

## LA CONSUETUDINE E IL CATALOGO DELLE FONTI

1. — Dieter Nörr ha dedicato uno studio molto dotto ed altrettanto acuto al catalogo delle fonti giuridiche nelle opere della giurisprudenza romana, con particolare riguardo a Gai 1.1-7, Pomp. D. 1.2.2.12, Pap. D. 1.1.7 (N. D., « *Divisio* » und « *partitio* », *Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie* [Berlin 1972] p. VII-64).

Convinto che la consuetudine fu sempre fonte attiva di diritto anche in epoca « storica » (a prescindere dai richiami ai *mores maiorum*) e che i giuristi romani tale la considerarono (cfr. Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, in *Fs. Felgenträger* [1969] 353 ss.), l'a. si domanda perché la consuetudine (pur ricordata in astratto come fonte giuridica in Gai 1.1) non figura in quei cataloghi. La risposta (almeno come dimostrazione, per il momento, che la « lacuna » non può essere addotta come indizio di un disconoscimento della fonte consuetudinaria da parte dei giuristi) viene dall'a. ricercata a monte, e precisamente nella differenziazione che la retorica faceva (cfr. p. es. *Cic. top.* 5.28 ss.) tra *definitio divisionum* (per identificazioni di generi da suddividere in tutte le specie che ne fanno parte) e *definitio partitionum* (per enumerazione degli elementi che concorrono ad identificare l'oggetto). A tal proposito, in quella che è la parte più elaborata e interessante di tutto il saggio (p. 20-44), l'a. va ben più avanti di quanto solitamente si usa sapere (cfr. Martin, *Antike Rhetorik, Technik und Methode* [1974]) e, ponendo Cicerone a confronto con i suoi modelli greci, ne mette a nudo la superficialità e la imperfetta comprensione (mascherate, come spesso succede per gli epidermici, da scetticismo e da dichiarato eclettismo) delle fonti a cui ha attinto. Comunque, Cicerone a parte, sembra certo che agli uomini colti di Roma (tra cui i giuristi) la differenza tra *divisio* e *partitio* non sfuggisse, anzi fosse di norma ben presente. I giuristi poi si rendevano conto dell'opportunità

\* In *Labeo* 21 (1975) 68 ss., con il titolo *La consuetudine e Polonio*. Per il n. 3 v. *Labeo* 35 (1989) 380 s.

di non limitare i loro schemi espositivi al sistema definitorio della *divisio*, ma di descrivere quella *res infinita* ch'era il diritto, nelle fonti che avevano storicamente concorso a crearlo, anche e sopra tutto col metodo della *partitio* dei suoi elementi praticamente piú importanti.

Ecco dunque perché, essendo ai loro tempi la consuetudine pur sempre fonte di diritto, ma fonte indubbiamente di ridotta importanza, Gaio, Pomponio e Papiniano trascurano la consuetudine nelle loro *partitiones*. Il che non significa affatto che la neghino.

2. — La spiegazione (vengo ai miei rilievi) è certamente molto interessante e, direi anche, fortemente persuasiva, salvo per ciò che riguarda il « perché » del silenzio di tutti i giuristi « classici », nei loro cataloghi, sulla consuetudine.

D'accordo sulla scarsa importanza della consuetudine (come fonte attiva, vitale) ai tempi di Gaio, di Pomponio, di Papiniano. Ma perché, ad esempio, Pomponio dice che il *ius civile* (che è *ius non scriptum* o *sine scripto*) « *in sola prudentium interpretatione consistit* », oppure Papiniano cita ancora leggi e plebisciti (fonti, ai suoi tempi, di trascurabile rilievo pratico) tra gli elementi da cui « *venit* » il *ius civile*?

Forse (e qui mi permetto di richiamarmi a qualche mio scritto che sembra sfuggito al Nörr: dall'articolo su *La consuetudine e la legge nell'esperienza romana* [1956], ripubblicato in *Le origini quiritarie* [1973] 296 ss., al corso su *L'ordinamento giuridico romano*<sup>3</sup> [1959] 188 ss., alla *Storia del diritto romano*<sup>5</sup> [1975] n. 198) qualche candela in piú di luce può provenire da due riflessioni tra loro connesse. La prima è che (a parte il problema della emersione delle consuetudini provinciali, che fa capitolo a sé) i giuristi dell'età adrianea, salvo che nelle premesse astratte (tipo il *legibus et moribus* di Gai 1.1, o la *divisio* del *ius* in *ex scripto* aut *sine scripto*), avevano ormai il convincimento (o, se si preferisce, la sensazione) che la consuetudine come fonte del *ius civile* (in senso lato) fosse del tutto esaurita (voglio dire improduttiva di nuovi principi): e ciò, sia per la difficoltà di formazione (che caratterizza anche le nazioni moderne) di consuetudini generali in un contesto sociale così vasto e vario com'era ormai Roma (pur se intesa come *Roma-civitas*), sia per l'« anticipo » con cui le istanze sociali (cioè gli « embrioni » di consuetudine) erano ormai raccolte e interpretate (in che modo ed a servizio di quali interessi, questo è un altro conto) dalla giurisdizione onoraria, dalla giurisprudenza, dai rescritti imperiali, oltre che (nei casi di punta) da leggi e senatoconsulti.

Certo, e a rigore, se, non dico Gaio e Pomponio, ma ancora Pa-

piniano inseriva le leggi popolari tra le fonti del *ius civile* (in senso lato), la consuetudine, nei cataloghi delle fonti di produzione, del tutto male non ci sarebbe stata. Ma ecco la seconda riflessione. Avevano i giuristi romani, quanto meno gli autori dei tre cataloghi, alla radice del loro pensiero il concetto preciso di « fonte di produzione » del diritto?

Io ne dubito (e ne dubita, del resto, anche l'a., p. 55), ma anche in questo senso e con queste implicazioni: che i cataloghi di Gaio, Pomponio e Papiniano non sono tanto volti ad enumerare le fonti da cui sono scaturiti, o tuttora scaturiscono, i *iura populi Romani*, il *ius civile* (in senso stretto), il *ius honorarium* e via dicendo, quanto son volti ad indicare le, diciamo così (molto « così », peraltro), « fonti di cognizione » del *ius Romanorum*, cioè gli elementi che permettono al lettore, e in generale all'uomo della strada, di « toccare con mano » quel *ius* (leggerlo in testi documentali, sentirselo impartire in decisioni giurisdizionali, ascoltarlo da persone competenti ecc.).

Il clima ideologico del principato (ma, in sostanza, anche quello della *libera respublica* precedente) non era certo fatto per agevolare ai cittadini la spontanea ricerca delle consuetudini. Ci volevano, all'uopo, le « guide » esperte (e, si aggiunga, fidate), cioè i giureconsulti, scriventi o non scriventi che fossero. In questo senso la dichiarazione di Pomponio, che « *proprium ius civile . . . sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* », collima (anche se non coincide) con quelle di Gaio e Papiniano, che tra le fonti del *ius civile* in senso lato omettono la consuetudine e inseriscono i *responsa prudentium* o l'*auctoritas prudentium*.

3. — Qualche ulteriore considerazione nel senso dianzi seguito mi viene suggerita dalla lettura di un breve e stimolante articolo di Luigi Amirante (in *Studi di storia costituzionale romana* [Napoli 1988] 99 ss.) avente il titolo *Gai 1.2-7: la legge paradigma per una teoria degli « iura populi Romani »*.

Rilevato che Gaio è stato il primo a fare della *lex publica* (e dei plebisciti ad essa equiparati) un « paradigma » delle fonti giuridiche romane, rispetto al quale le altre fonti (descritte in 1.4-7) hanno posizione subordinata (in quanto di esse si dice che « *legis vicem optinent* »), l'a. va alla ricerca dei motivi per cui la legge acquistò in Roma questo valore esemplare e preponderante e crede di ritrovarli nel fatto che la *lex publica* divenne, tra il II e il I secolo a. C., fonte (anche, tra l'altro) del sommo *imperium*: da quello dittatoriale e vitalizio di Silla sino a quello di Augusto e dei *principes* che lo seguirono.

La congettura è plausibile e merita di essere segnalata. Forse può irrobustirla il fatto che i *principes Romanorum* (come viene confermato dalla così detta *lex de imperio Vespasiani*) fecero della *lex publica* il principale tra i loro « *instrumenta regni* ». Tuttavia, visto che siamo in argomento, mi chiedo: come va interpretato il *legis vicem optinere* dei provvedimenti non legislativi di 1.4-7? Sono cioè questi, secondo Gaio, pienamente equivalenti alle *leges*, sì da poterle eventualmente abrogare o surrogare, o valgono essi solo a riempire le lacune degli ordinamenti legislativi, cioè solo ad intervenire *secundum* o *praeter legem* (mai però *contra legem*)? E ancora (vecchio problema, questo) perché mai Gaio, nell'elenco *per partitionem* che egli fa dei provvedimenti legislativi, non parla dei *mores maiorum*?

Io non ho alcuna pretesa di rispondere qui, « *stans pede in uno* », ai due delicati quesiti. Tuttavia due sassolini nello stagno mi permettono di gettarli, sottoponendo le mie suggestioni al giudizio dei lettori.

Quanto al primo problema, suggerirei di tener presente che Gaio scrive sotto Antonino Pio, ma lo fa con lo sguardo rivolto prevalentemente al primo secolo (quello dei Sabiniani e dei Proculiani) e che in questo secolo è per lo meno dubbio che i senatoconsulti normativi e le costituzioni dei principi (per non parlare degli editti magistratuali e dei responsi dei giuristi muniti di *ius respondendi*) siano stati concepiti come pari in livello alle leggi: al che aggiungerei l'osservazione che per i *plebiscita* (di cui invece non si dubita che possano abrogare le *leges populi*) il nostro giurista non ricorre alla locuzione « *vicem legis optinent* », ma ricorre alla ben più incisiva espressione « *legibus exaequata sunt* ».

Quanto al secondo problema, da me già sfiorato in una lettura dal titolo *La consuetudine e Polonio* (in *Labeo* 21 [1975] 68 ss.), avanzerei il dubbio che in Gai 1.2 (*Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis... responsis prudentium*) non sia esatto tradurre il « *constant iura populi Romani ex* » con un « the law of the Roman people consist of » (De Zulueta), o con un « les sources du droit pour le peuple romain sont » (Reinach), o con un « le sfere normative del popolo romano constano di » (Bretone), con ciò intendendo « *iura populi Romani* » come « fonti di produzione » del diritto romano. Più persuasivo è tradurre « gli ordinamenti giuridici del popolo romano derivano da » (Nardi), « the laws of the Roman people are based upon » (Robinson), con ciò intendendo i « *iura populi Romani* » come il « prodotto » delle *leges* e via dicendo. Interpretazione confermata dal fatto che, quando Gaio parla di « *iura* » in 1.7 (relativamente ai *responsa*

*prudentium*), specifica che il riferimento ai *responsa* vale per le sole *sententiae et opiniones* manifestate dai giuristi « *quibus permissum est iura condere* », ovc, se « *condere* » significa « produrre » (come tutti, o quasi, concordano nel ritenere: cfr. anche Gai 4.30 e A. Guarino, in *St. Sanfilippo* 1 [1982] 205 ss.), evidentemente « *iura* » ne è complemento oggetto, cioè ne rappresenta appunto il risultato.

Posta l'accettabilità della traduzione qui preferita, rimarrebbe sempre indiscutibile il rilievo che in Gai 1.2 non si fa riferimento « esplicito » ai *mores maiorum* come fonti di produzione giuridica. Ma un riferimento « implicito » ad essi vi sarebbe e sarebbe costituito da ciò: che i « *iura* » (cioè gli ordinamenti, gli istituti, i prodotti della normazione giuridica romana) vengono da Gaio fatti discendere, derivare, risultare (*vice legis* e entro i limiti posti dal par. 7) anche da quei *responsa prudentium* che, come tutti sanno, dei *mores* del *ius civile vetus* largamente si nutrivano e largamente facevano menzione.