

ANTONIO GUARINO

«L'USO DE' MORTALI È COME FRONDA»

1. Giunto alla sommità della lunghissima scala d'oro che porta dal settimo all'ottavo cielo, quello delle stelle fisse, Dante, ormai prossimo al termine del suo viaggio ultramondano¹, non trascura di dare uno sguardo all'ingiù, sino alla Terra, «l'aiuola che ci fa tanto feroci»², ma poi passa a sostenere il difficile esame sulla fede, sulla speranza e sulla carità, cui lo sottopongono, l'un dopo l'altro, san Pietro, san Giacomo e san Giovanni. Quasi ciò non bastasse, gli si avvicina, dopo l'ardua prova, la luce del primo uomo, Adamo, a rivelargli, prevenendo le specifiche sue domande, tre cose³: da quanto tempo è stato assunto, prima nel limbo e poi nel paradiso celeste, dopo la brevissima permanenza (sette ore soltanto) nel paradiso terrestre⁴; quale fu la vera causa della condanna sua («la propria cagion del gran disdegno»); ed in che lingua primordiale egli si esprime («l'idioma ch'io usai e ch'io fei»).

Questo non è, fortunatamente, il luogo per mettere allo scoperto, tra le altre, anche le mie deficienze di «dantista»⁵. Tuttavia, a proposito del famoso brano dantesco, non posso fare a meno di

¹ È il caso dire che mi riferisco alla *Commedia*? No, evidentemente non lo è, tenuto conto dei lettori cui è destinato questo scriverello. Val la pena, tuttavia, di approfittare di ogni occasione, quindi anche di questa, per deplorare la dimenticanza quasi completa in cui è caduto, nell'ultimo cinquantennio, il poema di colui che Giuseppe Prezzolini chiamò «il più grande degli Antitaliani».

² *Paradiso*, 22,151.

³ *Paradiso*, 26,82-142.

⁴ Anni 4302 nel Limbo, dopo anni 930 trascorsi, fuori del Paradiso terrestre, sulla Terra - terra: cfr. i vv. 118-123.

⁵ Il mio gusto personale mi porta ad adeguarmi, tra tanti, al commento di Attilio Momigliano (Firenze, 1951).

segnalare che Adamo ha tutta l'aria di un *pater familias* che mai parla per esplicito di Eva, questa *mulier in manu* avanti lettera, ma per implicito vi si riferisce, e come: vuoi perché nega che «la cagion di tanto essilio» sia stata nell'aver i due umanamente colto il frutto dell'albero proibito («il gustare del legno») e perché afferma che il peccato originale fu quello ben diversamente grave della disobbedienza al Signore («solamente il trapassare del segno»); vuoi perché chiarisce che il linguaggio di Adamo (evidentemente, nei rapporti con Eva, con i tre figli Caino, Abele e Set, nonché con nipoti, pronipoti e nipoti dei pronipoti)⁶ era già estinto prima della torre di Babele («innanzi che all'ora inconsumabile / fosse la gente di Nembròt attenta») e commenta (vv. 130-138) essere ben naturale che la lingua umana muti e si perfezioni col passare dei secoli⁷.

Ecco dove volevo arrivare. Volevo arrivare ai versi 137-138: «ché l'uso de' mortali è come fronda / in ramo, che sen va ed altra vene». Versi che chiaramente echeggiano quelli dell'*Ars poetica* di Orazio: *'Ut silvae foliis pronos mutantur in annos, / prima cadunt; ita verborum vetus interit aetas, / et iuvenum ritu florent modo nata vigentque'*⁸.

Le usanze dei mortali cangiano dunque come il fogliame degli alberi, via via che trascorrono gli anni. È a chi puntigliosamente osservasse che Dante e prima di lui Orazio non fanno un riferimento generico e totalizzante agli usi umani, e tanto meno agli usi giuridici, ma si esprimono solo in ordine ai modi di linguaggio, io replicherei, più puntigliosamente ancora: che altro è un uso, una consuetudine, quando gli si riconosca valore descrittivo o prescrittivo, se non qualcosa che si è esteriorizzata appunto in un «linguaggio», cioè in un insieme di messaggi materiali di simboli esteriori (gestuali, verbali, artificiali, se non addirittura scritti) combinati tra loro secondo una certa «grammatica»⁹. Ed aggiungerei, con

⁶ V. *supra*, nt. 4. Di tempo per tanta discendenza ve n'è stato più che a sufficienza.

⁷ *Paradiso*, 26,130-138. Lascio a delizia degli amatori il fatto che nel *De vulgari eloquentia* Dante abbia scritto, in contrasto coi versi del *Paradiso*, che la lingua di Adamo fu ancora parlata pur dopo la confusione di Babele (cfr. 1,6,5 s.) e che il Sommo Bene non si appellava inizialmente «I», ma «EL» (cfr. 1,4,4).

⁸ HORAT., *Ars poet.* 60-62.

⁹ Mi astengo deliberatamente da citazioni sul vastissimo tema del linguaggio, di cui qui riferisco il concetto elementare e (quasi del tutto) incontrovertito.

riferimento alle consuetudini «giuridiche»: che altro sono esse se non altrettante manifestazioni linguistiche a contenuto prescrittivo, rispetto alle quali si impone (così come, in generale, rispetto a tutti i comandi giuridici) un'attività di «interpretazione» *ab extrinseco* (da parte dell'uomo della strada, del giurista, del giudicante, eventualmente perfino del legislatore) onde poter risalire dai segni ai significati ed onde poter accertare se il valore prescrittivo di questi ultimi è tuttora esistente, non è variato cioè per difetto di applicazione generale e costante o per venir meno nei consociati della così detta '*opinio iuris ac necessitatis*'¹⁰.

Queste le conclusioni del mio piccolo abbozzo (ne chiedo scusa al grande Johann Wolfgang) di «prologo in Cielo».

2. *Nunc transeamus ad ius Romanorum*, scendiamo cioè sul terreno del diritto romano antico. Valgono anche per esso le conclusioni generali che ho creduto di poter trarre dianzi, adeguandomi alla falsariga di un'avvincente impostazione di Dante?¹¹

Io non ho nessuna intenzione, sopra tutto in questa sede, di polemizzare con Filippo Gallo, cioè con lo studioso che sono qui per onorare in lieta amicizia, su tutti i punti che ci dividono in ordine alla storia della consuetudine a Roma¹². In particolare, per quanto riguarda il famoso frammento di Iul. D. 1,3,32, ritengo che, almeno da parte di noi due, '*sat prata biberunt*'¹³. Rilevo invece con

¹⁰ Sulla consuetudine giuridica, per tutti: BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 426 ss., con bibliografia.

¹¹ Sottolineo che ho parlato di «falsariga», non di «autorità», dantesca. Nessuna originalità, a prescindere dal modo felice di esprimersi, sottende i versi del Paradiso ai quali ho ritenuto opportuno far riferimento.

¹² Per queste minuziose diversità di vedute basta e avanza il rinvio al bel corso del Gallo su *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993, nonché allo scritto dello stesso su *La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1,3,32: teoria giuliana o manipolazione postclassica?*, in *BIDR.*, 1991-92 (ma 1995), 1 ss.: scritto, quest'ultimo, con cui il Gallo, riprendendo un saggio precedente, replica (con qualche variazione che non può non farmi piacere) al mio *Giuliano e la consuetudine*, in *Labeo*, 1989, 172 ss. (= *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 369 ss.).

¹³ Verg., *Buc.* 3,111. Non è escluso, ovviamente, che altri studiosi (ben diversi, si intende, dai '*pueri*' virgiliani) possano intervenire ad irrigare meglio il terreno, ricorrendo a rivi di pensiero che né il Gallo né io abbiamo convenientemente sfruttato.

piacere che il Gallo ha molto ben chiarito, attraverso l'attento esame delle fonti giuridiche romane: primo, il carattere mai definitivo e indelebile delle consuetudini (chiamiamole d'ora in poi tutte, tanto per intenderci, *mores*)¹⁴; secondo, il nesso strettissimo intercorrente tra *mores* e *interpretatio* (principalmente, è ovvio, l'*interpretatio prudentium*)¹⁵, la quale svolse a Roma il compito di «prendere» atto delle consuetudini man mano formatesi (oppure man mano venute meno), insomma, «di recepirle» e di «dare» atto delle stesse e della loro perdurante valenza (cioè sino a che la *desuetudo* non fosse chiaramente intervenuta) ai soggetti giuridici interessati¹⁶.

Vi è un solo punto che mi lascia perplesso, ed attiene al perché Gaio, pur essendo manifestamente convinto che i Romani del suo tempo rientrano a pieno titolo tra i popoli civili che '*legibus et moribus reguntur*'¹⁷, passi subito dopo ad affermare che '*constant...iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*'¹⁸, omettendo cioè la menzione esplicita dei *mores*. Se del tutto fuori strada è F. Schulz, quando afferma che i *mores* sono stati deliberatamente taciuti da Gaio perché ormai ridotti a fonti di rango inferiore alle altre¹⁹, non mi sembra tuttavia

¹⁴ Non inesattamente, anzi (direi) felicemente, due fonti tarde a carattere elementare (e si sa che a Roma, quel poco di 'teoria generale del diritto' che si fece lo si fece in sede isagogica) collegano la consuetudine ad una '*tacita civium conventio*' (così Hermog. 1 *iuris epit.* D. 1,3,35) o al '*tacitus consensus populi*' (Ulp. 1,4).

¹⁵ Principalmente, ma non esclusivamente. Contro l'astratta e astrusa concezione del diritto romano come 'diritto giurisprudenziale': GALLO, *Interpretazione*, cit. (nt. 12), 9 ss.; GIARINO, «Voyelles», in *Labeo*, 1995, 87 ss.

¹⁶ GALLO, *Interpretazione*, cit., 25 ss. e 81 ss.

¹⁷ Cfr. Gai 1,1. In questo contesto «*lex*» ha evidentemente il senso generale di «provvedimento di governo», solitamente (ma non necessariamente) scritto.

¹⁸ Cfr. Gai 1,2.

¹⁹ Cfr. GALLO, *Interpretazione*, cit., 34 ss., a proposito di SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (tr. ital. 1968), 207 ss. Il tentativo dello Schulz di disattendere la genuinità di Gai 1,7 non convince né punto né poco e rappresenta uno di quei cedimenti all'ipercriticismo testuale cui tutti, anche i migliori tra noi, sono talvolta soggetti e di cui spesso altri studiosi (a mio avviso, i peggiori tra noi) approfittano per deridere i così detti «interpolazionisti», per poltrire comodamente nella piatta lettura delle fonti e, magari, per illudersi di aver saviamente obbedito al dantesco «State contenti, umana gente, al quia» (DANTE, *Purgatorio* 3,37).

pienamente persuasivo il Gallo là dove afferma che l'omissione è stata, sí, coscientemente voluta da Gaio, ma lo è stata per il fatto che i *responsa prudentium*, essendo emanati dai giuristi muniti di *ius respondendi*, si sono «sovrapposti e sostituiti alla recezione *moribus*»²⁰.

Sì, certo. Nessun dubbio che i *mores* fossero da Gaio, così come dal suo contemporaneo Pomponio²¹, reputati fonti del diritto a pieno titolo. Nessun dubbio che la mancata esplicitazione degli stessi in Gai 1,2 non sia frutto di sbadataggine dell'autore o di successiva cancellatura glossematica. Nessun dubbio che i giureconsulti '*quibus permissum est iura condere*' di Gai 1,7 siano i giuristi privilegiati con il *ius publice respondendi ex auctoritate principum*²². Pure, vi è la possibilità di leggere in maniera piú articolata e coerente, tenendo conto della pressoché coeva stesura del *liber singularis enchiridii* di Pomponio²³, il contesto di Gai 1,2 e 1,7 per giungere, secondando l'abbrivio impresso opportunamente dal Gallo, a conclusioni, direi, ancora piú convincenti.

3. La possibilità, di cui ho detto, si fonda su tre semplici (no, non si dica semplicistiche) considerazioni²⁴.

Prima considerazione. Pomponio (*sing. enchir.*, D. 1,2,2,5-12), pur se in un discorso piuttosto disordinato e confuso sull'*origo atque processus iuris*', narra che alla legislazione delle *XII Tabulae* del

²⁰ Cfr. GALLO, *Interpretazione*, cit., 48 ss. Ivi (49): «prima dello *ius respondendi* l'operare dei giuristi si saldava con la recezione *moribus*, costituendone la molla normale e formando con essa un tutt'uno... Le cose appaiono qualitativamente mutate a seguito dell'introduzione dello *ius respondendi*: una volta infatti che questo raggiunse il completo sviluppo ad opera del rescritto adrianeo, contava soltanto l'opinione dei giuristi autorizzati dal principe».

²¹ Pomp. 5 *ad Sab.* D. 23,2,8: '*Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc ius moribus, non legibus introductum est*'. Per gli specifici richiami gaiani ai *mores*: GALLO, *Interpretazione*, cit., 37 ss.

²² Per tutti: GUARINO, '*Iura condere*' (1980), in *Pagine di diritto romano*, cit., 412 ss.

²³ Per la genuinità (sostanziale) del *liber singularis enchiridii*: GUARINO, *Il ius publice respondendi* (1949), in *Pagine di diritto romano*, cit., 386 s.

²⁴ Alla radice delle quali (mi sia concesso di ricordarlo) vi è un mio poco conosciuto articolo del lontano 1956 su *La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana*, ora in *Pagine di diritto romano*, I, Napoli, 1993, 212 ss.

451-450 a.C.²⁵ fece séguito, in antico, un periodo di incertezze e di connesse controversie giuridiche²⁶ alla cui soluzione provvede l'*auctoritas* dei *prudentes* (che erano poi, allora, i *pontifices*), sicché venne in essere un '*ius sine scripto compositum*' costituito dai loro *responsa*²⁷ e denominato '*ius civile*', il quale concorse anche alla costruzione delle solenni *legis actiones* processuali²⁸. Dunque egli, mentre tralascia (esattamente come Gaio) la menzione espressa dei *mores*, segnala che componente del *ius Romanorum* è anche ai suoi tempi un '*proprium ius civile*', un *ius civile* in senso generico e non piú dettagliatamente qualificato, '*quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*'²⁹. Di piú: è importante rilevare che qui Pomponio non parla dei giuristi (o dei soli giuristi) muniti di *ius respondendi*, ma che egli del *ius publice respondendi* farà cenno piú in là, '*ut obiter sciamus*', prendendo spunto dal discorso dedicato al giurista Sabino³⁰.

Seconda considerazione. Gaio, nel secondo capoverso della sua *Institutiones* (1,2), non fa un elenco tassativo e tanto meno procede ad una definizione esaustiva delle fonti di produzione del diritto romano dei suoi tempi, ma si limita ad un'indicazione approssimativa, rinviando i dettagli ai paragrafi seguenti, delle forme e delle attività

²⁵ Legislazione anche da lui intesa, giusta la *communis opinio* dei tempi storici, come '*fons omnis publici privatique iuris*' (Liv. 3,34,6): cfr. D. 1,2,2,3-4.

²⁶ Alle controversie giuridiche in generale, non specificamente a quelle giudiziarie, si riferisce, se il passo è *in toto* anche formalmente genuino, il tratto: '*His legibus latis coepit (ut naturaliter eventire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam esse disputationem fore*'.

²⁷ *Responsa*, per loro natura, orali (o, come da taluni si è enfatizzato, 'oracolari'), quindi normalmente (salva la probabilità delle note stenografiche che se ne potevano prendere dagli interroganti) '*sine scripto composita*'.

²⁸ Pomp. D. 1,2,2,6: '*Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent... et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones*'. Meno reciso sulla qualifica delle *legis actiones* è notoriamente Gai 4,11.

²⁹ Pomp. D. 1,2,2,12: '*Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est, ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur*'.

³⁰ Cfr. Pomp. D. 1,2,2,48-49.

giuridiche da cui si desumono le istituzioni giuridiche romane³¹. L'elenco non si riferisce strettamente alle fonti di produzione, quindi necessariamente a tutte le fonti di produzione del *ius Romanorum*, per il fatto che il giurista non dice che i '*iura populi Romani*' sono creati ('*constituuntur, conduntur*' e simili) dagli istituti che passa ad elencare (cioè «dalle» *leges* e via dicendo)³², ma dice che quei *iura* '*constant ex*', cioè risultano, emergono, vengono a nostra conoscenza dalla consultazione di quegli istituti³³. L'elenco, d'altronde, come tutti possono constatare al primo sguardo, è generico nelle sue indicazioni ed appunto perciò Gaio lo fa seguire da sei paragrafi in cui non solo descrive meglio gli istituti annunciati, ma specifica, ove necessario, entro quali limiti ad essi possano riconnettersi veri e propria *iura*, e non fatti privi di valore giuridico normativo³⁴.

Terza e più importante considerazione. Quando Gai 1,7³⁵ passa a spiegare dettagliatamente in che consistono i *responsa prudentium*, di cui ha fatto menzione precedentemente (cioè in 1,2), il giurista, è vero, afferma, in ordine ai tempi suoi, che tali sono le '*sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere*' (cioè dei giuristi concessionari del *ius respondendi*), ma bisogna te-

³¹ Il concetto più vicino a quanto detto nel testo è quello di «fonti di cognizione del diritto vigente» ('*iura populi Romani*') rientranti tra i provvedimenti «creativi» dello stesso (*leges, plebiscita*) e i provvedimenti e gli atti autorevolmente «interpretativi» di esso, volti cioè al suo più o meno indiscutibile reperimento (*senatus consulta, constitutiones principum*, pronunce giurisdizionali, *responsa prudentium*). Sul punto, per tutti: GUARINO, *Storia del diritto romano*¹¹, Napoli, 1996, n.13.

³² Basta uno sguardo al *VIR* ed agli altri vocabolari tecnici per rendersi conto che i *iura* (*stilitave*) sono il complemento oggetto del verbo che sta ad indicare la creazione.

³³ Anche per questo rilievo mi rimetto ai vocabolari tecnici, aggiungendo (se pure è necessario) che '*constare*', quando ha il senso di essere il risultato di una produzione giuridica, non richiede l'*ex*' (es., Ulp. D. 24,1,3,1: '*si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit*'). In altri termini, se Gaio avesse voluto elencare le fonti di produzione del diritto vigente, non avrebbe dovuto usare l'*ex*' (avrebbe dovuto scrivere: *constant iura populi Romani legibus, plebiscitis rell.*): Sul punto: GUARINO, *La consuetudine ed il catalogo delle fonti* (1975, 1989), in *Pagine di diritto romano*, cit., 363 ss.

³⁴ Basti pensare ai senatoconsulti, che solo in pochi casi avevano ('*quamvis dubitatum est*') valore normativo anziché, come era in origine per tutti, carattere di autorevoli pareri. In materia v. anche: GUARINO, in *Labeo*, 1996, 346 s.

³⁵ Della cui genuinità non vi è, ripeto, serio motivo di dubitare: v. *supra*, nt. 19.

ner conto che egli si affretta ad aggiungere che *'legis vicem optinent'*, solo le *sententiae et opiniones* «conformi» di tutti (*'omnium'*) codesti giureconsulti³⁶ privilegiati dai *principes*, in quanto basta l'allegazione (o anche la diretta conoscenza) del dissenso di uno solo tra essi ad autorizzare il giudicante *'quam velit sententiam sequi'*³⁷. Dunque, Gaio non esclude affatto, anzi implica, che, fuori dei casi (non molti) di *ius* risultante dalla conformità dei pareri emessi dai giuristi insigniti del *ius respondendi*, vi sia peraltro tutto un vasto e variegato patrimonio di interpretazioni giurisprudenziali (antiche o meno antiche, autorevoli o meno autorevoli) cui i soggetti giuridici ed i giudici possono far capo³⁸. Il suo parere non differisce gran che da quello poc' anzi visto di Pomponio.

Ebbene, non è il caso, ciò posto, di supporre che i due giuristi, nel loro pragmatismo espressivo, abbiano ommesso l'indicazione esplicita dei *mores* esclusivamente perché ai loro tempi gli usi in tanto erano conosciuti ed erano vincolanti giuridicamente, in quanto i *iuris prudentes* (tutti) ne rilevassero l'esistenza e l'estensione attraverso i loro *responsa* e le loro attività in generale³⁹?

³⁶ Tralascio, in questa sede, la nota discussione sul se debba trattarsi di tutti i giuristi (del resto, credibilmente, non molti) insigniti del *ius respondendi*, o dei soli giuristi viventi, o dei soli giuristi interrogati specificamente in ordine alla fattispecie in controversia, o dei soli giuristi i cui *responsa* fossero stati *'alligata'* tra le parti. A mio personale avviso, è più plausibile la prima risposta ed è, comunque, affatto improbabile (anche se il giudice doveva attenersi, in linea di principio, agli *'alligata et probata'*) l'ultima.

³⁷ Gai 1,7: *'Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium, si in unum sententiae consistunt, id quod ita sentiunt legis vicem optinet; si vero dissentiunt iudici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur'*. Ho i miei dubbi sul valore autenticamente «normativo» e non di mero ed autorevole parere, confermativo (*'significatur'*) della *communis opinio* di quei tempi, rivestito dal rescripto di Adriano. Sul tema: GUARINO, *Il ius publice respondendi*, cit., 384 ss. (con postille).

³⁸ Il «peraltro», di cui sopra nel testo, è implicato abbastanza chiaramente dal «vero».

³⁹ Diversamente per Giustiniano (I. 1,2,3,8,9), per il quale i *responsa* degli (antichi) *prudentes* erano *ius scriptum* e: *'ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit, nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur'*. (E qui sarei tentato di aggiungere che il prudente *'legem imitari'* dei *mores*, così come sottoscritto da Giustiniano, ha valore ben diverso dai due strampalati periodi, introdotti da un *'quare'* interrogativo, con i quali le mani, almeno a mio parere, di due sconsiderati glossatori postclassici e pregiustiniani hanno infiocchettato il brano giuliano di D. 1,3,32).

4. A mio avviso, la supposizione è legittima, e spero vivamente che l'amico Gallo la condivida.

Se «l'uso de' mortali è come fronda / in ramo, che sen va ed altra vene», è verosimile e ragionevole che i Romani, andando al pratico, gli usi, i *mores* li ricercassero nelle attestazioni esteriori della loro esistenza e della loro persistenza, quindi nelle manifestazioni (prevalentemente in *responsa*) dell'*interpretatio prudentium*⁴⁰.

⁴⁰ A complemento di questa nota cfr. GUARINO, *La rimozione del dritto e l'esperienza romana*, in *Labeo*, 1996, 7 ss.

