

IVRIS ANTIQVI HISTORIA

AN INTERNATIONAL JOURNAL
ON ANCIENT LAW

Direttore

GIANFRANCO PURPURA

Comitato scientifico

ROGER S. BAGNALL

FELICE COSTABILE

GIOVANNI GERACI

MICHEL HUMBERT

LUIGI LABRUNA

ARRIGO DIEGO MANFREDINI

MATTEO MARRONE

GIOVANNI NEGRI

BERNARDO SANTALUCIA

RAIMONDO SANTORO

BERNARD H. STOLTE

JULIA VELISSAROPOULOS KARAKOSTAS

WOLFGANG WALDSTEIN

Comitato di redazione

SALVATORE SCIORTINO

MONICA DE SIMONE

★

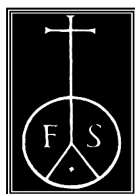
«Juris Antiqui Historia» is an International Peer Reviewed Journal.
The eContent is Archived with *Clockss* and *Portico*.

ANVUR: A.

IVRIS ANTIQVI HISTORIA

AN INTERNATIONAL JOURNAL
ON ANCIENT LAW

8 · 2016



PISA · ROMA
FABRIZIO SERRA EDITORE
MMXVI

Amministrazione e abbonamenti
FABRIZIO SERRA EDITORE
Casella postale n. 1, succursale n. 8, I 56123 Pisa,
tel. +39 050542332, fax +39 050574888

I prezzi ufficiali di abbonamento cartaceo e/o *Online* sono consultabili
presso il sito Internet della casa editrice www.libraweb.net.

*Print and/or Online official subscription rates are available
at Publisher's web-site www.libraweb.net.*

Uffici di Pisa: Via Santa Bibbiana 28, I 56127 Pisa,
tel. +39 050542332, fax +39 050574888, fse@libraweb.net

Uffici di Roma: Via Carlo Emanuele I 48, I 00185 Roma,
tel. + 39 06 70493456, fax + 39 06 70476605, fse.roma@libraweb.net

Autorizzazione del Tribunale di Pisa n. 6 del 3/4/2009
Direttore responsabile: Fabrizio Serra

A norma del codice civile italiano, è vietata la riproduzione, totale o parziale (compresi estratti, ecc.), di questa pubblicazione in qualsiasi forma e versione (comprese bozze, ecc.), originale o derivata, e con qualsiasi mezzo a stampa o internet (compresi siti web personali e istituzionali, academia.edu, ecc.), elettronico, digitale, meccanico, per mezzo di fotocopie, pdf, microfilm, film, scanner o altro, senza il permesso scritto della casa editrice.

Under Italian civil law this publication cannot be reproduced, wholly or in part (included offprints, etc.), in any form (included proofs, etc.), original or derived, or by any means: print, internet (included personal and institutional web sites, academia.edu, etc.), electronic, digital, mechanical, including photocopy, pdf, microfilm, film, scanner or any other medium, without permission in writing from the publisher.

Proprietà riservata · All rights reserved

© Copyright 2016 by *Fabrizio Serra editore*, Pisa · Roma.
Fabrizio Serra editore incorporates the Imprints *Accademia editoriale*,
Edizioni dell'Ateneo, *Fabrizio Serra editore*, *Giardini editori e stampatori in Pisa*,
Gruppo editoriale internazionale and *Istituti editoriali e poligrafici internazionali*.

Stampato in Italia · Printed in Italy

www.libraweb.net

ISSN 2035-4967
ISSN ELETTRONICO 2035-6161

SOMMARIO

STVDIA

- ULRICO AGNATI, *Romani semper magicas damnarunt? La bipartizione delle magicae artes secondo Costantino (C. Th. 9.16.3 = C. 9.18.4)* 11
- ALESSANDRO CUSMÀ PICCIONE, *Ancora su Eus., De vita Const. 4.24 e l'episcopato τῶν ἐκτός di Costantino* 33
- GIOVANNI GULINA, *Hereditatis petitio e querela inofficiosi testamenti nella successione di M. Anneo Carsolano (Val. Max. 7.7.2)* 59
- LAURETTA MAGANZANI, *Il nuovo catasto di Verona. Analisi storico-giuridica* 87
- ROBERTO PESARESI, *Il plebiscitum Atinium e la riforma del senato del III sec. a.C.* 113

NOTAE

- PIERANGELO BUONGIORNO, *Galba bonus princeps? Frammenti di una memoria fluttuante* 137
- MARINA FRUNZIO, *'Absentia rei' e furtività* 145
- CASTRENZE MINASOLA, *La lex Licinia de sodaliciis e i collegia illicita elettorali alla luce di una rilettura della pro Plancio di Cicerone* 157
- MARIAGRAZIA RIZZI, *Considerazioni a margine dell'epistula Hadriani de re piscatoria* 177
- SALVATORE SCIORTINO, *Il mos e la consuetudo nel De moribus di M. T. Varrone. (In margine a Macr. Sat. 3.8.8-12 e Serv. ad Aen. 7.601)* 191

LECTVRAE

- SERENA AMMIRATI, *Sul libro latino antico. Ricerche bibliologiche e paleografiche (Mario Varvaro)* 211
- A. CABALLOS RUFINO, E. MELCHOR GIL (eds.), *De Roma a las provincias: las elites como instrumento de proyección de Roma. Juan Francisco Rodríguez Neila in honorem (Giovanna Daniela Merola)* 219

IL MOS E LA CONSUETUDO
NEL DE MORIBUS DI M. T. VARRONE.
(IN MARGINE A MACR. SAT. 3.8.8-12
E SERV. AD AEN. 7.601)

SALVATORE SCIORTINO

ABSTRACT

Mores and *consuetudo* are two terms that in the legal language of the republican age indicate two species of customary law. The paper is aimed at investigating the meanings of *mos* and *consuetudo* in two passages of Varro's *De moribus*.

KEY WORDS

Mores, consuetudo, De moribus di Marco Terenzio Varrone.

1. PREMESSA SULLA QUESTIONE DELLA PRESCRITTIVITÀ DELLA CONSUETUDINE ROMANA
ALLA LUCE DEL LINGUAGGIO DELLE FONTI

Ci siamo prefissi di indagare un profilo del fenomeno consuetudinario romano, ossia il significato assunto dai segni 'mos' e 'consuetudo' che compaiono nel *De moribus* di Marco Terenzio Varrone, secondo le testimonianze di Macrobio e Servio. Abbiamo preso spunto dagli importanti risultati ai quali è pervenuta, fin dalla metà dell'Ottocento, la dottrina romanistica in tema di consuetudine.¹

¹ Le prime trattazioni moderne in tema di consuetudine risalgono all'opera della Scuola Storica del diritto, fautrice della superiorità della consuetudine rispetto agli altri fattori di produzione del diritto, perché originaria e scaturente direttamente dal *Volksgeist*. Si tratta di tesi sostenute anche per contrastare la proposta di codificazione generale per gli stati tedeschi, sfociata nella pubblicazione del *Bürgerliches Gesetzbuch*, entrato in vigore il primo gennaio del 1900: F. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*², Heidelberg, 1828, rist. Hildesheim 1967; IDEM, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. V. Scialoja, Torino, 1886, pp. 97 sgg. e 181 sgg.; G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, 1828; II, Erlangen, 1837; IDEM, *Corso delle Istituzioni*, I, trad. it. A. Turchiarulo, Napoli, 1854, pp. 9-11 e 78-79; IDEM, *Corso delle istituzioni presso il popolo romano*, I, trad. it. C. Poli, Milano-Verona, 1858, pp. 19-24.

Una volta persa la battaglia per la codificazione (per una sintesi della polemica che oppose nella Germania di quegli anni fautori ed oppositori di un codice di leggi scritte, vd.: A. THIBAUT, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, pp. 3 sgg., opera ripubblicata da J. STERN, *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin, 1914; rist. Darmstadt, 1959, pp. 5 sgg.; U. FALK-H. MOHNHAUPT (hsgg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1816-1914)*, Frankfurt am Main, 2000, pp. 7 sgg. si formò una copiosa letteratura critica nei confronti dei risultati raggiunti da parte della Scuola Storica sul tema della consuetudine e tendente, perciò, a negare che il diritto romano, salvo che per l'età più antica, avesse conosciuto la consuetudine quale autonomo fattore di produzione del diritto: G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843, pp. 1 sgg.; F. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht*, Cassel, 1872, pp. 28-66; S. BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*. I. *Geschichtliche Grundlegung (bis zum Ausgang des Mittelalters)*, Breslau, 1899, [che non ci è stato possibile consultare]; IDEM, *Die Stellung des deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht*, in *Festgabe für F. Dahn*, I, Breslau, 1905, pp. 128 sgg.; A. PERNICE, *Parerga* 10. *Zum römischen Gewohnheitsrechte*, «ZSS», XX, 1899, pp. 127 sgg.; IDEM, *Parerga* 10. *Nachtrag über Gewohnheitsrecht und ungeschriebenes Recht*, «ZSS», XXII, 1901, pp. 59 sgg.; P. BONFANTE, *Per una revisione della teoria della consuetudine*, «Rivista di diritto commerciale», II, 1904, pp. 274 sgg. [= *Scritti giuridici vari*. IV. – *Studi generali*, Roma, 1925, pp. 115-123, paginazione che abbiamo seguito]; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*¹, Frankfurt a. M., 1906, pp. 76 sgg.; C. MANENTI, *Ius ex scripto e ius ex non scripto. Osservazioni critiche sulla teoria delle fonti secondo il diritto romano*, in *Studi L. Moriani*, I, Torino, 1906, pp. 251 sgg.; E. EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, Leipzig und Wien, 1907, pp. 3 sgg.; O. KNEBE, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht*, Heidelberg, 1908, pp. 11 sgg.; J. C. NABER, *De iure et consuetudine*, Utrajecti, 1923, pp. 3-14; K. C. ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, 1927, pp. 26 sgg.; S. SOLAZZI, *La desuetudine della legge*, «AG», CII, 1929, pp. 3 sgg. [= *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, pp. 275 sgg.]; IDEM, *Dispute romanistiche*. I. – *Furto di notte e desuetudine della legge*,

[Segue nota 1 di p. 191]

in Studi Albertoni, I, Padova, 1932, pp. 35 sgg. [= Scritti di diritto romano III, cit., pp. 399 sgg.]; A. STEINWENTER, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte*, in Studi Bonfante, 2, Milano, 1930, pp. 419 sgg.; IDEM, *Solazzi's Lehre von der «desuetudo»*, «Labeo», IV, 1958, pp. 131 sgg.; G. SCHERILLO, *I cataloghi delle fonti del diritto e Inst. graeca paraphr.* 1, 2, Milano, 1931, pp. 1-22; IDEM, s.v. *consuetudine*, in NNDI, IV, Torino, 1959, pp. 301 sgg.; C. FERRINI, *Lineamenti sommari della dottrina della consuetudine*, in Studi per il XIV centenario della codificazione giustiniana, Pavia, 1934, pp. 177 sgg.; F. GUILFOYLE, *Custom in the Iustinian Law and its influence on Canon law*, «BIDR», XLIV, 1936-37, pp. 427 sgg.; F. SENN, *La leçon de la Rome antique sur le fondement de la force obligatoire de la coutume*, in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Eduard Lambert*, Paris, 1938, I, pp. 218 sgg.; D. E. EVANS, *Custom and Precedent in the Roman Law Writers*, «BIDR», XLVI, 1939, pp. 408 sgg.; A. SCHILLER, *De consuetudine in iure romano. Conferenza washingtoniana del "Ricobono Seminar of Roman Law"*, «BIDR», XLV, 1938, pp. 347 sgg.; IDEM, *Custom in Classical Roman Law*, in *An American Experience in Roman Law*, Göttingen, 1971, pp. 41 sgg.; M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, «ZSS», LX, 1940, pp. 95 sgg. L'Autore ha in seguito sostenuto l'esistenza del diritto consuetudinario in età classica in: IDEM, *Die Beziehung von lex und ius und die XII Tafeln*, in Studi Donatuti, II, Milano, 1973, pp. 536 sgg. [= *Ausgewählte Schriften*, I, Camerino, 1976, pp. 181 sgg.]; IDEM, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Festschrift für W. Flume zum 70. Geburtstag*, 12 September 1978, Köln, 1978, pp. 110 sgg.; IDEM, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, p. 6 nt. 18; C. GIOFFREDI, *Ius Lex Praetor*, «SDHI», XIII-XIV, 1947-48, pp. 81 sgg.; IDEM, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 197 sgg. nt. 1; A. D'ORS, *Varia romana - IV. Consuetudo pro iure*, «AHDE», XXVI, 1956, p. 774; M. LAURIA, *Ius. Visioni romana e moderne. Lezioni*, Napoli, 1967, pp. 214 sgg.

Da segnalare, in questo contesto, la voce dissidente di S. RICCOBONO, *Consuetudo, exemplum nelle fonti giuridiche romane*, «BIDR», XLVI, 1939, pp. 328 sgg., il quale, in posizione isolata rispetto al resto della dottrina di quegli anni, attraverso il riconoscimento della genuinità del celebre testo di Giuliano contenuto in D. 1.3.32 (Iul. 84 dig.), sosteneva che il diritto romano classico avrebbe riconosciuto la consuetudine (*mores* e *consuetudo*) quale fattore di produzione del diritto di rilievo pari alla legge. Tuttavia, la posizione di Riccobono rimase isolata e non ebbe immediato seguito, tanto che ancora a partire dagli anni cinquanta, i lavori che si occupavano della consuetudine tendevano a negare qualunque rilievo giuridico in diritto romano classico: G. LOMBARDI, *C.8.52[53].1*, «SDHI», XVII, 1951, pp. 281 sgg.; IDEM, *Sul titolo 'Quae sit longa consuetudo' (8.52 [53]) nel Codice giustiniano*, «SDHI», XVIII, 1952, pp. 21 sgg.; IDEM, *Celso: D.1.3.39*, in Studi in onore di V. Arangio-Ruiz, III, Napoli, 1953, pp. 181 sgg.; U. VON LÜBTOW, *Das römische Volk*, Frankfurt am Main, 1955, pp. 512 sgg.; H. F. JOLOWICZ, *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford, 1957, pp. 21 sgg.; J. GAUDEMET, *La coutume au Bas-Empire. Rôle pratique et notion théorique*, «Labeo», II, 1956, pp. 147 sgg.; IDEM, *L'autorité de la loi et de la coutume dans l'Antiquité*, in *Rapports généraux au VI^e Congrès international de droit comparé. Hambourg, 30 juillet-4 août 1962*, Bruxelles, 1965, pp. 33 sgg.; IDEM, *A propos du «droit vulgaire»*, in Studi Biondi, I, Milano, 1965, pp. 271 sgg.; W. BRYNTESON, *Roman Law and New Law: The Development of a Legal Idea*, «RIDA», XII, 1965, pp. 203 sgg.; J. A. C. THOMAS, *Custom and Roman Law*, «TR», XXXI, 1963, pp. 39 sgg.; IDEM, «Desuetudo», «RIDA», XII, 1965, pp. 469 sgg. [= «JUS», XVII, 1966, pp. 53 sgg.]; B. PARADISI, *Storia del diritto italiano. Le fonti dal basso impero all'epoca longobarda*, I, Napoli, 1964, pp. 357 sgg.; B. SCHMIEDEL, *Consuetudo im klassischen und nach klassischen römischen Recht*, Graz-Köln, 1966, pp. 1-127; G. STÜHF, *Vulgarrecht im Kaiserrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung Konstantins des Großen*, Weimar, 1966, pp. 37 sgg.; T. MAYER-MALY, *Rec. di B. Schmiedel, Consuetudo, cit.*, «Gnomon», XLI, 1969, pp. 383 sgg.; W. FLUME, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, Opladen, 1975, pp. 7 sgg.; O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma, 1979, pp. 84 sgg., favorevole alla considerazione della consuetudine come fonte autonoma del diritto; D. STOJČEVIĆ, *La sanzione nel diritto consuetudinario*, in Studi Sanfilippo, I, Milano, 1982, pp. 575 sgg.; R. BRÓSZ, *Die Rolle der Gewohnheit (des Gewohnheitsrechtes) im Laufe der Entfaltung und Entwicklung der longi temporis praescriptio(nes)*, in *Studia V. Pólay*, Szeged, 1985, pp. 141 sgg.; J. PLESCIA, *The Development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, «RIDA», XXXIV, 1987, pp. 270 sgg.

Nella dottrina italiana, hanno avuto modo di occuparsi specificamente del tema della consuetudine: A. GUARINO, *La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana*, «Diritto e Giurisprudenza», LXXI, 1956, pp. 413 sgg. [= PDR, I, Napoli, 1993, pp. 211 sgg.]; IDEM, *L'ordinamento giuridico romano. Introduzione allo studio del diritto romano*, Napoli, 1959, pp. 188 sgg.; IDEM, *Alla ricerca di Salvio Giuliano*, «Labeo», V, 1959, pp. 67 sgg.; IDEM, *La consuetudine e Polonio*, «Labeo», XXI, 1975, pp. 68 sgg. [= *La consuetudine e il catalogo delle fonti*, in PDR, IV, Napoli, 1994, pp. 369 sgg.]; IDEM, *Giuliano e la consuetudine*, «Labeo», XXXV, 1989, pp. 172 sgg. [= PDR, IV, Napoli, 1994, pp. 369 sgg.]; IDEM, «L'uso dei mortali è come fronda», in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, pp. 339 sgg.; F. GALLO, *La consuetudine nel diritto romano. Atti del colloquio romanistico-canonistico (febbraio 1978)*, Roma, 1979, pp. 98 sgg. [= *Opuscula Selecta*, Pavia, 1999, pp. 187 sgg.]; IDEM, *Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32)*, «IVRA», XXXVI, 1985, [ma 1988], pp. 70 sgg.; IDEM., *La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1.3.32: teoria giuliana o manipolazione postclassica?*, «BIDR», XCIV-XCV, 1991-92, pp. 1 sgg.; IDEM, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1993, pp. 25 sgg.; IDEM, *Prospetto storico della produzione ed applicazione del diritto nell'epoca repubblicana e imperiale*, in *L'officium del pretore nella produzione ed applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, pp. 3 sgg.; IDEM, *Tra la recezione «morbis» e la «consuetudo»: la fase dell'assenza della formazione consuetudinaria dagli elenchi di fonti del diritto*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio (Napoli gen.-nov. 1996)*, Napoli, 1998, pp. 245 sgg.; IDEM, *Le consuetudini locali nell'esperienza romana prima e dopo la concessione della «civitas romana» ai peregrini*, in *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998)*, Roma, 2001, pp. 303 sgg.; IDEM, *Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana*, «RDR», IV, 2004, pp. 5 sgg.; IDEM, *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Torino, 2012, pp. 1-152; IDEM, *La consuetudine grande sconosciuta*, «RDR», XIII, 2013, pp. 1-16; M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d.C.)*. Atti di un incontro tra storici e giuristi. Firenze, 2-4 maggio 1974, Milano, 1976, pp. 95 sgg.; IDEM, *Diritto e Prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit*, atti della 51^a sessione della SIHDA, cur. I. Piro, Crotone-Messina, 1997, pp. 105 sgg.; IDEM, *Particolarismo normativo ed unità della cultura giuridica nell'esperienza romana*, in *Diritto generale e diritti particolari*, cit., pp. 9 sgg.; E. DOVERE, *Ermogeniano e la nozione di consuetudo*, «SDHI», LXIII, 1996, pp. 165 sgg.; IDEM, *De Iure. Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*, Cagliari, 2001, pp. 29-52.

Di recente è stata sottoposta ad attenta revisione la tendenza a negare valore giuridico alla consuetudine, e in particolare

In particolare, abbiamo valorizzato l'osservazione secondo la quale il fenomeno consuetudinario romano fu irriducibile in formulazioni di carattere precettivo.¹

La consuetudine a Roma era caratterizzata, piuttosto, dalla spontanea adesione a comportamenti socialmente diffusi: due fonti, di solito non considerate negli studi in materia, non mancano di mettere in luce che al *mos* si aderiva spontaneamente e non perché i *cives* fossero convinti della sua obbligatorietà, come nel caso di un comportamento abitudinario proveniente da un'altra *civitas* e, appunto, spontaneamente accolto:²

Fest. (Paul.) *Receptus mos* [LINDSAY, 364.35 = MÜLLER, ii, 289]: *Receptus mos est, quem sua sponte civitas alienum adscivit.*

Rileva anche un passo di Servio di commento ad un verso dell'ottavo libro dell'Eneide, in cui compare l'espressione '*neque mos neque cultus erat*', riferita alle popolazioni primitive che vivevano senza riti e culti. A tale riguardo Servio definisce il *mos* quale legge di vita in alcun modo imposta:

Serv. *Ad Aen.* 8.316 [THILO-HAGEN, II, 245]: *mos est lex quaedam vivendi nullo modo adstricta, hoc est lex non scripta.*

Anche la riflessione dei romanisti – sulla scia della serrata critica mossa alla convinzione di considerare l'*opinio iuris ac necessitatis* quale elemento essenziale della consuetudine moderna³ – ha evidenziato come il momento ontologico e quello deontologico convivevano all'interno della consuetudine romana.⁴ La giuridicità della consuetudine dipendeva non dalla convinzione di do-

alla *consuetudo*, nel diritto romano di età repubblicana e classica, si vd.: D. NÖRR, Rec. di B. Schmiedel, *Consuetudo*, cit., «zss», LXXXIV, 1967, pp. 454 sgg.; IDEM, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, in *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1969, pp. 353 sgg.; IDEM, *Spruchregel und Generalisierung*, «zss», LXXXIX, 1972, pp. 81 sgg.; IDEM, *Divisio und Partitio*, Berlin, 1972, pp. 14 sgg.; L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano. I Dalla repubblica all'età dei Severi*, Napoli 1971, pp. 21 sgg.; IDEM, *La consuetudine nell'evoluzione del diritto romano. Rapporto provvisorio*, in AA.VV., *La coutume. Recueils Société J. Bodin*, 51, Bruxelles, 1990, pp. 91 sgg.; R. MARTINI, "Consuetudo" e "ratio" nella costituzione di Costantino C. 8.52 (53).2 e nella patristica, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 1, 1975, pp. 162 sgg.; B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo, 1978, p. 89 sgg.; W. WALDSTEIN, *Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom*, in *De iustitia et de iure. Festgabe für U. von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980, pp. 105 sgg. L'articolo è comparso di recente, in italiano, con il titolo *Diritto consuetudinario e diritto giurisprudenziale a Roma* all'interno di: W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*. Introduzione di U. Vincenti, Padova, 2002, pp. 163 sgg.; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, pp. 88 sgg.; G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, Palermo, 1987, pp. 6 sgg.; P. CERAMI, *Breviter su Iul. D. 1.3.32 (Riflessioni sul trionfio 'lex', 'mos', 'consuetudo')*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto*, cit., pp. 117 sgg.; C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, pp. 129 sgg.

Resta da tutti condiviso che la consuetudine, precisamente i *mores maiorum*, furono i protagonisti della formazione del nucleo più antico del diritto romano. In questo specifico senso vd.: M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, pp. 53 sgg.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, pp. 154 sgg.; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, «AUPA», xxx, 1967, pp. 181 sgg. [= 83 sgg.]; G. PUGLIESE, *Customary and Statutory Law in Rome*, «Israel Law Review», VIII, 1973, pp. 23 sgg. [= *Scritti Giuridici scelti*, III, Napoli, 1985, pp. 119 sgg.]; W. KUNKEL, *Gesetzrecht und Gewohnheitsrecht in der Verfassung der römischen Republik*, in *Kleine Schriften*, Weimar, 1974, pp. 377 sgg.; J. BLEICKEN, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin, 1975, pp. 354 sgg.

Ripercorrono, da ultimi, la teoria romana della consuetudine: R GARRÉ, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.-18. Jahrhundert)*, Frankfurt am Main, 2005, pp. 31-52; C. HUMFRESS, *Law and Custom under Rome*, in *Law, Custom, and Justice in Late Antiquity and the Early Middle Ages*, London, 2011, pp. 24-33.

¹ Ci serviremo di questa considerazione *infra*, § 4. Sul discorso precettivo romano resta imprescindibile la lettura di A. CARCATERRA, *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano*. Contributi, Bari, 1968, pp. 99 sgg.

² Di recente, sul punto vd. T. GIARO, *Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, IV, cur. C. Cascione C. Masi Doria, Napoli, 2007, p. 2236 e nt. 12, cui rinviamo anche per la riconduzione al diritto consuetudinario dei comportamenti descritti dalle fonti in termini di '*solere*' e '*moris est*'.

³ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942 [ried. Torino 2010], pp. 49 sgg.

⁴ Il concetto è limpidamente esposto da R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., p. 187 [= 89], il quale sottolinea come: «è proprio sul piano dell'essere che si manifesta più chiaramente la natura della consuetudine. Come è stato felicemente posto in luce, l'operare dei singoli risulta, nella generalità dei casi, da uno spontaneo adeguarsi all'ordine sociale, piuttosto che da una cosciente obbedienza alle norme di condotta da quell'ordine espresse. ... Ma se con ciò si rende concepibile come anche in fasi storiche più antiche la consuetudine abbia potuto muoversi su un piano diverso da quello normativo, non si spiega esaurientemente l'originaria mancanza di una concezione normativa, che pure doveva essere resa possibile dalla presenza, nella medesima nozione, del momento deontologico insieme a quello ontologico. Se, tuttavia, si ammette che il *mos* sia originariamente limitato a stabilire regole di condotta dirette a disciplinare la sola forma dell'atto, già la soluzione del problema si intravede. Ognuno avverte come la dimensione del momento normativo risulti, in tal caso, nella pratica, notevolmente ridotta. Pure, rimane un residuo. E, in effetti, nulla vieta di tradurre una consuetudine che stabilisca una regola di condotta

vere aderire a comportamenti avvertiti come vincolanti ma, piuttosto, dall'adesione spontanea e prolungata nel tempo da parte di una comunità a costumi, nei quali si riconosceva la fonte di disciplina di certe materie.

Ciò è attestato dalle fonti secondo le quali la violazione dei *mores* o della *consuetudo* costantemente osservati avrebbe prodotto effetti antigiusdici, contrari al *ius*,¹ diversamente dalla violazione dagli usi di mero fatto. Questi ultimi, infatti, potevano non toccare la materia giuridica ed, inoltre, la giuridicità della consuetudine (in mancanza di raccolte di usi) era percepibile dalle valutazioni della cancelleria imperiale e dei giuristi romani, i quali non di rado rinviavano alla consuetudine per la regolamentazione di certe materie o per fornire la soluzione di casi controversi di diritto sottoposti alla loro attenzione.²

Ciò è particolarmente evidente in una costituzione dell'imperatore Alessandro Severo, perenutaci senza data, nella quale compare l'inciso *contra consuetudinem* in un impiego che ci pare equivalente a *contra ius*.³ E similmente può dirsi sia per l'inciso '*contra consuetudinem legemque publicam*'⁴ sia per l'espressione '*consuetudo prohibet*'⁵ sia, infine, per la locuzione '*consuetudo spectari solet*'⁶ presenti in frammenti di giuristi classici e impiegati al fine di evidenziare la rilevanza sul piano del diritto della consuetudine romana.

Similmente, espressioni del tipo '*ut mos est*' e '*mos erat*' esprimono la conformità di certi comportamenti individuali al *mos* seguito dalla collettività, al fine di evidenziarne la ritualità e, per converso, l'illiceità della sua violazione.⁷

formale in una norma del tipo 'se vuoi conseguire il tale effetto, agisci così'. Ogni problema, al riguardo, però si appiana, se si ponga un rapporto di identità tra l'atto e la sua forma ... non si potrebbe agire che in quel modo e la decisione di agire dipende unicamente dal soggetto ('se vuoi, agisci'; cioè, 'agisci così').». Si vd. ancora P. CERAMI, in P. CERAMI-G. PURPURA, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, 2007, p. 297: «I *mores maiorum*, nei quali si manifesta il fenomeno consuetudinario dell'età arcaica, altro non sono se non riti, cioè modelli che consacrano la forma dell'atto. Ed in quanto modelli, i *mores maiorum* non sono 'norme' di condotta; non hanno, in altri termini, valore deontologico nei confronti dell'atto cui ineriscono; non esprimono un dovere essere, al quale 'deve' uniformarsi l'atto. La forma dell'atto, contemplata nel modello, ricade, per contro, anche essa sul piano dell'essere».

¹ Ci sembra significativo anche quanto scritto da F. GALLO, *La consuetudine e nuovi contratti*, cit., p. 60: «il sentimento e il pensiero (la credenza o il convincimento) non cambiano le cose: non rendono giuridico ciò che non lo è, come non tolgono la giuridicità a ciò che è giuridico». Non condividiamo, invece, quanto sostenuto dallo studioso piemontese circa l'assenza della consuetudine dai cataloghi di fonti del diritto dell'età classica [D. 1.1.7 pr. (Pap. 2 def.); D. 1.2.2.12 (Pomp. lib. sing. ench.)] e, specialmente in Gaio. Secondo F. GALLO, *La consuetudine nel diritto romano*, cit., pp. 102 sgg. [= *Opuscula Selecta*, cit., pp. 193 sgg.] il *ius moribus inductum* non sarebbe stato conosciuto dai giuristi di età classica poiché non più fonte del diritto ai tempi di Gaio, mentre la *consuetudo* sarebbe stata elaborata solo in tarda età classica. Tuttavia, Gaio dimostra di conoscere proprio i *mores* quale fonte attuale del *ius* proprio nell'esordio dell'opera: Gai 1.1: *omnes populi qui legibus et moribus reguntur*. Non vi è ragione di negare ai *mores* la dignità di fattore di produzione del diritto equivalente alla legge, specie se si pensa agli istituti che nei *mores* trovavano origine e disciplina, alcuni dei quali abbiamo indicato nelle note 7 di p. 194 e 4 di p. 196. Il '*consuetudine ius*' è conosciuto fin da Cicerone, il cui linguaggio ci pare possa riflettere quello dei giuristi (*infra*, nota 2 di p. 195). Allora l'assenza della consuetudine dal catalogo approntato dal giurista antonino (Gai 1.2-7) potrebbe essere spiegata proprio facendo riferimento alla irriducibilità della consuetudine in formulazioni precettive di carattere normativo. L'elenco gaiano, infatti, assume la *lex* a parametro di normatività e anche gli altri fattori elencati sono tutti accomunati dalla capacità di essere ridotti in formulazioni precettive del tipo 'agisci in questo modo': questa caratteristica, come detto nel testo, non si può estendere invece a *mores* e *consuetudo*.

² Lo si può rilevare dai seguenti passi tutti riportabili a consuetudini romane (non locali) cui si fa ricorso per la regolamentazione di svariate fattispecie: D. 21.1.31.20 (Ulp. 1 ad ed.); D. 22.1.11 pr. (Paul. 25 quaest.); D. 26.7.32.6 (Mod. 6 resp.); D. 39.3.17.1 (Paul. 15 ad Plaut.); D. 39.4.4.2 (Paul. 52 ad ed.); D. 50.2.11 (Call. 1 cogn.); D. 50.1.25 (Ulp. 1 ad ed. praet.); D. 50.4.1.2 (Herm. 1 epit.); D. 50.4.18.5 (Arc. Car. l. sing. de mun. civ.); D. 50.13.1.10 (Ulp. 8 de omn. trib.). Quanto all'età repubblicana, ci pare che rinvino a consuetudini giuridiche la cui violazione avrebbe configurato un illecito: Cic. pro Q. Rosc. com. 3.8; 12.37; Cic. de lege agr. 2.25.65; Cic. pro Quinct. 6.28; Cic. pro Cluent. 35.96; Cic. pro Cael. 1.1.

³ C. 9.46.1: IMP. ALEXANDER A. SABINO. *Calumniam eo tempore coerceri solet, quo de causa praesente accusatore iudicatur. ideoque postea, quam de causa iudicatum est, contra consuetudinem calumniam accusatoris puniri desiderat.*

⁴ D. 48.22.16 (Marc. 2 de iud. pub.): *Cum Ulpianus Damascenus ab imperatore petisset, ut matri deportatae ad victum necessaria relinquere sibi permitteretur item mater per libertum suum petisset, ut quaedam filio deportato relinquere liceret, imperator Antoninus ita iis rescipit: "neque hereditas, nec legatum nec fideicommissum contra consuetudinem legemque publicam huiusmodi personis relinquere potest neque earum conditionem mutari convenit rell.*

⁵ D. 3.4.6 pr. (Paul. 9 ad ed.): *Item eorum, qui in eiusdem potestate sunt: quasi decurio enim hoc dedit, non quasi domestica persona. Quod et in honorum petitione erit servandum, nisi lex municipi vel perpetua consuetudo prohibeat.*

⁶ D. 39.4.4.2 (Paul. 52 ad ed.): *In omnibus vectigalibus fere consuetudo spectari solet, idque etiam principalibus constitutionibus cavetur.*

⁷ Con specifico riferimento ai comportamenti individuali dei magistrati, leciti in quanto conformi al *mos*, vd.: Asc. In Cornelianam, 59 [STANGL, 48 sg.]: *Et cum P. Cassius praetor decimo die, ut mos est, adesse iussisset, eoque die ipse non adfuisset rell.;*

2. LE FONTI IN GRADO DI TRATTEGGIARE LE DIFFERENZE TRA I MORES MAIORUM E LA CONSUETUDO

Ai fini del discorso che intendiamo condurre preme, a questo punto, evidenziare i tratti differenziali delle due varietà del diritto consuetudinario romano, ossia i *mores maiorum*, di risalenza precivica,¹ e la *consuetudo*, la cui elaborazione in termini giuridici quale *pars iuris* risulta compiuta nell'ultimo secolo dell'età repubblicana, proprio quando si colloca l'opera dell'erudito Varrone, il cui pensiero in materia di consuetudine ci proponiamo di indagare.²

Del resto, è stato osservato che:³ «nell'esperienza romana non si è avuta un'unica nozione di consuetudine. Nelle fonti giuridiche a noi pervenute se ne rinvencono, per l'età pregiustiniana, due principali, rappresentate nel linguaggio giuridico con terminologia diversa: 'mos', 'mores', 'ius moribus receptum' (o 'inductum' o 'introducendum') l'una e 'consuetudo' l'altra».

Cic. Ad Att. 1.16.4: *aut cum tabulas Metelli Numidici, cum eae, ut mos est, circumferrentur, nostri iudices adspicere noluerunt*; Gell. 4.20.4: *Is locum esse sibi ioci dicundi ratus, cum ita uti mos erat censor dixisset: «Ut tu ex animi tui sententia uxorem habes?»* rell.; Gell. 4.20.11: *Visum est parum esse reverens responsum, relatusque in acrios, ut mos est*; Liv. 9.38.14: *nocte deinde silentio, ut mos est, L. Papirium dictatorem dixit*; Liv. 10.42.7: *Ab eodem robore animi neque controverso auspicio revocari a proelio potuit et in ipso discrimine, quo templa deis immortalibus voveri mos erat, voverat Iovi Victori, si legiones hostium fudisset* rell.; Liv. 23.22.10-11: *Dictatorem ... creari placuit ... Accirique C. Terentium consullem ad dictatorem dicendum iusserunt. [11] Qui ... nocte proxima, ut mos erat, M. Fabium Buteonem ex senatus consulto sine magistro equitum dictatorem in sex menses dixit*; Liv. 32.25.2: *mos erat comitorum die primo velut omnis causa praetore pronuntiare Iovem Apollinemque et Herculem* rell., con interessanti spunti; Liv. 33.32.4: *Ad spectaculum considerant, et praeco cum tubicine, ut mos est, in mediam aream, unde sollempni carmine ludricum indici solet, processit et tuba silentio facto ita pronuntiat*.

¹ Ai quali sono state dedicati i seguenti specifici contributi: H. RECH, *Mores maiorum. Wesen und Wirkung der Tradition in Rom*, Marburg, 1936; H. ROLOFF, *Maiores bei Cicero*, Leipzig, 1936, [che non ci è stato possibile consultare]; M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, «ZSS», LIX, 1939, pp. 52 sgg.; P. DE FRANCISCI, *Appunti intorno ai mores maiorum e alla storia della proprietà romana*, in Studi Segni, I, Milano, 1967, pp. 615 sgg.; R. SANTORO, *Sul ius Papirianum*, in *Mélanges André Magdelain*, Paris, 1998, pp. 399 sgg. [= *Scritti minori*, II, cur. M. Varvaro, Torino, 2009, pp. 507 sgg.]; C. GIOFFREDI, *s.v. mores*, in *NNDI*, 10, Torino, 1964, pp. 919 sgg.; C. LETTA, *L'«Italia dei mores romani» nelle Origines di Catone*, «Athenaeum», LXII, 1984, pp. 3-30 e 416-439; F. SERRAO, *s.v. Legge*, in *Enc. dir.*, 23, 1973, pp. 798 sgg.; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994, pp. 88 sgg.; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica*³, Torino, 1995, pp. 111 sgg.; B. ALBANESE, *Macrobio (Sat. 3,11.3ss.) ed il ius Papirianum*, «AUPA», XLV/II, 1998, pp. 7 sgg. [= *Scritti giuridici*, III, cur. G. Falcone, Torino, 2006, pp. 627 sgg.]; IDEM, *Quattro brevi studi. I. Sulle definizioni romane del 'mos', «Labeo»*, XLVI, 2000, pp. 345 sgg. [= *Scritti giuridici*, IV, cit., pp. 799 sgg.]; W. BLÖSEL, *Die Geschichte des Begriffes mos maiorum von den Anfängen bis zu Cicero*, in B. LINKE-M. STEMMLER (Hgg.), *Mos maiorum. Untersuchungen zu den Formen der Identitätsstiftung und Stabilisierung in der römischen Republik*, Stuttgart, 2000, pp. 25 sgg.; L. A. MAGGIO, *Los 'mores maiorum' como fuente del derecho*, in *Verba iustitiae*, 12, 2001, pp. 111 sgg.; P. CERAMI, in P. CERAMI - G. PURPURA, *Profilo storico-giurispudenziale*, cit., pp. 295 sgg.

Noi ci occuperemo solo dei *mores maiorum*, i costumi trãditi da antichissime e ancestrali tradizioni romane. Tuttavia, il lemma *mos* può abbracciare uno spettro ben più ampio di significati, a seconda del suo ambito di riferimento, specificato da un sostantivo di solito al genitivo: E. CUO, *s.v. mores*, in M. DAREMBERG-E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, III.2, Paris 1904, rist. Graz 1969, pp. 2001 sgg., distingue al § 2 'diverses sortes de coutume': *mores majorum, mos civitatis, mos résultant de l'interprétation des Prudents, mos praetorius, pratique judiciaire, mos provinciae, mos municipii, mos loci, mos regionis, mos gentis, mores peregrinorum*. Le accezioni in cui compare il termine *mos* nelle fonti sono, peraltro, ben più numerose, per ulteriori indicazioni, vd. M. KASER, *Mores maiorum*, cit., pp. 75 sgg.

Rinviamo, infine, ai lessici per l'elencazione delle fonti capaci di attestare l'uso del lemma *mos* per indicare i costumi sia di singoli sia di gruppi rilevanti solo sul piano sociale. Probabilmente, il significato originario di *mos* doveva fare riferimento ad un comportamento individuale, poi tipizzati quale rito di fruizione collettiva: su questi aspetti vd. R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., p. 183 sg. e nt. 4 [= 85 sg. e nt. 4]. Quanto al rapporto tra *mores giuridici* e *mores rilevanti solo sul piano sociale*, G. SCHERILLO, *s.v. consuetudine*, cit., p. 309 nt. 1, il quale sostiene che «la differenziazione fra mores che sono norme giuridiche e *mores* che non lo sono è frutto dello sviluppo storico, il quale degrada a norme del costume, norme che originariamente erano giuridiche».

² Ci riferiamo, in particolare, a due passi certamente anteriori alla redazione del *de lingua Latina*, la cui datazione è da collocare tra il 47 e il 45 a.C. Si tratta di: Rhet. ad Her. 2.13.19: *ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto*; e Cic. de inv. 2.54.162: *Consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum maluit et maius fecit usus* rell. Su entrambi i passi si vd. l'esegesi di L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano*, cit., pp. 24 sgg. e 30 sgg. Del resto, lo stesso Varrone ci informa di una *consuetudo* giuridicamente caratterizzata (*consuetudo erat*) in *de ling. Lat.* 6.74 materia di *vades*. Questi ultimi passi, unitamente agli altri in tema di *consuetudo* di età preclassica indicati da P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 120 sg. non ci permettono di aderire al punto di vista di F. GALLO, *La consuetudine e nuovi contratti*, cit., p. 46 nt. 38: «Sembra peraltro sicuro che non si possa far risalire a questo giureconsulto (scil. Ulpiano) il tentativo di identificare i *mores* con la *consuetudo*: i primi non erano più al tempo dei Severi una fonte viva e la seconda trovò riconoscimento, nell'esperienza romana, in virtù dell'elaborazione dello stesso Ulpiano e di Paolo».

³ Da parte di F. GALLO, *La consuetudine grande sconosciuta*, cit., p. 2.

Salvi i casi in cui i due lemmi si trovano utilizzati come sinonimi già in età repubblicana e poi, in maniera indistinta a partire dall'età classica,¹ per indicare in termini complessivi il diritto consuetudinario, crediamo, tuttavia, che si possano selezionare alcune testimonianze sulla base delle quali tracciare una distinzione tra il *mos* e la *consuetudo*, fin da età repubblicana, sulla base dei caratteri che appresso indicheremo.

(a) Cominciamo dai *mores*. Il loro tratto peculiare consiste nella ritualità dei comportamenti ripetuti abitudinariamente: si tratta di riti antichissimi, originariamente posti in essere da parte degli antenati delle più antiche *gentes*, antenati ormai divinizzati (*numina*) sotto forma di *Dives*, *Manes*, *Penates*, *Lares*;² a questi comportamenti tutto il popolo romano aderisce perché vengono avvertiti come sacri e immutabili.³

I *mores maiorum* costituiscono il nucleo originario del diritto romano e ad essi si riportano parecchi istituti del *ius civile*.⁴ L'essere posti in origine da antenati divinizzati dota i *mores maiorum* di una *vis innata* e ciò giustifica l'atteggiamento dei giuristi, inclini ad aderire ai *mores* anche quando non era possibile rinvenirne un fondamento, una *ratio* che li sostenesse.

In effetti, non sono poche le fonti in grado di attestare i caratteri appena descritti.

In primo luogo, rileva la celebre definizione festina del lemma *mos*, dalla quale si ricava che il *mos* è un istituto patrio pertinente massime alla religione e alle cerimonie degli antichi:

Fest. (Paul.) s.v. *Mos* [LINDSAY, 146.3 = MÜLLER, I, 156.7]: *mos est institutum patrium, id est memoria veterum pertinens maxime ad religionem caerimoniasque antiquorum.*

Inoltre, da altri luoghi festini è possibile identificare il *mos* con i riti religiosi addirittura precivici, osservati anche grazie al volere dei pontefici; in particolare, ai nostri fini rilevano:

Fest. (Paul.) s.v. *Ritus* [LINDSAY, 364.34 = MÜLLER, II, 288.5]: *ritus est mos conprobatus in administrandis sacrificiis.*
Fest. (Paul.) s.v. *Municipalia sacra* [LINDSAY 146.9 = MÜLLER, I, 156.8]: *municipalia sacra vocantur quae ab initio habuerunt ante civitatem Romanam acceptam; quae observare eos voluerunt pontifices, et eo more facere, quo adsuescent antiquitus.*

Fest. (Paul.) s.v. *Religiosi* [LINDSAY, 366.2 = MÜLLER, II, 289.15]: *religiosi dicuntur, qui faciendarum praetermittendarumque rerum divinarum secundum morem civitatis dilectum habent.*

¹ Cfr. D. 1.16.7 (Ulp. 2 de off. proc.): ... et ferias secundum mores et consuetudinem, quae retro obtinuit, dare; D. 21.1.31.20 (Ulp. 1 ad aed. cur.): ... ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire; D. 26.7.32.6 (Mod. 6 resp.): ... morem hunc et consuetudinem semper observatam secutus rell. L'uso di *mores* e *consuetudo* in qualità di sinonimi è ancora più evidente in età postclassica, come si evince dalla tarda definizione di consuetudine che ci è stata tramandata in un brano di Isidoro di Siviglia: *Etymol.* 5.3.12.3: *mos autem longa consuetudo est de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum ... Adde Tit. Ulp. 1.4* riportato *infra* § 5.1. Il profilo della riduzione da parte dei giustiniani dei *mores* (e più precisamente del *ius moribus inductum*) e della *consuetudo* all'interno di un unico concetto omnicomprendivo di consuetudine giuridica è particolarmente approfondito da F. GALLO, *La consuetudine grande sconosciuta*, cit., p. 7.

² P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 126, riconduce i *mores*, almeno nel loro nucleo primigenio, ad *exempla* di 'numina', intendendosi per essi i soli 'patres', intesi ed assunti sia come mitici eroi di ascendenza divina sia come di 'penates'. P. CERAMI, in P. CERAMI-G. PURPURA, *Profilo storico-giurispudenziale*, cit., p. 297 sg.: «Il *mos* è, quindi, azione rituale. Ed invero gli *instituta* ... rappresentano ... comportamenti sociali tipizzati (vincolanti perché *exempla* di *numina*, cioè dei *maiores* divinizzati). Per l'origine rituale e religiosa dei *mores maiorum* vd.: R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., pp. 154 sgg.; R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., pp. 181 sgg. [= 83 sgg.]; M. TALAMANCA (cur.) *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano 1989, p. 34.

³ Così A. GUARINO, *Rec. di M. Kaser, Das altrömische Ius*, «Ivra», 1, 1950, 434: «nei *mores maiorum*, vale a dire in consuetudini che, per essere degli antenati, non solo erano ritenute vincolanti, ma erano ritenute addirittura sacre e immutabili»; IDEM, *La rimozione del diritto e l'esperienza romana*, «Labeo», XLII, 1996, p. 25, il quale sottolinea la configurazione dei *maiores* come 'esseri divinizzati'.

⁴ Ad esempio, per limitarci alle fonti giuridiche, il sistema delle *retentiones propter mores* [D. 23.4.5 pr. (Paul. 7 ad Sab.); Gai 4.102]; l'ammontare degli interessi [D. 22.1.13 (Scaev. 1 resp.); D. 26.7.7.10 (Ulp. 35 ad ed.)]; i divieti matrimoniali [D. 23.2.8 (Pomp. 5 ad Sab.); D. 23.2.39.1 (Paul. 6 ad Plaut.)]; il divieto di donazione tra coniugi [D. 24.1.1 (Ulp. 32 ad Sab.)]; l'*interdictio prodigi* [D. 27.10.1 (Ulp. 1 ad Sab.)]; la sostituzione pupillare [D. 28.6.2 (Ulp. 6 ad Sab.)]; l'*auctoritas tutoris* per la validità delle obbligazioni assunte dagli impuberi [D. 29.2.8 (Ulp. 7 ad Sab.)]; l'accettazione tacita della *stipulatio duplae* [D. 21.1.31.20 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.)]; alcune applicazioni della *legis actio per pignoris capionem* (Gai 4.26); la *patria potestas* [D. 1.6.8 pr. (Ulp. 36 ad Sab.)]; il *iudicium praevencionis* [D. 47.15.3 (Macer. 1 publ. iud.)]; il *postliminium* [D. 49.15.19 (Paul. 26 ad Sab.)]; la *poena* per il *crimen parricidii* [D. 48.9.9 pr. (Mod. 12 pand.)]; la disciplina dell'esclusione dell'*in ius vocatio* in materia di *in integrum restitutio propter aetatem* [D. 4.6.26.2 (Ulp. 12 ad ed.)]; il *tutor praetorius* (Tit. Ulp. 11.24). Altre fonti sono citate da A. STEINWENTER, s.v. *mores*, in PWRE, 16.1, Stuttgart, 1933, pp. 290 sgg. e B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto romano*, cit., pp. 87 sgg. e ntt. 39 sgg., con particolare riferimento alle fonti letterarie.

Questa accezione dei *mores maiorum*, come la natura antiquaria dell'opera festina – a sua volta ispirata al *De verborum significatu* di Verrio Flacco – lascia intendere, è ben più risalente della seconda metà del II sec. d.C.¹ La si ricava, in effetti, anche da alcuni passi del *de legibus* di Cicerone, nei quali i *mores* sono identificati con i riti posti in essere dai *maiores* e confermati dal *ius pontificale*:²

Cic. *de leg.* 2.10.23: ... non multum discrepat ista constitutio religionum a legibus Numae nostrisque moribus.

Cic. *de leg.* 2.22.57: ... eumque morem ius pontificale confirmat.

Ancora l'Arpinate, nel *de natura deorum*, per bocca del pontefice C. Aurelio Cotta, chiarisce che i *mores* afferiscono alla *religio*, coincidono con i *sacra* e le *caerimoniae* e che sono custoditi e confermati dal *ius pontificale*:

Cic. *de nat. deor.* 3.2.5: ... Quod eo credo valebat, ut opiniones, quas a maioribus accepimus de dis immortalibus, sacra caerimoniae, religio nesque defenderem.

Cic. *de nat. deor.* 3.17.43: ... Docebo meliora me didicisse de colendis diis immortalibus iure pontificio et more maiorum capedunculis his, quas Numa nobis reliquit, de quibus in illa aureola oratiuncula dicit Laelius, quam rationibus Stoicorum.

Cicerone utilizza le stesse parole usate da Festo per definire i *mores maiorum* e, segnatamente, *religio* e *caerimoniae*: ciò autorizza a congetturare o che una delle fonti tenute presenti dal lessicografo per redigere questa parte della definizione possa essere stata rappresentata proprio dal *de natura deorum*, ovvero che entrambi gli autori abbiano attinto da una fonte comune:

¹ Data probabile di redazione del *de verborum significatu* di Sextus Pompeius Festus. Sull'opera vd. F. BONA, *Contributo allo studio del «de verborum significatu» di Verrio Flacco*, Milano, 1964, pp. 11-174.

² Secondo O. BEHREND, *Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht*, in *Die Begründung des Rechts als historisches Problem*, München, 2000, pp. 86 sgg., i *maiores* autori del *mos* coinciderebbero con i giuristi; di recente anche A. CENDERELLI, in A. CENDERELLI-B. BISCOTTI, *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Torino, 2005, p. 18 sg., è dell'avviso che «le tradizioni assumessero il ruolo di regole (*mores*) solo quando venivano come tali identificate ed inquadrate. Ciò presumibilmente avveniva secondo le indicazioni fornite dal collegio sacerdotale dei *pontifices*». Tuttavia, appare ardua l'identificazione degli autori dei *mores* con i giuristi, almeno nella fase iniziale della storia di Roma.

Una volta dato per scontato il ruolo di conservazione della memoria, forse anche per iscritto, e interpretazione dei *mores* svolto dai pontefici [sul ruolo dei pontefici quali custodi del *mos*, vd. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, pp. 65 sgg.], non esistono fonti capaci di superare il dato ricavabile dalle testimonianze che fondano i *mores* sulla volontà dei *maiores* intesi più genericamente quali antenati divinizzati. A seguire la tesi che identifica i *maiores* con i giuristi, per l'età più antica dovrebbe credersi che i *mores maiorum* sarebbero stati creati per volontà dei giuristi pontefici.

Ed invece, l'irriducibilità del concetto di '*maiores*' a quello di giuristi pontefici risulta da alcune testimonianze ciceroniane. Nel *de legibus* l'Arpinate si occupa della sepoltura, poco prima definita in termini di rito (*mos*), e precisa che (*de leg.* 2.22.57) *eumque morem ius pontificale confirmat*. I *mores maiorum* vengono presentati come preesistenti all'attività dei pontefici, utile solo al fine di confermare e custodire un *mos* formatosi a prescindere da essa. Nel *de natura deorum* il diritto creato dai pontefici ed il *mos maiorum* sono menzionati separatamente e distinti: *de nat. deor.* 3.43.1: *de colendis diis immortalibus iure pontificio et more maiorum*. Ancora in *de harusp. resp.* 14, i pontefici ed i *maiores* vengono opportunamente distinti: infatti, Cicerone ricorda che i *maiores* attribuirono ai pontefici la cura delle cose sacre e i culti pubblici e privati: ... *ad pontifices reicietur, quorum auctoritati fidei prudentiae maiores nostri sacra religionesque et privatas et publicas commendarunt*. Similmente, accade in un passo del *Laelius de amicitia*, in cui il pontefice Tiberio Coruncanio viene giudicato, insieme con altri, sapiente dai *maiores*: *L. de amicitia* 18: *C. Fabricium, M. Curium, Ti. Coruncanium, quos sapientes nostri maiores iudicabant*. Indicazioni troppo generiche sono contenute, poi, in *pro Tull.* 19.44; 20.46 e 22.51 per identificare i *maiores* ivi menzionati con i pontefici.

O. BEHREND, *Les «veteres» et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République*, «RHDfE», LV, 1977, p. 25 sg. e nt. 67, ammette che Cicerone, con il vocabolo *maiores*, abbia potuto identificare, tutt'al più, i primi giuristi laici che posero le basi del *ius civile* e i giuristi a loro successivi. [cfr. anche F. HORAK, *Wer waren die «veteres»? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia iuris romani, Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, Graz, 1992, p. 234 nt. 133]. In questa accezione, il termine *maiores* è sinonimo di '*veteres*' o '*antiqui*', anche con questi vocaboli Cicerone – in riferimento ai giuristi – identifica dei giuristi laici, come nel caso di Servio Sulpicio Rufo. Costui viene menzionato in *Brut.* 4.152 quale profondo conoscitore della teoria del diritto; in particolare, Cicerone informa che egli avrebbe appreso la scienza che insegna a suddividere in parti un'intera materia ed a chiarire con la definizione ciò che non è stato espresso (*Servium nostrum ... artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo*). Ancora, in *top.* 6.29 l'Arpinate attribuisce ai *veteres* proprio i precetti relativi al *modus definitionis*, di cui era esperto Servio: anch'egli sembra rientrare tra i *veteres*. In conclusione, siamo convinti che l'opera dei giuristi pontefici non possa riguardare la creazione del *mos*; peraltro, sarebbe ancor più difficile attribuire ai giuristi laici un ruolo nella creazione dei *mores* che Cicerone stesso presenta inscindibilmente connessi con la materia sacrale e di formazione anteriore alla laicizzazione stessa della giurisprudenza.

Fest. s.v. (Paul) s.v. Mos [LINDSAY, 146.3 = MÜLLER, 1, 156.7]: *mos est institutum patrium, id est memoria veterum pertinens maxime ad religionem caerimoniasque antiquorum.*

Cic. *De nat. deor.* 3.2.5: *Quod ego credo valebat, ut opinionones, quas a maioribus accepimus de dis immortalibus, sacra caerimonias religionesque defenderem.*

Quanto al profilo dell'osservanza dei *mores maiorum* a prescindere dalla possibilità di rinvenirne una *ratio* comprensibile, rilevano un noto passo di Giuliano e un tratto del *de natura deorum* di Cicerone, nei quali dietro i *maiores*, oltre certamente ai giuristi delle precedenti generazioni,¹ non vediamo difficoltà a scorgere anche gli antenati fondatori delle più antiche istituzioni dei romani.

In un frammento tratto dal cinquantacinquesimo libro dei *Digesta* Giuliano invita a rinunciare a ricercare il fondamento degli istituti tramandati dai *maiores*, tra i quali a nostro avviso vanno annoverati anche quelli fondati sui *mores*, poiché proprio i *mores maiorum* venivano seguiti anche se non era possibile individuarne la *ratio* ispiratrice:²

D. 1.3.20 (Iul. 55 dig.): *Non omnium quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.*³

Analogamente Cicerone, in un passo del *de natura deorum*, discorre specificamente delle credenze religiose (nei cui riti si sostanziano gli antichi *mores*) alle quali, secondo le parole del pontefice Aurelio Cotta, si presta adesione *etiam nulla ratione*:

Cic. *de nat. deor.* 3.3.6: *... maioribus autem nostri etiam nulla ratione reddita credere rell.*⁴

Da entrambe le fonti emerge un atteggiamento di deferenza nei confronti del *mos*, meritevole di adesione anche se non risulta comprensibile il fondamento della regola di condotta ad esso riconducibile. Ciò permette di spiegare la ragione per la quale certi istituti fondati sui *mores* venivano recepiti apoditticamente da parte dei giuristi romani, i quali, talvolta, neanche in seguito a sforzi ermeneutici notevoli, riuscivano a fornirne una spiegazione soddisfacente.⁵

¹ O. BEHREND, *Les «veteres» et la nouvelle jurisprudence*, cit., p. 8 nt. 1, riferisce i *maiores* che compaiono nel passo di Giuliano inserito dai compilatori giustiniane in D. 1.3.20 alla 'jurisprudence littéraire' di età repubblicana. Di recente, O. SACCHI, *I maiores e la teoria della fides ciceroniana. Indagine sulla dimensione storico-giuridica del giuramento in età repubblicana*, in *φιλία. Scritti per G. Franciosi*, iv, cur. F. D'Ippolito, Napoli, 2007, pp. 2413 sgg., identifica i *maiores* citati da Cicerone (*de off.* 3.17.69-70 e 3.29.104) con i giuristi coinvolti nel processo di laicizzazione del giuramento arcaico svoltosi tra la metà-fine del III sec. a.C. e la prima metà del I sec. a.C.: (2418) «l'età che comprende l'attività scientifica di Quinto Mucio può quindi essere considerata come limite estremo della considerazione ciceroniana dei giuristi repubblicani come *maiores*».

² Riferisce espressamente D. 1.3.20 (Iul. 55 dig.) ai *mores maiorum* O. BEHREND, *Die Gewohnheitsrechts*, cit., p. 93, secondo il quale i *mores maiorum* sarebbero privi di base razionale, cioè di un fondamento universale di validità identificato dall'autore proprio con la *ratio*.

³ Si tratta di un passo molto noto in letteratura e studiato, in particolare, sotto l'ottica del tradizionalismo dei giuristi romani e dei tentativi di razionalizzazione del sistema di diritto, forse occasionati da influenze scettiche sul pensiero dei giuristi del II sec. d.C.: F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, p. 67; M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, I. *Philologisch-historische Klasse*, 1962, p. 56 sg. nt. 36 [= *Ausgewählte Schriften*, cit., p. 12 sg. nt. 36] collega il passo di Giuliano contenuto in D. 1.3.20 ai *mores maiorum*; F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel II sec. d.C.: il senso del passato*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, *Prinzipat*, New York-Berlin, 1976, p. 163 [= *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 53]; IDEM, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, «IVra», xxvi, 1976, p. 28 nt. 23; D. NÖRR, *Zum Traditionalismus der römischen Juristen*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, 12. September 1978, I, Köln, 1978, p. 175 nt. 103; R. ORESTANO, 'Diritto'. *Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 343 nt. 1 e 2, con letteratura; V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, pp. 16 sgg.; in senso critico nei confronti di questa impostazione vd. M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, «BIDR», LXXX, 1977, p. 303 nt. 229, con letteratura. Sul passo, vd. ancora: D. MEDICUS, *Der historische Normzweck bei den römischen Klassikern*, in *Studien im römischen Recht. M. Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, Berlin, 1973, p. 72; D. NÖRR, *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso? Riflessioni su un problema inesattamente impostato*, «BIDR», LXXXIV, 1981, p. 27; A. BURDESE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, «BIDR», xci, 1988, p. 198; T. GIARO, *Diritto come prassi*, cit., p. 2257 e nt. 86, con indicazione di altra letteratura, il quale riconduce la riflessione di Giuliano alla prassi costante nell'applicazione del diritto, capace di sostituire la motivazione sostanziale nell'applicazione di una regola giuridica.

⁴ O. BEHREND, *Die Gewohnheit des Rechts*, cit., p. 113, riferisce il passo ai *mores maiorum*. Si potrebbe addurre anche un breve inciso presente nelle *Tusculanae disputationes*. Cicerone, dopo avere descritto la consuetudine degli Spartani di sferzare i propri giovani per educarli, pone due domande retoriche. La prima: se riescono i ragazzi, non possono riuscirci gli uomini adulti? (*Tusc. disp.* 2.34: *Quid ergo? Hoc pueri possunt, viri non poterunt?*); La seconda: se vale l'abitudine, non varrà la ragione? (*Tusc. disp.* 2.34: *mos valet, ratio non valebit?*). Cicerone sembra voler dire che se vengono osservati i *mores*, che possono anche non rispondere ad alcuna ragione, tanto più deve valere la *ratio* come tale.

⁵ Ci sembra paradigmatico il caso del divieto di donazioni tra coniugi, fondato sui *mores*, secondo quanto si legge in D.

(b) Occupiamoci adesso della *consuetudo*. Una elencazione esaustiva dei suoi caratteri è contenuta nel passo celebre del giurista Giuliano, inserito dai compilatori in D. 1.3.32.1. Esso muove dalla prospettiva della *inveterata consuetudo*, alla quale è equiparato il *ius moribus inductum* (sempre che questa espressione sia genuina).¹ Sulla base del frammento giuliano, la cui lettura conservativa è sempre più accolta in letteratura,² è possibile definire la *consuetudo* come una legge tacita coincidente con il comportamento del popolo, ovvero di una comunità più ristretta, che ne è l'autore in virtù di un consenso attuale aggregatosi attorno ad esso (*voluntas omnium*) e protratto nel corso del tempo:

D. 1.3.32.1 (Iul. 84 dig.):³ *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, [et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum].⁴ Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod iudicio populi receptae sunt, meri-*

24.1.1 (Ulp. 32 ad Sab.) e che la giurisprudenza motivava in modo eterogeneo, sebbene parte della dottrina ha mostrato un certo scetticismo su questo punto, vd. A. MANZO, *Sull'origine del divieto di donazioni tra coniugi*, «Labeo», xxxvii, 1991, pp. 342 sgg.; M. G. SCACCHETTI, *La presunzione muciana*, Milano, 2002, pp. 303 sgg. Secondo Ulpiano, il divieto sarebbe stato imposto per evitare che per reciproco amore un coniuge potesse impoverirsi in favore dell'altro [D. 24.1.1 (Ulp. 32 ad Sab.)], ovvero ancora per eludere il rischio che la *concordantia* nei matrimoni potesse avere un prezzo [D. 24.1.3 (Ulp. 32 ad Sab.)]. Secondo Paolo, infine, il divieto sarebbe stato introdotto per sventare il pericolo che i coniugi fossero distolti dall'educazione dei figli [D. 24.1.2 (Paul. 7 ad Sab.)]. Il divieto delle donazioni fra coniugi – e per esso i *mores* che ne stavano alla base – venne sempre formalmente rispettato, tuttavia vennero escogitati alcuni espedienti per superarlo, quali la disposizione da parte del coniuge con legati e fedecommissi di quanto fosse stato donato in vita all'altro coniuge: per mezzo di tale prassi la donazione veniva sostanzialmente convalidata [D. 32.33.1 (Scaev. 15 dig.)]. Sempre in età classica l'*oratio Antonini* [riportata in D. 24.1.32.2 (Ulp. 33 ad Sab.)] dispose, com'è noto, la conferma delle donazioni tra coniugi non revocate in vita dal donante. Proprio su siffatto divieto si fondava il sistema delle *retentiones propter res donatas* nell'*actio rei uxoriae* in caso di divorzio: al marito spettava la restituzione delle donazioni effettuate durante il matrimonio a favore della moglie e nei limiti dell'arricchimento conseguito da quest'ultima, vd. C. A. CANNATA, s.v. *Dote (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 14, Milano 1965, p. 5.

¹ Si vd., *infra*, nota 4 di p. 199.

² Si pensi all'impiego del passo di Giuliano al fine di ricostruire la nozione di *consensus omnium* da parte di C. CASCIONE, *Consensus*, cit., pp. 138 sgg. e 144 nt. 309, con difesa della genuinità del primo paragrafo. In particolare, aderiamo alla tesi, argomentata in maniera convincente da P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 119, secondo il quale risale al giurista adrianeo sia la menzione della *consuetudo* sia del *ius moribus constitutum*.

³ Il frammento è stato letteralmente travolto dalla critica interpolazionistica, tanto che S. SOLAZZI, *La desuetudine della legge*, cit., p. 11 [= *Scritti di diritto romano*, III, cit., p. 286], ha affermato che «è difficile o forse impossibile la ricostruzione del testo originale». Per limitarci alla sola letteratura che si è occupata del profilo formale del testo e rinviando fin d'ora all'*Index interpolationum*, I, Weimar, 1929, p. 7 e al *Supplementum* I, Weimar, 1929, p. 3, per l'indicazione di sospetti di interventi relativi a singole parole, rileviamo che in dottrina si è di solito ritenuto alterato il § 1 del passo, principalmente nei riferimenti alla *consuetudo* e alla *desuetudo*: A. PERNICE, *Parerga*, cit., pp. 154 sgg.; G. BESELER, *Et ideo – Declarare – Hic, «zss»*, LI, 1931, p. 57 sgg.; P. BONFANTE, *Per una revisione*, cit., pp. 121 sgg.; A. STEINWENTER, *Zur Lehre*, cit., pp. 421 sgg.; M. KASER, *Mores maiorum*, cit., pp. 53 sgg.; C. GIOFFREDI, *Ius*, cit., pp. 83 sgg.; U. VON LÜBTOW, *De iustitia et iure, «zss»*, LXVI, 1948, p. 466, il quale considera 'pseudo julianische' l'identificazione della manifestazione espressa e della manifestazione tacita della volontà popolare, trasportata dal diritto privato al diritto pubblico; E. BETTI, «*Declarare voluntatem*» nella dogmatica bizantina, in *Studi Albertario*, II, Milano 1953, pp. 455 sgg., le cui posizioni sono oggetto di attenta critica da parte di C. CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 144, nt. 309; G. LOMBARDI, *Sul titolo*, cit., pp. 41 sgg.; E. LEVY, *Römisches Vulgarrecht und Kaiserrecht, «BIDR»*, LXII, 1959, pp. 5 sgg.; J. C. THOMAS, *Custom*, cit., pp. 45 sgg.; W. E. BRYNTESON, *Roman Law*, cit., p. 214; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960 [rist. 1975] p. 54 sg. e 175 nt. 248, il quale rinviene la matrice delle scuole romane d'oriente nell'insegnamento giuliano; B. SCHMIEDEL, *Consuetudo*, cit., pp. 42 sgg.; P. VAN WARMELO, D. 1.3 ('*De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*'), in *Studi Volterra*, I, Milano 1971, pp. 418 sgg.; W. FLUME, *Gewohnheitsrecht*, cit., pp. 32 sgg.; G. VALDITARA, *Gai. 3.218 – I. 4.3.15 e l'evoluzione del concetto di legislator*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto*, cit., II, p. 492 nt. 54 [= *Studi di diritto romano*, Torino 1999, p. 100 nt. 54] ove indicazione della letteratura più recente che ritiene il passo più o meno integralmente interpolato; O. BEHREND, *Die Gewohnheit des Rechts*, cit., pp. 96 sgg. Va segnalato, in senso conservativo, il pensiero di S. RICCOBONO, *Consuetudo, exemplum nelle fonti giuridiche romane*, cit., p. 334 sg. Lo studioso ha difeso, per primo, la genuinità del passo di Giuliano e le indagini di Riccobono stanno alla base di quel filone dottrinale propenso a considerare genuino D. 1.3.32. Tale orientamento, già proprio della scuola palermitana (vd. B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto romano*, cit., p. 88 sg., il quale non solo ritiene genuino il passo giuliano, ma 'sostanzialmente conformi' ad esso i successivi frammenti di D. 1.3; P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 135) è condiviso da: G. SCHERILLO, s.v. *consuetudine*, cit., p. 307; C. FERRINI, *Lineamenti sommari*, cit., p. 202; L. BOVE, *La consuetudine*, cit., pp. 106 sgg.; V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987, pp. 90 sgg.; D. NÖRR, *Zur Entstehung*, cit., pp. 353 sgg.; M. KASER, *Zur Problematik*, cit., p. 112 sg.; W. WALDSTEIN, *Diritto consuetudinario*, cit., p. 199 s.; C. CASCIONE, *Consensus*, cit., pp. 138 sgg.

⁴ L'inciso *ius quod dicitur moribus constitutum* è sospetto, perché introdotto dal pronome dimostrativo *hoc* che non concorda con il sostantivo femminile *consuetudo* cui è sintatticamente legato. B. SCHMIEDEL, *Consuetudo*, cit., p. 48 sg., pensa ad una glossa postclassica a fini esplicativi infiltratasi nel testo. Per salvare la genuinità del riferimento al *ius moribus constitutum* occorrerebbe ritenere *hoc* prolettico e riferirlo al successivo *ius*, ma non si tratta di un costruito né sintatticamente né stilisticamente ineccepibile. Per questa ragione testuale non crediamo che il passo possa essere proficuamente impiegato come

to et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quod interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? [Quare rectissime] etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio [legislatoris] <populi>² sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abroge<n>tur.³

Manca, come per i *mores maiorum*, anche nel caso della *consuetudo* ogni profilo di formulazione in termini precettivi, né occorre alcuna convinzione individuale circa la cogenza dei comportamenti consuetudinari seguiti.⁴ I modelli di comportamento consuetudinari sono comunque cogenti se e fino a quando osservati, allo stesso modo della legge scritta solo che, a differenza di quest'ultima, la *consuetudo* non è riducibile in enunciati che ne impongono l'osservanza.

A differenza dei *mores*, la *consuetudo* è laica, non è riferibile alla materia sacra e religiosa ed è frutto di un consenso attuale manifestato dal popolo, non della recezione di comportamenti posti in origine dai *maiores*, gli avi delle sole famiglie romane più antiche e nobili.⁵

Infine, a fronte della possibile irragionevolezza dei *mores maiorum* seguiti, come detto, a prescindere dall'esistenza di una ragione comprensibile in grado di sostenerli, la *consuetudo*, per essere giuridicamente rilevante, deve anche essere 'ragionevole'.⁶

base testuale della teoria della recezione *moribus* elaborata in numerosi contributi dedicati al tema da Filippo Gallo (da ultimo si vd. F. GALLO, *Interpretazione*, cit., pp. 36 sgg.; IDEM, *La consuetudine e nuovi contratti*, cit., pp. 42 sgg.; IDEM, *Tra la recezione 'moribus' e la 'consuetudo'*, cit., p. 254 sg.). Si tratta di una ricostruzione troppo articolata per potere essere discussa in questa sede; certo le intuizioni di Filippo Gallo sono spesso felici, specie a nostro avviso per quanto riguarda l'intervento dei commissari giustiniani sui testi in materia di consuetudine, ma non prive di alcuni punti meno convincenti. Tra gli altri, proprio in materia di recezione *moribus*, crediamo che fare dipendere la giuridicità della consuetudine, specie dei *mores*, solo dall'apporto dei *prudentes*, significa privare la consuetudine romana di autonomia e di ridurla a corollario dell'attività dei giuristi. Vero è che questi ultimi proponevano modifiche e innovazioni che diventavano diritto una volta recepite, ma ciò crediamo resti inglobato nell'ambito della creazione giurisprudenziale del diritto: i *mores* e la *consuetudo* sono un fattore di produzione del diritto che può prescindere dall'intervenuto dei giuristi e dipendere dalla sola volontà tacita e inveterata dei consociati, come del resto proprio il passo di Giuliano in esame testimonia.

¹ L'espressione ha tutta l'aria di essere guasta perché collega eziologicamente due discorsi che tra di loro non possono essere posti in rapporto di causa-effetto: uno relativo agli elementi costitutivi di legge e consuetudine, l'altro inerente alla capacità della desuetudine di abrogare la legge. Inoltre, *quare* e *rectissime* non risultano mai accostati nelle fonti e potrebbero attribuirsi, nell'ipotesi meno improbabile, ad un tardo annotatore del testo.

² È stata ormai dimostrata la natura compilatoria dell'espressione *legis lator*, inserita in luogo dell'originario riferimento al popolo, vd.: G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, I, cit., p. 90; S. RICCOBONO, *Corso*, cit., p. 313; G. LOMBARDI, *Sul titolo*, cit., p. 47 nt. 108; B. SCHMIEDEL, *Consuetudo*, cit., p. 50 nt. 39; A. GUARINO, *Giuliano*, cit., p. 183 sg.; F. GALLO, *Produzione*, cit., pp. 86 sgg.; IDEM, *Interpretazione*, cit., p. 57, corregge *tacito consensu omnium in tacito consensu eius*, data l'eccessiva indeterminatezza di *omnium*. Difende la genuinità del tratto C. CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 141 nt. 307, il quale nota come «è chiaro che gli *omnes* del contesto giuliano non possono che essere i consociati (formalmente) legittimati al *suffragium*, e *consensus omnium* è struttura descrittiva forse enfatica, ma diffusa ed efficace, lo si è visto, fin dall'età (almeno) di Cicerone e Varrone». Di recente, il problema della genuinità dell'espressione *legis lator* è stato di nuovo indagato da G. VALDITARA, *Gai 3.218 – I. 4.3.15 e l'evoluzione del concetto di legislator*, cit., pp. 491 sgg. [= *Studi di diritto pubblico romano*, cit., pp. 89 sgg.] e B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, III, «AUPA», XLVII, 2002, pp. 115 sgg. [= *Scritti giuridici*, IV, cit., pp. 983 sgg.]. Quest'ultimo studioso attribuisce condivisibilmente il sintagma *legis lator* a un glossema pregiustiniano. I commissari giustiniani hanno, infatti, reso in più di una circostanza l'espressione '*legis lator*' con '*plebs Romana*'.³ La *Littera Florentina* riporta *abrogetur*.

⁴ In particolare, manca nelle fonti romane ogni riferimento all'*opinio iuris ac necessitatis* che si suole addurre quale requisito della moderna consuetudine. Si suole ritrovare nell'espressione *consensus utentium comprobati* presente in I. 1.2.9, ripresa nel dodicesimo secolo da Graziano nel *Decretum* I, 12, can. b, il precedente del moderno requisito dell'*opinio necessitatis*. Sul punto, vd. esaurientemente J. GILISSEN, *s.v. consuetudine*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – sezione civile*, III, Torino 1988, p. 497. Del resto, che l'*opinio necessitatis* rappresenti un fondamento di validità del diritto consuetudinario è contestato anche da parte degli studiosi moderni, vd., per tutti, N. BOBBIO, *s.v. consuetudine (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, 9, 1961, p. 431 sg.

Né crediamo che alcun riferimento alla *necessitas* di seguire i comportamenti consuetudinari (*mores* e *consuetudo*) ricorra nelle fonti richiamate in questo lavoro. Innanzi tutto non nei passi relativi ai *mores* e, in particolare, in Cic. *de nat. deor.* 3.3.6 e nei agli altri riscontri che consentono di affermare che al *mos* si aderiva acriticamente: il profilo dell'acriticità e quello percezione di una cogenza giuridica dell'uso e, quindi della sua doverosità, ci paiono infatti distinti. Anche il concetto di *iudicium animi* (sul quale vd. diffusamente *infra*, § 5.1) che sta alla base dell'adesione individuale al *mos* non ci pare contraddica il requisito della spontaneità dell'adesione alla consuetudine, anche perché esso non allude alla cogenza della consuetudine, quanto piuttosto alla adesione, che altre fonti espressamente qualificano come spontanea, ad un determinato comportamento.

⁵ Il profilo è particolarmente approfondito da W. BLÖSEL, *Die Geschichte des Begriffes mos maiorum*, cit., pp. 60 sgg., il quale, a seguito dell'analisi degli scritti di Plauto, conclude che i *maiores* autori dei *mores* sarebbero stati i titolari delle cariche pubbliche e, quindi, fino al pareggiamento degli ordini, i plebei non avrebbero potuto annoverare *maiores* fra le loro fila. Solo per opera di Catone e Cicerone sarebbe possibile, prosegue lo studioso, apprezzare lo sforzo di fare dei *maiores* gli antenati di tutto il popolo.

⁶ Per un'analisi dei significati ricoperti dal termine '*ratio*' nelle fonti giuridiche e letterarie, rinviamo alla completa analisi di C. A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, pp. 238 sgg., il quale, fra gli altri

Tanto è vero che, a differenza dei *mores*, non troviamo alcuno spunto nelle fonti per sostenere la giuridicità della *consuetudo* irragionevole. Sul punto crediamo vadano senz'altro accolti i risultati cui è pervenuto Remo Martini,¹ il quale ha dimostrato la classicità del principio secondo il quale la *consuetudo* «deve avere una *ratio*, e cioè un motivo, un fondamento, una giustificazione», principio largamente attestato per l'età postclassica ma che crediamo possa farsi risalire all'età repubblicana sulla base proprio di un passo di Varrone, nel cui pensiero è possibile rinvenire l'idea che la consuetudine debba conformarsi alla *ratio*:

Varr. *de ling. Lat.* 9.1.6: *Populus enim in sua potestate, singuli in illius: itaque ut suam quisque consuetudinem, si mala est, corrigere debet, sic populus suam. Ego populi consuetudinis non sum ut dominus, at ille meae est. Ut rationi obtemperare debet gubernator, gubernatori unus quisque in navi, sic populus rationi, nos singuli populo.*²

All'inizio del libro nono del *De lingua Latina*, Varrone presenta la scuola anomalista e la scuola analogista, soffermandosi in particolare sui punti di contatto fra la *consuetudo* e l'analogia nel linguaggio. Varrone afferma che il popolo deve correggere le sue cattive consuetudini e il singolo deve adeguarsi al popolo; similmente il *gubernator navis*, metafora spesso impiegata in senso giuridico per indicare l'uomo di stato (*gubernator rei publicae*),³ deve rispettare la *ratio* e ciascuno nella nave deve seguire il *gubernator*, così il popolo (nella consuetudine) deve seguire la *ratio* e i singoli *cives* il popolo.

3. UNA NUOVA INDAGINE SU MACR., SAT. 3.8.8-12 E SERV., AD AEN.7.601 CONSENTE DI STABILIRE LE ACCEZIONI IN CUI RICORRONO MOS E CONSUETUDO NELLE IPOTESI IN CUI ESSI SI INNESTANO UNO SULL'ALTRA NELL'ITER FORMATIVO DELLA CONSUETUDINE GIURIDICA

Ciò premesso e provato che fin da età repubblicana erano avvertiti tratti differenziali tra *mos* e *consuetudo*, noi crediamo che un non indifferente contributo alla comprensione dei tratti caratteristici

significati, ricorda che nel linguaggio giuridico il vocabolo ricorre nel senso di conformità di determinate norme giuridiche a principi generali di diritto positivo. Sono state parecchie le letture del termine '*ratio*' fornite in letteratura con riferimento principalmente alla costituzione di Costantino conservata in C. 8.52.2: F. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, I, Paris 1855, p. 142, riferisce la *ratio* alla convinzione diretta e comune del popolo; secondo A. PERNICE, *Parerga*, cit., pp. 80 sgg., seguito da B. SCHMIEDEL, *Consuetudo*, cit., pp. 69 sgg., la *ratio* è un elemento interno alla consuetudine, la sua ragionevolezza. J. GAUDEMET, *Coutume et raison*, cit., p. 150, considera la *ratio* quale «concept abstrait d'une norme rationnelle»; G. LOMBARDI, *Sul titolo*, cit., p. 74 nt. 237, considera la *ratio* nell'ottica della compilazione giustiniana come «l'armonia unitaria della parte inderogabile dell'ordinamento giuridico romano concretato attraverso il concorso della compilazione». Similmente F. GALLO, *Interpretazione*, cit., pp. 205 sgg., sottolinea come in taluni casi l'ammissione di una consuetudine era subordinata ad un giudizio di ragionevolezza che era riservato all'imperatore.

La *ratio*, specialmente come motivazione dei responsi dei giuristi, è indagata da: F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungs Begründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Innsbruck, 1969, pp. 84 sgg.; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln, 1970, pp. 3 sgg.; D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, pp. 136 sg.; M. TALLAMANCA, *I 'Pithana' di Labeone e la logica stoica*, «Ivra», xxvi, 1975, pp. 1 sgg.; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976, pp. 50 sgg.; V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e 'valori'* in L. Nerazio Prisco, «Labeo», xxiii, 1977, pp. 146 sgg.; IDEM, *L'utilità e la certezza*, cit., pp. 1 sgg.; N. SCAPINI, *I riferimenti alla ratio nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello gaiano nella formazione del giurista. Atti del Convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano, 1981, pp. 325 sgg. Di recente ha avuto modo di occuparsi del principio di ragionevolezza in prospettiva storica, F. MAZZARELLA, *Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza*, «RSDI», LXXVI, 2003, pp. 91 sgg.

¹ R. MARTINI, «*Consuetudo*» e «*ratio*», cit., pp. 166 sgg. e 175. Lo studioso crede possibile rinvenire nel diritto romano un fattore di influenza su Tertulliano, la cui opera risale all'età dei Severi e nella quale è possibile rintracciare l'espressa esigenza di rinvenire una *ratio* a fondamento della consuetudine. Il diritto romano ha influenzato anche il diritto canonico, nel quale, ancora oggi, la consuetudine deve essere ragionevole per essere valida. Il *cod. iur. can.* c. 10-11, x, *de consuet.*, I, 4; c. 2 in VI *cod.*; c. 27 § 1, richiede infatti che una consuetudine per essere valida debba essere *rationalis*, cioè conforme alle esigenze del sistema etico e giuridico. Secondo L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico*, cit., p. 55 sgg., con riferimento a un famoso passo di Celso, inserito dai compilatori giustiniani in D. 1.3.39 (Cels. 23 *dig.*), «quando una consuetudine interpretativa prende origine da un errore iniziale, questa non deve essere seguita nei casi simili (uguali) in quanto è viziata dall'errore stesso che la rende *contra rationem*».

² Sul passo si vd. R. MARTINI, «*Consuetudo*» e «*ratio*», cit., p. 177. Anche Quintiliano (*Inst. orat.* 1.6.43-45) si occupa del criterio di disciplina del linguaggio consistente nella consuetudine e sostiene che non tutte le abitudini lessicali sono degne di essere seguite e invita ad abbandonare le *malae consuetudines*, diremmo irragionevoli.

³ C. M. MOSCHETTI, *Gubernare navem gubernare rem publicam. Contributo allo studio del diritto marittimo romano e del diritto pubblico romano*, Milano, 1966, pp. 112 sgg.; P. CERAMI, in P. CERAMI - G. PURPURA, *Profilo storico-giurisprenuziale*, cit., pp. 58 sgg.

dei *mores* e della *consuetudo* nelle ipotesi in cui entrambi compaiono nell'iter formativo della consuetudine giuridica, possa provenire da alcuni passaggi del *De moribus* di Marco Terenzio Varrone, così come ci sono stati tramandati da due brani nei quali Macrobio e Servio commentano i versi 601-603 del settimo libro dell'Eneide.¹

In questi ultimi versi Virgilio descrive il rito del *recludere portas*, cioè dell'apertura del tempio di Giano all'atto di dare inizio a una guerra: tale rito, esistente '*Hesperio in Latio*', attraverso la ripetizione del culto nelle città Albane, sarebbe stato successivamente seguito anche a Roma.²

L'interpretazione del pensiero di Varrone, che il presente lavoro propone, mira ad allargare lo spettro dei significati in cui compaiono *mos* e *consuetudo* nelle fonti. In particolare, ci proponiamo di dimostrare come Varrone abbia voluto illustrare due distinti fenomeni consuetudinari, ancora in un periodo nel quale la differenza tra le due varietà del diritto consuetudinario romano (*mores* e *consuetudo*) dovevano essere avvertite.³

In breve, crediamo che nel passo di Macrobio ricorra una definizione di *mos* inteso in termini di *ritus*, mentre la *consuetudo* indichi la sua semplice ripetizione. Nel brano di Servio, invece, pur essendo definito il *mos*, esso funge solo da presupposto di fatto della consuetudine giuridica.

Riportiamo, a questo punto, le due fonti:

Macr. Sat. 3.8.8-12: [8] *Hanc quoque observationem eius non convenit praeterire: mos erat – inquit – Hesperio in Latio, quem protinus urbes Albanae coluere sacrum, nunc maxima rerum Roma colit.* [9] *Varro de moribus morem dicit esse in iudicio animi, quem sequi debeat consuetudo. Iulius⁴ Festus de verborum significationibus libro tertio decimo: 'Mos est – inquit – institutum patrum pertinens ad religiones caerimoniasque maiorum'.* [10] *Ergo Vergilius,*

¹ Verg. Aen. 7.601-603: *Mos erat Hesperio in Latio, quem protinus urbes / Albanae coluere sacrum, nunc maxima rerum | Roma colit, cum prima movent in proelia Martem.*

² Maggiori ragguagli sul rito in F. SINI, 'Bellum nefandum'. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico", Sassari, 1991, pp. 211 sgg.; B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*. I, cit., pp. 346 sgg. [= *Scritti giuridici*, IV, cit., pp. 800 sgg.]. Lo studioso è scettico circa l'attendibilità della testimonianza di Macrobio perché la fonte riporterebbe in maniera erronea il pensiero di Virgilio, e allo stesso modo farebbe con quello di Varrone: «Macrobio sostiene artificiosamente che Virgilio avrebbe parlato di un *mos* (*Hesperio in Latio*) che sarebbe stato solo un precedente isolato poi seguito dal *cultus moris*, fenomeno che determinerebbe la *consuetudo*». Inoltre, seguendo l'autore, sarebbe artificiosa la tripartizione tra *mos* - *cultus moris* - *consuetudo*, che non si rileva né dalle parole di Virgilio, né dalla definizione varroniana.

A tal riguardo saremmo meno severi nei confronti di Macrobio. Per quanto riguarda il primo profilo, ci permettiamo di rilevare che Macrobio non ha qualificato il *mos Hesperio in Latio*, quale 'precedente isolato' del *mos* innanzi tutto perché, in relazione a questa prima fase del *mos*, l'autore dei *Saturnalia* dice solo che '*mos erat ... protinus urbes Albanae coluere*'. L'avverbio di tempo *protinus* segna, piuttosto, una linea di continuità tra l'osservanza di questo rito *Hesperio in Latio*, successivamente nelle città *Albanae* ed infine a Roma: i tre passaggi sono posti da Macrobio sullo stesso piano, e non ci sono addentellati nella fonte per qualificare il primo momento come un precedente isolato, recuperato dopo molto tempo per essere osservato nelle città *Albanae*. Il *mos* in questione doveva essere stato osservato costantemente e non quale precedente isolato, anche *Hesperio in Latio*, altrimenti sarebbe caduto in desuetudine né Macrobio avrebbe potuto utilizzare '*protinus*' che designa, piuttosto, l'idea dell'assenza di interruzione, della continuità e della immediata consequenzialità. Anche la circostanza che il '*cultus moris*' si riferisca alle fasi successive è strumentale a richiamare l'attenzione sulla funzione della *consuetudo* di manifestare e tenere in vita il *mos*.

Quanto allo 'schema triadico', *mos-cultus moris-consuetudo*, rilevato da P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 126 e che secondo B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*. I, cit., p. 346 [= *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 800], Macrobio metterebbe erroneamente in bocca a Virgilio, si può notare quanto segue. La frase in questione è la seguente: *mos ergo praecessit et cultus moris secutus est, quod est consuetudo*. A tal riguardo noi vedremo un binomio piuttosto che un trinomio: da un lato *mos*, e dall'altro le due espressioni *cultus moris* e *consuetudo*, impiegate in termini equivalenti. Anche in questo caso l'obiettivo di Macrobio è quello di mettere in luce che il *mos*, oggetto della sua riflessione, ha bisogno di essere esercitato e il '*cultus moris*', ovvero la *consuetudo*, ha proprio questa funzione. In fondo, anche dai versi di Virgilio (Aen. 7.601) si ricava l'idea della continuità nell'esercizio del *mos*, che Macrobio chiarisce mettendo in luce la funzione di ripetizione del *mos* svolta dalla *consuetudo*.

³ Benché non manchino, già in età repubblicana, impieghi equivalenti di *mos* e *consuetudo*, come nel seguente tratto del *de inventione*: *de inv. 2.54.162: Consuetudine ius est quod aut leviter a natura tractu maluit et maius fecit usus, ut religionem, aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum maius factum propter consuetudinem videmus, aut quod in morem vetustas vulgi adprobatione perduxit; quod genus pactum est, par, iudicatum.*

Nel descrivere il diritto consuetudinario (*consuetudine ius*), Cicerone lo definisce, tra l'altro, come quello che la *vetustas* per mezzo della *vulgi adprobatio* produce in *morem*: il *mos* qui appare come il risultato del concorso dell'elemento oggettivo del decorso del tempo (*vetustas*) e del requisito soggettivo del consenso collettivo formatosi attorno al comportamento consuetudinario (*vulgi adprobatio*). Crediamo, pertanto, che in questa circostanza il *mos* figuri quale sinonimo di *consuetudo*, e forse Cicerone ha preferito usare i due termini come sinonimi per non incorrere in una ripetizione. Sui passi v. L. BOVE, *La consuetudine*, cit., pp. 30 sgg.

⁴ R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., p. 182 nt. 2 [= p. 84 nt. 2], ha notato che Macrobio riferisce erroneamente il nome del lessicografo *Sextus Pompeius Festus*, appellandolo *Iulius Festus*.

utrumque auctorem secutus et primo quidem Varronem, quoniam ille dixerat morem praecedere, sequi consuetudinem, postquam dixit 'mos erat', subiunxit 'quem protinus urbes Albanae coluere' et 'nunc maxima rerum Roma colit', quo perseverantiam consuetudinis monstrat. [11] Et quoniam Festus pertinere ad caerimoniae ait, hoc idem docuit Maro adiciendo 'sacrum': quem protinus urbes Albanae coluere sacrum'. [12] Mos ergo praecessit et cultus moris secutus est, quod est consuetudo: et hic definitionem Varronis implevit. Adiciendo deinde 'sacrum' ostendit morem caerimoniae dicatum, quod Festus asseruit.

Serv. In Verg. Aen. 7.601 [THILO-HAGEN, II, 169]: *MOS ERAT: Varro vult morem esse communem consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit.*¹

Nel primo passo Macrobio, commentando i versi 601-603 del settimo libro dell'Eneide,² introduce due definizioni di *mos*: quella di Varrone, altrimenti ignota, ed un'epitome di quella festina. Va detto che entrambe le enunciazioni sono riportate per uno scopo specifico: dimostrare che Virgilio le ha seguite, ovviamente incappando in un anacronismo con riguardo a Festo.

Inseriti nel contesto dei versi di Virgilio, ci pare che i richiami di Macrobio siano attinenti. Ed invero, quanto alla definizione festina, in effetti Virgilio utilizza il lemma '*mos*' quale sinonimo di '*ritus*'; l'intero andamento del discorso conferma questa applicazione e la definizione, benché non completa,³ è stata richiamata a bella posta.

Riguardo alla definizione varroniana, anch'essa istituisce un implicito rapporto di sinonimia tra *mos* e *ritus*, guardando al contesto in cui è richiamata: secondo il pensiero di Varrone ricordato da Macrobio, il *mos* esiste in *iudicio animi* e ad esso deve seguire la *consuetudo* (*morem dicit esse in iudicio animi, quem sequi debeat consuetudo*). Più avanti, nel § 12, si precisa che il *mos* precede (*mos praecessit*) ed è seguito dal *cultus moris*, cioè dalla *consuetudo*.

Diverso ci appare, invece, il rapporto fra *mos* e *consuetudo* nella definizione di Varrone riportata da Servio. In questo caso, il *mos* coincide con il *consensus omnium simul habitantium* (*Varro vult morem esse commune consensum omnium simul habitantium*) il quale, solo una volta divenuto inveterato, crea la *consuetudo* (*mos inveteratus consuetudinem facit*).

Le testimonianze, a nostro avviso, colgono due diverse accezioni di *mos* e *consuetudo* nel pensiero di Varrone, e non un unico significato di questi termini, come pure è stato sostenuto;⁴ probabilmente ciò è dipeso dalla circostanza che Servio e Macrobio hanno attinto a due diversi punti del *De moribus* di Varrone, come è ormai generalmente riconosciuto in dottrina.⁵

4. VALUTAZIONE CRITICA DELLE LETTURE DEI PASSI FORNITE FIN ORA IN DOTTRINA

I due brani sono stati sottoposti a diverse interpretazioni. Certamente da scartare è quella secondo la quale⁶ nei passi in questione *mos* e *consuetudo* sarebbero due termini che indicano nozioni da considerarsi equivalenti, poiché in entrambi i casi *mos* e *consuetudo* sono entità differenti. Nel caso di Macrobio, infatti, la *consuetudo* coincide con la ripetizione esteriore del *mos* (*cultus moris*) capace di renderlo manifesto all'esterno, ma senza mutarne la natura. In Servio, invece, la *consuetudo* appare come il prodotto, del *mos inveteratus* quindi un'entità distinta da esso.

¹ Di questi passi hanno avuto modo di occuparsi: M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*³, Napoli, 1967, p. 81; R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., p. 182 nt. 2 [= p. 84 nt. 2]; IDEM, *Sul ius Papirianum*, cit., pp. 404 sgg. [= *Scritti minori*, II, cit., pp. 514 sgg.]; A. CENDERELLI, *Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano, 1973, pp. 119 sgg.; P. CERAMI, *Breviter*, cit., pp. 121 sgg.; B. ALBANESE, *Macrobio*, cit., p. 21 sg. e nt. 24 [= *Scritti giuridici*, III, cit., p. 641 sg. e nt. 24]; IDEM, *Quattro brevi studi*, I, cit., pp. 345 sgg. [= *Scritti giuridici*, IV, cit., pp. 799 sgg.]. Con particolare riferimento alla testimonianza di Servio, vd. anche C. CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 130. ² Versi trascritti *supra*, nota 1, p. 202.

³ In particolare, nel testo riportato da Macrobio mancano – rispetto alla definizione festina del *De verborum significatione* – il riferimento alla *memoria veterum*; la precisazione che l'ambito di riferimento del *mos* relativo a *religio* e *caerimoniae* non è esclusivo, ma prevalente (*maxime*); infine, Macrobio sostituisce gli *antiqui* di cui parla Festo con i *maiores*. Tuttavia, nonostante queste differenze, ci pare che nelle linee fondamentali il pensiero di Festo sia stato riportato in maniera fedele.

⁴ Così M. LAURIA, *Ius*, cit., pp. 80 sgg.

⁵ Cfr. P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 125 sg. e nt. 20; B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, I, cit., p. 350 sg. [= *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 804 sg.]. In particolare, secondo P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 125 sg., l'eponimo del *De moribus* sarebbe *Nepos* da identificare con il biografo Cornelio Nepote, il quale, nella *Praefatio* del *De viris illustribus*, richiamava l'attenzione sulla relatività storica dei *mores* ammonendo, al tempo stesso, circa la necessità che '*omnia maiorum instituta iudicari*'.

⁶ M. LAURIA, *Ius*, cit., p. 81. In argomento, cfr. i rilievi di B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, I, cit., p. 348 [= *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 802].

Analogamente, non ha trovato accoglimento la lettura proposta da Aldo Cenderelli,¹ la quale, a ben vedere, risolve ancora una volta in termini di equivalenza i rapporti fra *mos* e *consuetudo*. Secondo quest'ultimo studioso, infatti, nelle nostre fonti, *mos* indicherebbe la consuetudine unitariamente intesa, cioè comprensiva tanto dell'elemento soggettivo che di quello oggettivo, mentre la *consuetudo* farebbe riferimento solo al ripetersi nel tempo del comportamento consuetudinario.

In aggiunta ai rilievi già sollevati in dottrina,² notiamo che nel brano di Macrobio il *mos* è presentato come un rito accettato solo in *iudicio animi*, e quindi privo dell'elemento oggettivo della ripetizione nel tempo: tale ripetizione del rito (*cultus moris*) coincide con la *consuetudo*. Del resto, anche da un punto di vista soggettivo, ci sembrano irriducibili le nozioni di *mos* presenti in Macrobio e Servio. Mentre nel primo caso al *mos* si è solo prestata un'adesione interiore e personale (*iudicium animi*),³ nel secondo caso, il *mos* è sorretto da un consenso collettivo diffuso a livello di tutti gli abitanti (*consensus omnium simul habitantium*): non ci pare che i due momenti soggettivi siano tra loro identificabili.

Neppure l'interpretazione di Pietro Cerami (e la relativa critica di Bernardo Albanese) si sottrae ad alcune riserve. Secondo il primo studioso, le due definizioni varroniane riportate da Macrobio e Servio si riferirebbero «a due distinti momenti del processo formativo della 'consuetudine', intesa e assunta ... come fattore ormai del tutto laicizzato e, come tale sensibilmente diverso dal risalente '*mos maiorum*'». Più precisamente, il *mos* coinciderebbe con la «'tipicità' rituale di una consapevole condotta sociale considerata nella sua potenziale idoneità a porsi come 'precedente'»; mentre la *consuetudo* denoterebbe «il 'risultato' obbligante della costante osservanza del precedente». Cerami conclude considerando il *iudicium animi* come equivalente al *consensus omnium*, intesi entrambi come consapevolezza da parte del corpo sociale della condotta collettiva: «La consapevolezza della condotta collettiva si traduce per Varrone in un '*iudicium animi*' del corpo sociale, e cioè nell'approvazione di una determinata condotta da parte dell'intera collettività (giudizio sociale)».⁴

Dal canto nostro, non crediamo che le due definizioni varroniane si riferiscano al processo formativo della sola *consuetudo* intesa come fattore laico di produzione del diritto, diverso dal *mos*. A nostro avviso, infatti, le due definizioni descrivono due distinti fenomeni consuetudinari.

Nella definizione varroniana riportata da Macrobio, il riferimento ci pare effettuato ai *mores maiorum* intesi come riti, rispetto ai quali la *consuetudo* si pone come un elemento esterno, consistente nella ripetizione (*cultus moris*) del comportamento consuetudinario, da qualificare pur sempre in termini di *mos*. Del resto, si tratta di una definizione che accompagna quella festina di *mos* e che è volta a spiegare l'espressione '*mos erat*' che compare in Virgilio: in questi ultimi due casi il riferimento ai *mores maiorum* è sicuro, e sarebbe curioso che proprio in questo punto Macrobio richiamasse una definizione varroniana non dei *mores maiorum* ma della *consuetudo*.

Invece, nella definizione varroniana riportata da Servio – benché la prospettiva adottata sia quella del *mos* – vengono illustrati, per le ragioni che tosto spiegheremo, i caratteri della *consuetudo* risultante, come detto,⁵ dal *communis consensus omnium inveteratus*: manca ogni riferimento alla materia sacrale tipica del *mos*. Secondo il pensiero di Varrone riportato da Servio, il *mos* resta sullo sfondo, quale presupposto di fatto della consuetudine giuridica.

In questa direzione, ci pare, conducano le critiche di Albanese,⁶ le quali, tuttavia, non essendo portate alle dovute conseguenze, si espongono a loro volta ad alcuni rilievi.

Innanzitutto, secondo il condivisibile avviso di Albanese, il *consensus omnium* presente nel passo di Servio non può considerarsi equivalente al *iudicium animi* presente nel passo di Macrobio. Più in generale, le formulazioni del pensiero varroniano in Macrobio e Servio individuano in maniera

¹ A. CENDERELLI, *Varroniana*, cit., p. 120.

² P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 124; B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, I, cit., p. 348 sg. [= *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 802 sg.].

³ Sul significato dell'espressione *iudicium animi*, diffusamente, *infra* § 4.

⁴ P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 124.

⁵ *Supra*, § 2.

⁶ B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, I, cit., p. 349 sg. [= *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 803 sg.].

diversa l'essenza della *consuetudo*:¹ anche a nostro avviso le due definizioni non risultano descrittive del medesimo fenomeno consuetudinario (ossia il *mos*).

Correttamente, ancora, Albanese si oppone all'idea che il *mos* posto in *iudicio animi* consista in un *quid* potenzialmente normativo, ossia in un comportamento dotato della potenziale capacità di fungere da modello dell'altrui comportamento. E, prosegue lo studioso palermitano, anche il *mos* inteso quale *communis consensus* di cui si discorre nel passo di Servio «non è di per sé un *quid* obbligante, sia pur potenzialmente ... ma solo un fatto grezzo dell'universale agire».

Tuttavia, a questo punto, il maestro palermitano attribuisce sia al *mos* in *iudicio animi*, sia al *mos* coincidente con il *communis consensus* proprio quel valore 'normativo' poco prima criticato. Il *iudicium animi* «è configurato come fattore normativo, dato che è presentato come fenomeno al quale è necessario che si conformi l'uso (cfr. il verbo *debere* nel tratto *quem sequi debeat consuetudo* in Macr. *Sat.* 3.8.9). Il secondo è presentato come dato di fatto di per sé normativo, visto che esso creerà (cfr. *facit*, in Serv., *Ad Aen.* 7.601) la *consuetudo* solo se esso persisterà ininterrottamente nel tempo (cfr. *inveteratus* nello stesso passo)».²

Ci sia permesso di ribadire la mescolanza del momento deontologico con quello ontologico nella formulazione della consuetudine cui abbiamo accennato:³ essa non si traduceva in formulazioni di tenore precettivo, né era in qualche modo 'imposta' ma si risolveva, piuttosto, nella spontanea adesione a comportamenti abituali.

Rilevano a tale proposito, oltre a due testimonianze richiamate in precedenza, ossia il lemma festino *Receptus mos* e un passo dello stesso Servio in cui il *mos* è presentato nei termini di una *lex quaedam vivendi nullo modo adstricta*,⁴ anche un verso dell'Eneide da cui possiamo desumere come Virgilio stesso apprezzasse la differenza tra il vincolo imposto dalla formulazione precettiva della legge e l'adesione spontanea al *mos*

Verg. *Aen.* 7.203-204: *Saturni gentem, haud vinclo nec legibus aequam / sponte sua veterisque dei se more tenentem.*

Discorrendo dei *Latini* e, in particolare della *gens Saturni*, il poeta mantovano precisa che questa era *aequa* non perché costretta dalle leggi, ma per spontanea adesione ad un *mos* stabilito in origine da un proprio antico dio. A fronte di un così chiaro riscontro, non possiamo credere che, proprio partendo dai versi dell'Eneide, Macrobio e Servio abbiano richiamato delle nozioni di *mos* dalle quali traspaia un momento normativo assolutamente estraneo alla concezione virgiliana, e più in generale romana, del *mos*.

D'altra parte, lo stesso Albanese,⁵ in un primo momento aveva attribuito al *mos* identificato nel passo di Servio con il *consensus omnium simul habitantium* solo il significato di un «fatto grezzo dell'universale agire». E se davvero il *iudicium animi* di cui si discorre nel passo di Macrobio avesse un valore normativo, risulterebbe superflua la *consuetudo* quale necessaria conseguenza del *mos* (*morem ... quem sequi debeat consuetudo*). In altri termini, se il *mos* esistente in *iudicio animi* fosse già dotato di un valore (anche solo potenzialmente) normativo, che bisogno ci sarebbe di una *consuetudo* che vi si conformi quale sua necessaria conseguenza? In quest'ottica la *consuetudo* dovrebbe essere presentata, piuttosto, quale semplice fatto dell'adeguarsi dell'uso ad un *mos* già normativo e vincolante, non quale suo requisito.

¹ B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, I, cit., p. 350 [= *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 804]: «In quella macrobiana la *consuetudo* sembra concepita come il semplice fatto del comportarsi in una determinata maniera, imposta dal *mos* inteso come *iudicium animi* di per sé già normativo; quindi avremmo una *consuetudo* individuata, non come fattore normativo, bensì solo come prassi conforme ad un preesistente valore normativo, che è il *mos*. Nella esposizione serviana, la *consuetudo*, al contrario, sembra proprio intesa come fattore normativo: il *mos*, inteso come *consensus* di tutti i consociati, è concepito, in sostanza, come semplice premessa di fatto che poi muta natura, se si può dire, per effetto della inveterata osservanza, diventando appunto *consuetudo* come fattore normativo».

² B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, I, cit., p. 349 sg. [= *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 803 sg.].

³ *Supra*, § 1.

⁴ Su entrambi i passi si vd., *supra*, § 1.

⁵ B. ALBANESE, *Quattro brevi studi*, I, cit., p. 349 [= *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 803].

5. LA NOSTRA TESI

I predetti rilievi ci inducono a fornire una lettura alternativa – fra le righe già anticipata nelle pagine precedenti – delle fonti che ci occupano, chiarendo fin d'ora che a nostro avviso Macrobio e Servio hanno attinto a due luoghi diversi del *De moribus* di Varrone, probabilmente in un contesto originariamente volto a cogliere le differenze, che ancora dovevano essere avvertite in età repubblicana, tra il *mos* e la *consuetudo*.

5.1.

Iniziamo dal passo di Macrobio. Il pensiero di Varrone, viene riportato in due distinti luoghi: nel § 9, in cui si ricorda che *'Varro de moribus morem dicit esse in iudicio animi, quem sequi debeat consuetudo'*; poi nel § 12, nel punto in cui Macrobio precisa: *'Mos ergo praecessit et cultus moris secutus est, quod est consuetudo; et hic definitionem Varronis implevit'*.

Se coordiniamo i dati desumibili dalle due proposizioni, ne risulta, a nostro avviso, il tentativo di Varrone di cogliere una dimensione intima e personale del *mos*, che esiste *in iudicio animi*, che cioè è frutto di un'adesione individuale e al quale deve seguire la *consuetudo* affinché il *mos* stesso possa essere esteriormente percepibile. Infatti, come si precisa nel § 12, il *mos* è un rito che precede nel tempo la *consuetudo*, intesa come la sua ripetizione (*cultus moris*) necessaria, peraltro, affinché il *mos* non solo non resti in una dimensione puramente interiore (*iudicium animi*) e possa manifestarsi all'esterno, ma anche affinché venga seguito e non cada in desuetudine.

A conferma della nostra lettura, esiste la testimonianza delle fonti letterarie nelle quali l'espressione *iudicium animi* compare sempre nell'accezione di giudizio e valutazione personale, non collettiva.¹ Così in un'epistola di Plinio il Giovane,² l'espressione *'animi tui iudicio tribuo'* fa riferimento alla considerazione dell'altrui intelligenza e capacità di discernimento, e anche in un passo del *Dialogus de oratoribus* di Tacito, la nostra espressione compare nel significato di giudizio personale.³

Pure nel linguaggio giuridico, il *iudicium animi* indica la convinzione intima e individuale, come in una *lex gemina*⁴ in materia di divorzio in cui il giurista Paolo, dopo avere chiarito che il divorzio consiste in una *perpetua dissensio*, afferma che tutto ciò che si fa o si dice *calore iracundiae* non è stato prima ratificato *iudicio animi*, cioè in virtù di un convincimento proprio e personale, maturato nel profondo dell'animo.

Ecco, proprio in questo senso crediamo che debba essere letto l'inciso *iudicium animi* che compare nella definizione varroniana di *mos* riportata da Macrobio: esso consiste in un rito frutto di adesione intima e personale. Così ragionando, riusciamo a spiegarci le «conseguenze impossibili» derivanti da «un oscuro rilievo per cui il *mos* è *in iudicio animi*, a cui deve seguire la *consuetudo*»: ⁵ secondo noi la ragione per la quale Varrone istituisce un rapporto di necessaria consequenzialità fra *mos* e *consuetudo* è che il *mos*, nella misura in cui rimane *in iudicio animi*, ha bisogno della *consuetudo* affinché possa manifestarsi all'esterno ed essere percepibile mediante la sua ripetizione, ossia il *cultus moris*, nel tempo.

Peraltro, il *cultus* inerisce ad un'attività ripetitiva, secondo il significato di 'coltivare' proprio del verbo *colo*, significato che rinvia ad un'attività che si ripete sempre uguale nel tempo.⁶

¹ Ciò è evidente quando il *iudicium animi* viene precisato come proprio o altrui, in espressioni del tipo *'de iudicio animi mei'* o *'iudicium animi mei'*, che significano in entrambi i casi a 'mio modo di vedere' rispettivamente in Cic. *pro Rab.* 16.44, *de orat.* 2.363 e Sall. *Bell. Iug.* 4.4. La locuzione *iudicium animi eius* si trova usata nel senso di 'sua decisione' in Val. Max. 4.2.1. Interpreta il *iudicium animi* come un momento intimo O. KNIEBE, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht*, cit., p. 16 e nt. 46^a, con indicazione di letteratura.

² Plin. *Ep.* 1.21.1: *Ut animi tui iudicio sic oculorum plurimum tribuo* rell.

³ Tac. *Dial. de orat.* 27.2: «*Non sum*» inquit «*offensus Apri mei disputatione, nec vos offendi decebit, si quid forte aures vestras perstringat, cum sciatis hanc esse eius modi sermonum legem, iudicium animi citra damnum affectus proferre*».

⁴ D. 24.2.3 = D. 50.17.48 (Paul. 35 *ad ed.*): *Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse; ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur*.

⁵ Così B. ALBANESE, *Macrobio*, cit., p. 21 [= *Scritti giuridici*, III, cit., p. 641].

⁶ Sul *colere iustitiam* nel brano di esordio del Digesto, con articolate riflessioni sull'impiego del verbo *colo* anche in ambito

Così intesa, la definizione di Varrone è richiamata adeguatamente da Macrobio rispetto al contesto, perché il rito di cui si discorre, esistente prima nel Lazio, è stato ripetuto successivamente nelle città *Albanae* e infine a Roma: grazie a tale ripetizione il *mos* si è manifestato e si è mantenuto in vita nel corso dei secoli.

La *consuetudo* è un elemento esteriore al *mos* e serve a manifestarlo e a mostrarne la perseveranza; ciò è confermato dallo stesso Macrobio nel § 10 nel punto in cui, dopo aver ricordato che Virgilio ha seguito la definizione di *mos* coniata da Varrone, ricorda che il *cultus moris* 'perseverantiam consuetudinis monstrat': non ci potrebbe essere migliore riprova che la *consuetudo* nella definizione varroniana coincida con il *cultus moris* ossia con la ripetizione nel tempo del *mos*.

5.1.1.

Sebbene si tratti solo di un argomento di rincalzo, a causa della natura lacunosa della fonte, anche il rigo 4 della Glossa danielina al commento serviano all'Eneide potrebbe confermare la ricorrenza di *consuetudo* quale semplice ripetizione del rito (*mos*) presente nella definizione varroniana di *mos* riportata da Macrobio. In particolare, il passo della Glossa danielina alla quale ci riferiamo commenta un tratto di Verg., *Aen.* 12.836,² in cui compaiono le parole 'morem ritusque sacrorum'.

La Glossa danielina – dicevamo – commenta il precedente tratto come segue: «nam ritus est comprobata in administrandis sacri<ficiis> <consuetudo> rell».³ Sulla base delle integrazioni alla parte mutila del testo comunemente accettate, se ne ricava che la *consuetudo* è l'abitudinaria ripetizione dei sacrifici in cui consiste il *ritus*: si tratta di una preziosa conferma della funzione della *consuetudo* di ripetizione del *mos*, al fine di provarne e manifestarne l'esistenza.

In conclusione, secondo la definizione di *mos* di Varrone tradata da Macrobio il *mos* consiste in un *ritus* oggetto, innanzitutto, di una libera adesione, intima e personale. La *consuetudo* che si innesta su di esso è priva di autonoma rilevanza giuridica e consiste solo nella mera ripetizione esteriore del rito (*cultus moris*) per manifestarlo all'esterno e consolidarlo, ma senza mutarne la natura di *mos*.

La definizione varroniana che conosciamo attraverso Macrobio riguarda, quindi, solo il *mos* in funzione del quale è citata la *consuetudo*, ossia la sua ripetizione nel tempo.

Un siffatta accezione di *consuetudo* in funzione di ripetizione di risalenti *mores maiorum* non è isolata, la si riscontra, infatti, in tema di festività mobili (*feriae conceptivae*) dette *Compitalia*,⁴ celebrate in onore dei *Lares vires* e la cui disciplina, risalente ad antichissimi *mores maiorum*, si è gradatamente perpetrata per via di una *veterum consuetudo* che, condivisibilmente, Cerami⁵ riferisce alla formula rituale (*conceptio verborum*) con la quale il pretore urbano soleva aprire annualmente le festività:

Gell. 10.24.3: *Satis autem erit perpetuae veterum consuetudinis demonstrandae gratia verba sollemnia praetoris ponere, quibus more maiorum ferias concipere solet, quae appellantur Compitalia.*

Macr. Sat. 1.4.27: *Aestimo non nihil ad demonstrandam consuetudinem veterum etiam praetoris verba conferre, quibus more maiorum ferias concipere solet quae appellantur Compitalia. Ea verba haec sunt: «Dienoni populo Romano Quiritibus Compitalia erunt».*

extra giuridico, vd. G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1), «AUPA»*, XLIX, 2004, pp. 96 sgg.

¹ Macr. Sat. 3.8.10: *Ergo Vergilius, utrumque autore secutus et primo quidem Varronem, quoniam ille dixerat morem praecedere, sequi consuetudinem, post quam dixit 'mos erat', subiunxit 'quem protinus urbes Albanae coluere' et 'nunc maxima rerum Roma colit', quo perseverantiam consuetudinis monstrat.*

² Verg. *Aen.* 12.836: *subsident Teucris, morem ritusque sacrorum.* Sui versi vd. R. SANTORO, *Sul ius Papirianum*, cit., pp. 403 sgg. [= *Scritti minori*, II, cit., pp. 513 sgg.]; B. ALBANESE, *Macrobio*, cit., pp. 14 sgg. [= *Scritti giuridici*, III, cit., pp. 634 sgg.].

³ Per ragguagli sullo stato del manoscritto *Tauronensis* che contiene la Glossa e sull'integrazione sopra indicata vd. per tutti: G. THILO-H. HAGEN, *Servii grammatici qui feruntur in Vergilii carmina commentari*, II, Leipzig, 1883-84, rist. Hildesheim, 1961, p. 644; R. SANTORO, *Sul ius Papirianum*, cit., p. 406 sg. [= *Scritti minori*, II, cit., p. 516 sg.].

⁴ Delle dette festività informa anche Macr. Sat. 1.7.34-35. Maggiori ragguagli sulle fonti in tema in P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 127 sg., cui adde K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München, 1960, p. 90 sg. nt. 3; G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*, Paris, 1966, pp. 337 sgg.; C. CASTELLO, *Lo schiavo tra persone e cose nell'arcaico diritto romano*, in *Studi Biscardi*, I, Milano 1982, p. 102 nt. 18.

⁵ P. CERAMI, *Breviter*, cit., p. 127 sg. nt. 26.

5.2.

Dopo avere chiarito che secondo il pensiero di Varrone riportato da Macrobio il *mos* è un rito e la *consuetudo* coincide con la sua mera ripetizione, occupiamoci ora del passo di Servio.

Per comodità del lettore, trascriviamo di nuovo la definizione: *Varro vult morem esse comune consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit.*

Sebbene si tratti anche in questo caso della definizione del *mos* e nonostante il verso dell'Eneide, oggetto di commento, si riferisca proprio ai *mores maiorum*, crediamo che Servio abbia riportato il pensiero di Varrone in relazione alla formazione della *consuetudo*.

Ciò non deve sorprendere più di tanto ove si rifletta sul fatto che ormai a Servio dovevano sfuggire le differenze tra *mos* e *consuetudo* che abbiamo messo in luce; fin da età postclassica i *mores* e la *consuetudo* finirono per denotare un unico fenomeno consuetudinario, come si evince, a tacer d'altro, da Tit. Ulp. 1.4: *Mores¹ sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus.*

Nella definizione varroniana riportata da Servio il *mos* rileva in una dimensione non individuale ma collettiva, legata al comune consenso e all'adesione diffusa nei confronti di un comportamento rilevante solo a livello di prassi, di uso di fatto e che si giuridicizzerà solo quando potrà dirsi *inveteratus*, sotto forma di *consuetudo*. Manca ogni accenno alla materia sacrale e religiosa, tipica del *mos* e che si rinviene nella definizione varroniana del *mos* riferita da Macrobio al § 12 nel quale si menziona il '*cultus moris*'.

Se non ci inganniamo, l'intera definizione appare conosciuta in vista della formazione della *consuetudo*. Il *mos* rileva solo nei termini di un presupposto di fatto della *consuetudo* che appare come la vera protagonista della definizione: essa consiste nel prodotto di un *mos inveteratus*, formato dall'elemento oggettivo del decorso del tempo² e dal requisito soggettivo del *communis consensus omnium*. Quest'ultimo, prima di diventare consuetudine giuridica per effetto del decorso del tempo, rileva solo come comportamento di fatto, privo di rilievo giuridico (*mos*).

Dalla definizione di Varrone riportata da Servio è possibile arricchire lo spettro di significati in cui ricorre il lemma *mos* in relazione alla *consuetudo* giuridica: esso rileva quale presupposto di fatto della *consuetudo* giuridica e consiste in un comportamento, magari anche diffuso a livello di costume, ma non ancora *inveteratus*. Solo il decorso del tempo, unitamente al mantenimento del *communis consensus omnium* intorno ad esso, determinerà il formarsi della *consuetudo* giuridica.

6. CHIUSURA

Concludiamo. A nostro avviso, secondo la definizione di Varrone riportata da Macrobio, il *mos* rileva giuridicamente quale *ritus* e solo la sua ripetizione (*cultus moris*), priva di autonoma rilevanza giuridica, coincide con la *consuetudo*. Viceversa, nella testimonianza di Servio ci è parso di individuare nel *mos* un semplice presupposto di fatto della *consuetudo* giuridica, la quale è il prodotto di un comportamento (*mos*) accolto dal *communis consensus omnium simul habitantium* una volta *inveteratus*.

¹ Anche se in tutte le edizioni dei *Tituli ex corpore Ulpiani* ricorre *mores*, il *Codex Vaticanus Reginae* 1128, unico manoscritto del testo, riporta *moris*. I problemi paleografici e di ricostruzione del possibile dettato originario della frase sono analizzati da B. SCHMIEDEL, *Consuetudo*, cit., pp. 54 sgg., con indicazione della letteratura e delle ricostruzioni segnalate in dottrina come più probabili. Secondo l'autore, a causa di un guasto nella tradizione del testo, sarebbe caduta la parola che reggeva il genitivo singolare '*moris*', pertanto, la menzione di *mos* deve essere letta in termini di origine della consuetudine. Tuttavia, non crediamo tale strada praticabile, in quanto il verbo '*sunt*' determina una identificazione di *mos* e *consuetudo*, escludendo la possibilità che *mos* possa fungere da radice della *consuetudo*; restiamo, quindi, dell'idea che l'errore di un copista, che ha trascritto *moris* per *mores*, sia l'ipotesi più probabile, fermo restando che la frase in questione possa avere semplicemente chiuso un più lungo discorso sul diritto non scritto, affrontato probabilmente alla fine del § 3, e che l'autore del manoscritto avrebbe posto all'inizio del § 4.

² Il *T.L.L.* s.v. *inveteratus*, c. 171, lo considera sinonimo di *in usum receptum*, *in consuetudine probatus*, *solitus*, tutte espressioni volte a descrivere il fenomeno del comportamento che il tempo ha convalidato sotto forma di consuetudine.

COMPOSTO IN CARATTERE SERRA DANTE DALLA
ACCADEMIA EDITORIALE, PISA · ROMA.
STAMPATO E RILEGATO NELLA
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

Dicembre 2016

(CZ 2 · FG 13)

