va precisato che essa non senza apprezzabile ragione ha valenza di legge perché, se le

2 *excusat.*), ove si ha cura di sottolineare l'ovvio principio che le costituzioni posteriori prevalgono su quelle anteriori, quasi ad implicitamente escludere la desuetudine delle costituzioni imperiali. <sup>18</sup> Ai compilatori della *prima pars legum* pregiustiniana crede il Gallo (nt. 4) 80 ss., il quale sostiene (p. 87) che « la sostituzione in oggetto fosse già presente » in quella compilazione (ove i frammenti relativi alla *consuetudo* costituivano un titolo autonomo) e sostiene altresí (v. *retro* nt. 14) che il carattere insitico del solo *legis latoris* esclude il carattere insitico dell'intero periodo *quare-fin.* Sul problema delle compilazioni pregiustiniane di *iura* evito deliberatamente qui di fermarmi: il mio pensiero in materia è manifestato in vari scritti, dei quali mi limito a citare l'ultimo: A. GUARINO, *Lo spettro dei Digesta*, in pubblicazione negli *St. Calderone*, ma già anticipatamente apparso in A. GUARINO, « *Iusculum iuris* » (1984) 38 ss. Forse il problema è un poco piú complesso di come lo vede il Gallo (cfr. comunque G.L. FALCHI, *Sul possibile coordinamento tra le 'masse' blubmiane e le « partes » del Digesto*, in *SDHI.* 49 [1983] 52 ss.), ma a me preme solo, in questa sede, di rilevare che, secondo il Gallo, la pregiustiniana *prima pars legum* fu recepita intatta nei *Digesta*, di modo che anche essa non subordinava alla *desuetudo* le costituzioni imperiali. <sup>19</sup> A rigore, si sarebbe dovuto parlare, prima di estendere il discorso all'analogia e alle consuetudini dell'urbe Roma, anche della mancanza di confacenti norme dell'*edictum* e del patrimonio giurisprudenziale, anche esse indicate come espressioni del *ius scriptum* da I. 1.2.7-8. Ma il richiamo anche a queste altre fonti scritte, piú o meno convintamente equiparate alla legge anche da Giustiniano (cfr. I. 1.2.3), è da considerarsi

leggi (quelle scritte) hanno valore per noi vincolante a causa del fatto di essere state accolte nell'ordinamento giuridico sulla base di una decisione popolare (*iudicio populi*), fondatamente avranno valore vincolante per tutti anche le regole che il popolo abbia avallato senza ricorrere alla scrittura (*sine ullo scripto*): non fa differenza, infatti, che il popolo dichiari la sua volontà con un voto o invece col suo inequivoco comportamento. Ragion per cui è stato giustissimamente recepito altresì nell'ordinamento il principio per cui le leggi vengono abrogate non solo col voto, ma, anche, sulla base del tacito consenso di tutti, con la desuetudine<sup>20</sup>.

Un discorso, come si vede, piuttosto circonvoluto e ridondante, probabilmente però non toccato in nessun punto da Giustiniano, ma a questi pervenuto, tal quale si legge nei *Digesta*, da una redazione a lui anteriore. Redazione di cui dobbiamo accertare, ovviamente attraverso un procedimento di cauta induzione, se fu coincidente con quella originaria di Giuliano o se fu invece variamente alterata nei secoli successivi<sup>21</sup>.

4. I punti che 'prudono', come ha già ben visto il Gallo<sup>22</sup>, sono tre: quello relativo alla equiparazione tra *mores* e *consuetudo*; quello relativo ai criteri suppletivi da seguire nel caso di insufficienza delle leggi e della consuetudine; quello della affermazione e giustificazione della forza abrogante della *desuetudo*.

Prima però va eliminato un piccolo equivoco. Quando Giuliano imposta il discorso sulle *causae* (situazioni) relativamente alle quali *scriptis legibus non utimur*, egli, come giustamente ritengono lo Schmedel<sup>23</sup> e lo Scarano U.<sup>24</sup>, vuol parlare dei casi non regolati da leggi, dei casi

implicito. <sup>20</sup> La const. *Deo auctore* del 15 dicembre 530 (costituzione anteriore ai *Digesta*, della cui compilazione dava appunto incarico a Triboniano) si richiama espressamente (nel par. 10) alla *Salvii Iuliani scriptura*, stabilendo che, in applicazione di essa, i compilatori mettano da parte le *leges in veteribus libris positae*, se *iam in desuetudinem abierunt*, e tengano invece conto sia dei giudizi consolidati (giudizi evidentemente basati sull'analogia), sia della *longa consuetudo* di Roma: una Roma da intendersi non più solo come la vecchia *urbs*, ma anche come Costantinopoli (la così detta *Roma nova*). Come giustamente rileva il Gallo (nt. 4) 80, questo riferimento è un valido indizio del fatto che le alterazioni del frammento di Giuliano sono tutte di marca pregiustiniana (e, se ho ben inteso, di marca anteriore anche alla presunta compilazione pregiustiniana della *prima pars legum*, per la quale v. *retro* nt. 18). <sup>21</sup> Non penso che sia nemmeno il caso di provarsi a stabilire, nel nostro come in molti altri casi, la data approssimativa dell'alterazione. Al più, ci si può avventurare, in adesione ad una dottrina che ha avuto qualche conforto di prova da F. WIEACKER (*Textstufen klassischer Juristen* [1960]), ad indicare come epoca possibile delle alterazioni quella del trapasso, nel III-IV sec. d. C., delle edizioni dal papiro alla pergamena. Ma anche la teoria del Wieacker, pur da molti seguita, è, a mio parere, non poco dubbia. <sup>22</sup> *Retro* n. 2. <sup>23</sup> SCHMIEDEL, 'Consuetudo' im klassischen und nachklassischen römischen Recht (1966) 46. <sup>24</sup> SCARANO U. (nt. 3) 90, 92. <sup>25</sup> GALLO (nt. 4) 75 s. e 96 nt. 35. Per i punti



in ordine ai quali mancano leggi, esiste cioè una lacuna della legislazione. Il tentativo del Gallo<sup>25</sup> di intendere il dettato giuliano come attinente (anche o, forse, solo) all'ipotesi che le leggi vi siano, ma i loro destinatari non ne facciano uso, è un tentativo inaccoglibile (oltre tutto contraddetto, mi sembra, dal fatto che, in altri punti del suo saggio, il Gallo sembra interpretare lo *scriptis legibus non utimur* proprio nel senso di mancanza di leggi, di lacune del sistema legislativo). Vero è che « si può non fare uso non solo di cose che non esistono, ma anche di cose che esistono », ma il verbo *uti* (*legibus*) è chiaramente usato da Giuliano nel significato di disporre, di avere a disposizione (nel caso nostro: di non disporre, di non avere a disposizione), insomma nel significato 'tecnico' in cui lo usa, ad esempio, Gaio, quando, nel primo paragrafo delle sue *institutiones*, parla del *ius*, di cui *omnes populi utuntur*, o del *ius* di cui il popolo romano *utitur*<sup>26</sup>. Si può essere paladini della desuetudine delle leggi, si può essere addirittura sostenitori di una « potestà (del popolo romano) di non usare norme stabilite da appositi organi » (di tutto questo discuteremo più in là), ma non si può utilizzare lo *scriptis legibus non utimur* allo scopo di dare un ulteriore sostegno alla tesi dell'abrogazione della legge per desuetudine, né si può pretendere da Giuliano, per marcare l'ipotesi di inesistenza delle leggi, il ricorso ad un verbo diverso da quello corrente.

Che cosa si deve, dunque, fare nell'eventualità di una lacuna legislativa? Il testo di Giuliano, nella redazione giustiniana, dice che si deve far ricorso ai *mores* e alla *consuetudo*. Senonché *mores* e *inveterata consuetudo* (da cui il *ius quod dicitur moribus constitutum*) erano sinonimi per diritto giustiniano, erano concetti affini già nel diritto post-classico e pregiustiniano del sec. IV (il secolo dei *Tituli ex corpore Ulpiani*)<sup>27</sup>, ma non erano ancora concetti fra loro intercambiabili in Giuliano: il quale, come sappiamo<sup>28</sup>, aveva ancora chiara la concezione dei *mores maiorum* come fonte del diritto concorrenti con le *leges* (la concezione stessa di Gaio)<sup>29</sup> e, dunque, non poteva elevare al loro rango

---

in cui il Gallo parla, viceversa, di lacune del diritto (e di « colmatatura » delle stesse) v. le p. 84 s. (in ordine alle quali rimando, peraltro, sin d'ora a quanto osservo *infra* n. 5).<sup>26</sup> Se si legge più attentamente Gai. I.1, si noterà che il *ius*, di cui *omnes populi ... utuntur*, non è quello di cui si 'fa uso', ma è, per essere più chiari (*nam*), quello, tutto quello, *quod quisque populus ipse sibi ... constituit* (nel qual caso si parla di *ius civile*), ed è altresì quello, tutto quello, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (nel qual caso si parla di *ius gentium*). Quanto al popolo romano, esso pertanto (*itaque*) dispone (*utitur*) *partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure*: un insieme di *iura*, che (cfr. par. 2) *constant* da leggi ecc.<sup>27</sup> Cfr. Ulp. I.4: *Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*.<sup>28</sup> Retro nt. 8. <sup>29</sup> Sul silenzio di Gaio in ordine ai *mores* come fonti del diritto romano, v. da ultimo A. GUARINO.

le consuetudini di derivazione provinciale, di cui pur non gli sfuggiva l'esistenza<sup>30</sup>. Sin qui, come si vede, vado d'accordo col Gallo. Dove il disaccordo interviene è col suo ritenere che la *consuetudo* non fosse ancora annoverata tra le fonti del diritto e che quindi Giuliano dovesse necessariamente riferirsi agli antichissimi *mores maiorum* romani<sup>31</sup>. Questo è inesatto: è inesatto perché i *mores maiorum* non erano visti dai giuristi classici come integrativi delle *leges* e delle altre fonti giuridiche autoritative, ma erano le *leges* e le fonti assimilate ad essere ritenute dai classici integrative (ed eventualmente modificative o addirittura abrogative) del patrimonio vetusto dei *mores*<sup>32</sup>.

È difficilmente credibile, insomma, che Giuliano abbia parlato di una integrazione delle lacune delle leggi per mezzo dei *mores (maiorum)*, e ancora più difficilmente credibile è che egli abbia voluto esprimere questo concetto ricorrendo alla frase *quod moribus inductum est*, adoprando cioè un verbo (*inductum est*), che dà addirittura l'idea sbagliatissima di una introduzione 'sopravvenuta' dei principii dei *mores* alle norme delle *leges*, l'idea di un'età più giovane dei *mores* rispetto alle leggi. Se poi, procedendo oltre, si legge la frase *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur*, si ritrova, nel ricorso al verbo *custodire*, la stessa mano di Giuliano (*custodiri oportet*) e ci si rende più chiaramente conto che l'intento del giurista è stato, ai fini dell'eliminazione delle lacune legislative, proprio quello di far ricorso alla *consuetudo* (o alla *inveterata consuetudo*) locale<sup>33</sup>: *consuetudo* della quale egli, con originalità e autorevolezza degne di lui, ma pur sempre con qualche cautela (*non immerito*), afferma e, per quel che ci risulta, è il primo ad affermare che, in fondo, vale come sostitutiva della legge (*pro lege*)<sup>34</sup>.

*La consuetudine e Polonio*, in *Labeo* 21 (1975) 69 ss. <sup>30</sup> Si ricordi che, nel passo del libro 84 *digestorum* riportato da D. 1.3.32, Giuliano (cfr. L. *Iul.* 819) si occupava dell'applicazione della *lex Papia* ad una situazione extra-italica: cfr. SCARANO U. (nt. 3) 91. <sup>31</sup> *Retro* n. 2 e nt. 10. <sup>32</sup> *Amplius*, sulla concezione classica del patrimonio dei *mores maiorum* (e sulla così detta visione naturalistica e nazionalistica del più antico ceppo del diritto romano), GUARINO (nt. 2) 290 s.

<sup>33</sup> Si ricordi, a questo proposito, la ben nota *oratio de Italicensibus* pronunciata in senato da Adriano (una *oratio* certo tutt'altro che estranea a Giuliano), là dove l'imperatore (cfr. Gell. n. A. 16.13.4) mostra stupore che gli *Italicenses* (e così pure molti altri *municipia antiqua*) *in ius coloniarum mutari gestiverint*, mentre potevano far capo ad un proprio patrimonio di *mores* e di *leges* (*cum suis moribus legibusque uti possent*). E, a scampo di obiezioni, sia detto subito che qui Adriano parlava di *mores* (non di *consuetudines*) perché poneva mente al concetto generale (che si ritrova in Gai 1.1) degli *omnes populi, qui legibus et moribus utuntur*. <sup>34</sup> La nozione della consuetudine come fonte integrativa di diritto (da non confondersi con i *mores maiorum*) diverrà comune nell'età dei Severi e nel mondo romano che portò, dopo lunga gestazione, alla *constitutio Antoniniana* del 212. Si legge, infatti, in Ulp. 1 *de off. proconsulis* D. 1.3.33: *Diuurna consuetudo*

Se le mie deduzioni sono esatte, un lettore postclassico ha quindi effettivamente manipolato il passo di Giuliano, ma non lo ha fatto per introdurre la nozione di *consuetudo* accanto a quella di *mores*. Lo ha fatto, al contrario: anzi tutto, per equiparare la *consuetudo* ai *mores*, per elevare la *consuetudo* al livello di questi ultimi<sup>35</sup>; secondariamente e conseguentemente, per sostenere, a chiarimento di quanto scritto da Giuliano a proposito dell'*inveterata consuetudo*, che questa è ormai, appunto, la matrice del *ius, quod dicitur moribus constitutum*<sup>36</sup>.

5. Quanto ai periodi *et si qua in re rell.* e *si nec id quidem rell.*, che completano il *principium* del fr. 33, davvero non mi riesce di capire perché il Gallo<sup>37</sup> li ritenga entrambi interpolatizi.

Nella logica di un Giuliano, che tratta del problema delle lacune della legge e che ha appena finito di indicare la *consuetudo* locale come integrativa di quelle lacune, i due periodi ci stanno benissimo: se non è sufficiente la *consuetudo* locale, si ricorra (dai giudici e, in generale, dai giureconsulti) alla utilizzazione per analogia di *quod proximum et consequens est ei* (*ei*: cioè a *quod consuetudine inductum est*); se mancano ragionevoli appigli per questo procedimento, allora (e solo allora) si faccia capo al diritto che si osserva nella capitale dell'impero (o, in altri termini, alle interpretazioni giurisprudenziali e imperiali e alle decisioni giudiziarie, sia ordinarie sia *extra ordinem*, che 'corrono' nella *urbs Roma*)<sup>38</sup>.

Il Gallo, cui questa logica giuliana sfugge (o non sembra sufficientemente rilevante), fa un ragionamento tutto diverso. Siccome a partire da Costantino, se non già da prima, le fonti di produzione del diritto si erano ridotte a due, le leggi (nel senso di costituzioni imperiali) e la consuetudine; siccome nell'età del dominato più non esisteva la possibilità di integrare il diritto, nei casi concreti, facendo appello ai *responsa* dei giuristi con *ius respondendi*, alle decisioni dei magistrati esercenti la *iurisdictio* e ai *rescripta* o ai *decreta* imperiali; si sostituì, in quella età, alla prassi dell'integrazione del diritto (cioè della produzione di nuovo diritto per ogni caso concreto risolto) « il punto di vista (mantenutosi fino ad oggi nella nostra tradizione) dell'interpretazione »: punto di vista di cui è espressione il periodo *et si qua in re in hoc deficeret, tunc quod*

*pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.* <sup>35</sup> Di qui l'inserzione di *moribus et* (con i *mores* al primo posto rispetto alla *consuetudo*), e non di un *et moribus* dopo *consuetudine*. <sup>36</sup> In corrispondenza col concetto svolto da Ulp. 1.4: *retro* nt. 27. <sup>37</sup> GALLO (nt. 4) 84 ss. <sup>38</sup> In const. *Deo auctore* 10 (v. *retro* nt. 20) Giustiniano non parla di *ius, quo urbs Roma utitur*, ma di *longa consuetudo* di Roma capitale. In fondo, egli non svolge male il concetto di Giuliano, il quale certo non voleva riferirsi al diritto romano in genere, ma alle applicazioni, più o meno 'consolidate', che giudici, principi e giureconsulti



*proximum et consequens est ei*<sup>39</sup>. In ordine poi al periodo successivo (quello che invita a ricorrere, in ultima istanza, al *ius* della capitale dell'impero), il Gallo, senza tenere apparentemente presente, in questo punto, che ad esso faceva convinto richiamo addirittura Giustiniano<sup>40</sup>, lo ritiene affetto, a maggior ragione, da « sicuro carattere spurio », anche se qualche difficoltà gli crea il fatto (di cui un po' tardivamente si rende conto) che « il richiamo . . . al *ius quo urbs Roma utitur* », al fine della « colmatatura delle lacune » della disciplina stabilita da leggi e consuetudini, « fa pensare a diritti locali », cioè ai tempi anteriori alla *constitutio Antoniniana*, e in particolare proprio al « tempo di Giuliano », in cui « dominava in proposito un atteggiamento di tolleranza »<sup>41</sup>.

Orbene, è secondo me evidente che questo modo di ragionare non può accogliersi. Non solo perché vi è, come si è visto, una possibilità di attribuire attendibilmente per l'appunto a Giuliano quanto si legge, da *et si qua in re a oportet*, nel frammento che stiamo esaminando (e questa possibilità esclude, a rigor di metodo, che si possano formulare ipotesi interpolazionistiche), ma anche perché i presupposti da cui parte il Gallo per la sua critica sono presupposti che non convincono. D'accordo che, intorno al quarto secolo, le fonti di produzione 'attive' del diritto si ridussero a due, le *leges* (o *constitutiones*) imperiali e, subordinatamente, la *consuetudo* (anche detta, all'antica, *mores*)<sup>42</sup>, ma non per questo vennero meno (anche se furono notevolmente mortificati) i sistemi cui già in ordine al *ius vetus* si ricorreva per integrare le lacune dell'ordinamento giuridico. Non è che in diritto classico si colmassero le lacune 'producendo' nuovo diritto e in diritto postclassico si colmassero le lacune 'interpretando' il diritto esistente. Tanto nell'uno quanto nell'altro ordinamento (e perciò già in periodo classico ed in rapporto alle fonti del *ius vetus*) le lacune giuridiche, salvo che intervenisse un autentico provvedimento normativo ad eliminarle una volta per sempre, erano colmate esclusivamente con l'interpretazione, quindi a titolo provvisorio e con limitazione a casi di specie. Ai casi di specie e senza autorità normativa si riferivano le decisioni giurisdizionali tanto ordinarie che straordinarie (anche se quelle straordinarie emesse dal *princeps* ave-

---

facevano nella *urbs Roma* delle norme giuridiche ai casi concreti. <sup>39</sup> A questo punto, il GALLO (nt. 4) 85, si meraviglia che l'analogia sia « riferita alla sola consuetudine » e, invece di chiedersi se il suo ragionamento sia errato, afferma che ciò « fornisce un altro elemento a favore del carattere insitico dell'asserzione in esame ». Modo di procedere, a mio avviso, alquanto arbitrario nella ricerca delle interpolazioni. <sup>40</sup> V. *retro* nt. 20. <sup>41</sup> GALLO (nt. 4) 85 s. Tralascio di seguire l'autore nel suo tentativo di risolvere in parte i problemi scaturenti dal riferimento della frase in oggetto alla sua tesi sul diritto del dominato: « problemi non tutti allo stato risolvibili ». <sup>42</sup> Sul *ius novum* (classico e postclassico) mi permetto di rin-

vano un valore maggiore)<sup>43</sup>; ai casi di specie e senza autorità normativa si riferirono per lungo tempo, prima di diventare anch'essi surrogati di legge, gli stessi autorevolissimi *rescripta principum*<sup>44</sup>. Nulla di diverso, insomma, salvo quanto ad autorevolezza sul piano pratico, fra l'interpretazione giurisprudenziale e giurisdizionale classica e quella postclassica.

La prima conclusione cui pervengo è, per conseguenza, che il frammento giuliano di D. 1.3.32 vada ricostruito, sino alle parole *tenebunt omnes* del par. 1, eliminando solo *moribus et* e *et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum*.

Il salvataggio della frase *nam cum ipsae leges rell.*<sup>45</sup>, frase peraltro non contestata nemmeno dal Gallo, permette di capire il semplice 'perché' delle *scriptae leges* (e non solamente *leges*), che figurano all'inizio del frammento. Non direi che *scriptis* sia interpolato<sup>46</sup>, ma non direi nemmeno che Giuliano abbia voluto, parlando di *leges scriptae*, « contrapporre al diritto introdotto *moribus* tutto il diritto prodotto in via autoritativa dagli organi all'uopo previsti »<sup>47</sup>. Dato che il *ius ex scripto* comprendeva anche i *responsa prudentium*, il giurista avrebbe probabilmente (non dico sicuramente) evitato di parlare, anche con riferimento ad essi, di *leges*<sup>48</sup>; comunque, abbiamo già visto che Giuliano non intendeva riferirsi, in contrapposto al *ius scriptum*, ai *mores maiorum*<sup>49</sup>. La locuzione si spiega a sufficienza col fatto, al Gallo per nulla sfuggito, ma da lui forse ritenuto spiegazione non bastevole<sup>50</sup>, che le *scriptae leges* sono poste, nel periodo *nam cum ipsae leges rell.*, in correlazione ad *ea, quae sine ullo scripto populus probavit*: il tutto nell'ambito di un contesto, in cui si cerca di giustificare perché l'*inveterata consuetudo*, essendo anch'essa approvata (sia pure *sine scripto*) dal popolo, *pro lege non immerito custoditur*.

6. Ed eccoci alla desuetudine delle leggi, cioè al periodo *quare fin.*, in cui si legge, con ricollegamento a quanto precedentemente affermato<sup>51</sup>,

---

viare a GUARINO (nt. 2) 266 ss. <sup>43</sup> Solo se *in unum sententiae concurrunt*, i *responsa* dei giuristi, *quibus permissum est iura condere*, assurgono, secondo un rescritto di Adriano, al livello del *legis vicem optinere*: Gai 1.7. <sup>44</sup> Ricordo a me stesso che Gai 1.5 non inseriva i *rescripta* tra le *constitutiones* imperiali facenti vece di legge. Sul punto v., più ampiamente, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisprudenziali nel II secolo d.C.* (1974) 43 ss. <sup>45</sup> Frase in cui appare un *merito* (relativo ad *ea, quae sine ullo scripto populus probavit*) che conforta la tesi della provenienza giuliana della frase *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur*. <sup>46</sup> Giustamente in questo senso, contro il Lombardi e lo Schmiedel, GALLO (nt. 4) 74, il quale rinuncia al sospetto di interpolazione pure da lui formulato in passato. <sup>47</sup> GALLO (nt. 4) 74 s., 84. <sup>48</sup> Sul problema del *ius ex scripto* v. *amplius* GUARINO (nt. 2) 298 ss. <sup>49</sup> V. *retro* n. 4. <sup>50</sup> GALLO (nt. 4) 74 s. <sup>51</sup> Mi libero subito di una interpolazione irrilevante ai fini della nostra discussione. Il periodo *nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?* è a mio parere, insiticio: sia perché ripete con

che le leggi sono abrogate non solo con voto espresso, ma anche per consenso universale tacito, cioè per desuetudine. Periodo interpolato per lo Schmiedel e per altri<sup>52</sup>, incontaminato per lo Scarano U.<sup>53</sup>, fondamentalmente genuino ed estremamente importante per il Gallo<sup>54</sup>.

Mi sia concesso di non discutere col Gallo sul piano generale dell'apprezzabilità della desuetudine della legge (o di tutto quanto il diritto) e dell'auspicabile introduzione di questo istituto, a compiuta realizzazione del principio della sovranità popolare, nel diritto italiano vigente o nel diritto di qualsivoglia altro paese civile<sup>55</sup>. La discussione ci porterebbe lontani, non solo dal diritto romano, ma anche (e sarebbe malissimo) l'uno dall'altro<sup>56</sup>. Limitiamoci, come è nostra lieta possibilità, a controvertere sul se dell'abrogazione delle leggi per desuetudine abbia parlato Giuliano, oppure abbia parlato (interpolando il discorso di Giuliano) Giustiniano, o infine abbia parlato, come io sostengo, un glossatore post-classico dei *digesta* giulianeî.

Vi è un solo punto che va preliminarmente chiarito. Nessuno, che abbia un minimo di realismo, contesta e può contestare che vi siano leggi (o, piú in generale, norme giuridiche) di cui, per effetto dell'evolversi delle condizioni sociali di base, non si avverta piú il bisogno dalla comunità, sicché cadono col tempo in disuso e vengono addirittura dimenticate. Nessuno contesta e può contestare che talune di queste leggi o di queste norme giuridiche diventino col tempo, sempre per effetto del mutamento delle condizioni sociali di base, addirittura praticamente inapplicabili. Nessuno infine contesta e può contestare che l'uno e l'altro fenomeno si siano verificati anche a Roma<sup>57</sup>. Il problema che ci riguarda non è questo. Il problema è se la desuetudine (nel senso di omessa applicazione) di una legge o di una norma giuridica non consuetudinaria<sup>58</sup>

---

un'interrogazione retorica quanto già detto nel precedente periodo (che è, secondo me, genuino), sia perché l'aggiunta è denunciata dal *nam*, che non può essere stato usato da chi ha già scritto il precedente periodo, egualmente iniziatesi con un *nam*. Il GALLO (nt. 4) 71 ritiene che «nel nostro caso si susseguono due *nam* in coerenza al fatto che la giustificazione è di doppio grado», ma replicherei che una esigenza elementare di *variatio* richiedeva, in chi avesse scritto ambedue le giustificazioni, un modo diverso di esprimersi. Comunque, basta il primo dei due periodi aperti da un *nam* a giustificare lo svolgimento (da vedere se genuino o meno) contenuto nel periodo finale del frammento. <sup>52</sup> SCHMIEDEL (nt. 23) 50. che qui cito come l'ultimo tra gli autori che hanno sostenuto l'interpolazione.

<sup>53</sup> SCARANO U. (nt. 3) 93, il quale, parafrasando Giuliano, dice che questi correttamente ricavava da quanto detto precedentemente «la possibilità della desuetudine delle norme, abrogabili non solo *suffragio legis latoris*, ma pure *tacito consensu omnium*». <sup>54</sup> V. *retro* nt. 16. <sup>55</sup> GALLO (nt. 4) 92 ss. <sup>56</sup> Mi limito ad

osservare che la tesi del Gallo è in disaccordo col principio fondamentale della certezza del diritto, che è uno dei cardini del moderno stato di diritto. E aggiungo che di ciò si rende conto, in qualche modo, anche il GALLO, 96 nt. 35, discettando (sia pure con argomenti che non convincono) sul *certius statuere*. <sup>57</sup> Rinvio, per

comporti un esito pari a quello dell'*abrogatio* della legge (o della norma) stessa<sup>59</sup>, cioè implichi la conseguenza che, pur riproducendosi le condizioni sociali di base per la sua applicabilità, quella legge (o quella norma) non sia piú applicabile perché estinta. Non vi è dubbio che, con quello che è stato entusiasticamente definito « un procedimento argomentativo molto rigoroso, che aveva la simmetria di una costruzione sillogistica »<sup>60</sup>, qualcuno possa aver ragionato nel senso che, come il popolo fa le leggi, così il popolo può disfare, con l'aiuto del decorso del tempo, le leggi stesse; ma mi fa specie che un ragionamento rigidamente e ottusamente consequenziale di questo stampo (come dice la gente ragionevole? *Cave a consequentiariis*) lo abbia fatto una persona intelligente e un raffinato giurista come Salvio Giuliano<sup>61</sup>.

Ebbene, la possibilità di assolvere Giuliano dall'accusa di aver tirato innanzi con un ragionamento astratto oltre ogni limite di pratica (e quindi giuridica) ragionevolezza esiste, per nostra fortuna, anche sul piano strettamente esegetico. Se, come pare, siamo tutti d'accordo, salvo forse lo Scarano U.<sup>62</sup>, nell'escludere che Giuliano possa avere commesso la corbelleria di scrivere, in riferimento alle *leges publicae*, che esse sono abrogate *suffragio legis latoris*, si pone il quesito relativo all'origine e al modo di questa alterazione. Ora, non mi sembra per nulla esatto limitarsi a dire che qualcuno ha bellamente sostituito il termine *legis latoris* al termine *populi*, e magari aggiungere che il carattere insitico del solo *legis latoris* dimostri, per implicito, il carattere genuino del resto del periodo *quare rell.*<sup>63</sup>: infatti un qualunque lettore postclassico o un qualunque compilatore giustiniano, per quanto sprovveduto egli fosse, mai

la documentazione, a SCARANO U. (nt. 3) 93 s. e a GALLO (nt. 4) 77. <sup>58</sup> Per quanto riguarda le norme consuetudinarie, bisogna infatti tener presente che esse non sono solo create, ma sono tenute in vita dall'uso generale e costante che di una certa pratica si faccia (con in piú la convinzione della sua giuridica necessità): il che offre già una spiegazione della caduta in desuetudine di alcuni antichissimi istituti consuetudinarii romani (per esempio, il cosí detto *ius gentilicium*: Gai 3.17). <sup>59</sup> In senso proprio, l'*abrogatio* era la eliminazione di una legge (o di una norma) a seguito di votazione di una *rogatio* ad essa contraria. Cfr. Ulp. D. 50.16.102. <sup>60</sup> SCARANO U. (nt. 3) 93. <sup>61</sup> Piú specie ancora mi fa che questo tipo di ragionamento sia venuto in mente a un giurista, che, stando alla ricostruzione (a mio avviso, un po' sforzata) dello SCARANO U. (nt. 3) 81 ss., si batteva per il *certius statuere* (cfr. D. 1.3.11) in materia di diritto. Ragionando a questo modo, l'incertezza del diritto sarebbe smisuratamente aumentata, non diminuita: quasi per ogni legge, per poco stagionata che essa fosse, sarebbe potuta sorgere tra i litiganti la controversia circa la sua desuetudine. Né salva Giuliano dall'accusa di essere ottusamente consequenziario (oltre che in contraddizione con il suo *certius statuere*) la tesi (cfr. p. 94) che egli avrebbe scritto il periodo *quare rell.* anche « per spiegare, in linea con il sentire del tempo, un fenomeno la cui incidenza, nella storia del diritto e della società, ... certo non ignorava ». Addirittura opportunistica Giuliano? <sup>62</sup> *Retro* nt. 53. <sup>63</sup> Cosí GALLO (nt. 4) citato *retro* nt. 14. <sup>64</sup> Parlo di personaggio

avrebbe avuto l'idea di surrogare di suo acchito *populi* con *legis latoris* (sia pure per mettere in chiaro che, ai suoi tempi, le leggi non erano piú *publicae*, ma erano emesse dall'imperatore), quando si trovava di fronte alla ripetuta affermazione (nei periodi precedenti) che le leggi *iudicio populi receptae sunt* e che il *populus* dichiara la sua volontà col suffragio, e quando tutto il buon fondamento della *desuetudo* era di già posto (nel periodo *quare rell.*) nella corrispondenza del *tacitus consensus omnium* col *suffragium populi*. È invece di chiara evidenza, a mio avviso, che tutto intero il periodo *quare rell.* è stato gettato giú per intero, su ispirazione fornitagli dalla lettura dei periodi precedenti, da un personaggio postclassico piuttosto incline a ragionare con il tirallinee<sup>64</sup>: personaggio cui è comprensibilmente sfuggito, nello scrivere il tutto, l'errore 'currenti calamo' di chiamare *legis lator*, quasi che ne fosse sinonimo, quello che avrebbe dovuto chiamare *populus*<sup>65</sup>.

Giustiniano (e per lui Triboniano)? Direi di no: in const. *Deo auctore* 10 (forse redatta per lui da Triboniano) Giustiniano già mostra di aver conoscenza del frammento giuliano, anche presumibilmente nella parte relativa alla *desuetudo*<sup>66</sup>. Chi fosse il postclassico (e pregiustiniano) ideologo della sovranità popolare (intesa questa, in buona sostanza, come travestimento del *legis lator* imperiale), probabilmente, non lo sapremo mai<sup>67</sup>.

ANTONIO GUARINO

---

incline a ragionare col tirallinee (cioè in astratto, cioè senza badare alle implicazioni praticamente aberranti di quel che deduce dalle sue premesse), non parlo di incolto o di deficiente. Dò atto quindi al GALLO (nt. 4), 79, che costui ha scritto poche righe « non prive di sottigliezze espositive ». <sup>65</sup> Altro errore, che Giuliano probabilmente non avrebbe commesso, sta nell'uso di *abrogare* (*per desuetudinem*) al posto di *removere* o qualcosa del genere. <sup>66</sup> V. *retro* nt. 20. <sup>67</sup> Trascrivo qui per intero, a fini di chiarezza, la mia ricostruzione di D. 1.3.32 (Iul. 84 dig.): *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod [moribus et] consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. 1. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, [et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum.] nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. [nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declarat an rebus ipsis et factis?] [quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.] Un caso molto somigliante di esaltazione postclassica della volontà popolare (ma di una volontà popolare, che si risolve nel 'quod principi placuit legis habet vigorem') lo troviamo in Ulp. D. 1.14.3, e precisamente nell'interpolato (almeno a mio avviso) *cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem* (cioè la potestà di *praetor*) *rell.*: testo per il quale rimando ad A. GUARINO, *Frustula iuris Romani*, V. 3, *La pretura di Barbario Filippo*, in ANA. 99 (1988).*