



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Gianluca Zarro

Cic. de inv. 2.65 e Cic. top. 5.28
Il ruolo della consuetudine nella formazione
dello *ius honorarium*

Numero IX Anno 2016

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), R. Cardilli (Univ. Roma Tor Vergata), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Redattori

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), N. Donadio (Univ. Milano), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), I. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista - in attesa considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore - chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, double blind). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (report), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il report dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione, 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del report, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

CIC. DE INV. 2.65 E CIC. TOP. 5.28.
IL RUOLO DELLA CONSUETUDINE NELLA FORMAZIONE
DELLO IUS HONORARIUM

1. Il presente scritto si propone di analizzare i fattori sociali che provvidero alla formazione ed all'indebolimento presso la società romana della dicotomia *ius civile*–*ius honorarium*, volendo, però, coglierne gli aspetti di dissidio ovvero di integrazione, attraverso l'ottica di quella figura eminentemente proteiforme che fu Cicerone (avvocato, retore, pretore, console, giurista e letterato)¹, nonché di altri storici e letterati che, in qualche misura, percepirono il conflitto tra i due sistemi ordinamentali.

¹ Tra gli scritti, più risalenti, che rilevano la complessità della figura di Cicerone, ci sia consentito, senza alcuna pretesa di esaustività, citare: E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*², I, Roma, 1964; ID., *Cicerone giureconsulto*, II, Bologna, 1928; G. PUGLIESE, *Cicerone tra diritto e retorica*, in *Scritti Jemolo IV*, Milano, 1963, 56 ss.; P. DE FRANCISCI, *Cicerone ed il diritto*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè. I. Rievocazioni. Filosofia e storia del diritto. Diritto romano storia delle idee*, Milano, 1967, 275 ss. Viceversa, tra gli autori che più recentemente si sono occupati del problema citiamo: J.G.F. POWELL, J. PATERSON, *'Cicero' the Advocate*, Oxford, 2004; J. HARRIES, *Cicero and the Jurists: from Citizens' Law to the Lawful State*, London, 2006, 170; A. DE VIVO, *Cicerone tra storia e politica*, in *Cicerone e la politica. Atti del Convegno di diritto romano. Arpino, 29 gennaio 2004*, a cura di F. Salerno, Napoli, 2004, 119 ss.; E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica*, Roma–Bari, 2009, 37 ss.

Per ciò che concerne i luoghi nei quali l'Arpinate si occupava di catalogare e classificare il diritto onorario: Cic. *Verr.* 1.42.109, in cui Cicerone insiste sul carattere di *lex annua* dell'editto; Cic. *Verr.* 1.44, ove Cicerone richiama l'attenzione sulla pratica di cambiare di continuo le regole della *iurisdictio* e magari anche truffaldinamente; Cic. *Verr.* 1.114, in cui si parla di giurisdizione pretoria; nello stesso senso Cic. *Verr.* 2.12.31; in senso differente Cic., *Verr.* 3.90.209, relativo all'editto in Cilicia, che avremo modo di richiamare (cfr. nt.

In questa cornice, sempre cercando di delucidare il rapporto tra Cicerone, testimone della nostra indagine, e le matrici dello *ius honorarium* nella società romana tra la fine della Repubblica e gli albori, cruenti, del Principato, ci sembra possibile ripercorrere un interrogativo che già veniva avanzato dal Guarino².

27); Cic. *de leg.* 3.1.2, in cui si dichiara che il magistrato è legge parlante; testimonianza che può essere giustapposta a quella sulla *lex annua*, ma, forse, sottintende l'auspicio al temperamento dell'arbitrio pretorile; Cic. *ad fam.* 13.59: «*servabis, ut tua fides et dignitas postulat, edictum et institutum tuum*»; Cic. *de orat.* 2.6.24; Cic. *Brutus* 53.198; Cic. *pro Quint.* 20.65; Cic. *de orat.* 1.57.244: «*volgo in iudiciis et non numquam ab ingeniosis hominibus*» ossia «*Nec iuris consulti concedi nec ius civile in causis semper valere oportere*». Infine, riportiamo ancora: Cic. *de inv.* 2.22.67: «*Consuetudine autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae pretore edicere consuerunt*». Tra i saggi che maggiormente attenzionano l'emersione del nuovo *ius*, nel contesto dell'opera ciceroniana, si rinvia a V. GIUFFRÉ, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su 'ius civile'/'ius honorarium'*, Napoli, 1993, 49, 79 e *passim*; R. FIORI, *'Bonus vir' Politica filosofia retorica e diritto nel 'de officiis' di Cicerone*, Napoli, 2011, 137 ss.

² A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, 361 ss. In realtà, la dottrina è più orientata a sostenere l'opinione secondo la quale lo *ius honorarium* si sarebbe consolidato già nel secondo secolo dopo Cristo.

Non ci sembra superfluo sottolineare come per le dinamiche dello *ius honorarium* intendiamo soprattutto riferirci a quel fenomeno per il quale il magistrato romano giudicante aveva il potere di denegare l'azione che competeva secondo il diritto vigente, oppure di paralizzarla mediante un'eccezione, ma anche di concedere mezzi processuali da esso non previsti; provvedimenti che il pretore poteva assumere anche nei confronti del *ius* costituito dagli *edicta magistratum*, oltre che dallo *ius civile* vero e proprio.

Questi aspetti sono stati chiaramente enucleati dalla dottrina – cfr. per tutti: F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in ID., *L'officium' del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, 95, 63, tuttavia trascendono il tema oggetto del presente saggio, finendo per convergere con il tema della pluralità o unicità dell'ordinamento romano, quanto al rapporto tra lo *ius civile* arcaico e lo *ius honorarium*. Come è evidente si tratta di osservazioni e tematiche connesse; benché, si ripete l'oggetto di questo

In proposito, egli³ si domandava: «Ma letterati e filosofi che parlano di *ius praetorium* o *honorarium* nell'età preclassica, alludono ad un diritto formulato in proprio ed *erga omnes* dai magistrati giudicanti, o alludono piuttosto, in modo equivoco appunto perché atecnico, al diritto posto in azione dai magistrati stessi nell'esercizio della funzione giurisdizionale, cioè all'*ius civile Romanorum*? A leggere alcuni testi di Cicerone, la risposta esatta è certamente la seconda».

Questi i testi selezionati:

Cic. *pro Cec.* 12.35: *Quid ad causam possessionis, quid ad restituendum eum quem oportet restitui, quid denique ad ius civile, aut ad praetoris notionem atque animadversionem?*;

Cic. *de lege agr.* 3.3.11: *Etiamne si vi deiecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? ergo hac lege ius civile causae possessionum praetorum interdicta tollentur,*

Cic. *in Verr.* 2.1.114: *posteaquam ius praetorium constitutum est, sempre hoc iure usi sumus;*

Cic. *top.* 5.28: *ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat.*

Dunque, il maestro napoletano citava, in particolare, il lacerto dei *Topica*, con l'intento di evidenziare possibili difficoltà della

saggio è la percezione, filtrata attraverso la testimonianza di Cicerone, dello *ius honorarium* nei diversi strati sociali della società romana, tematica confluyente con la delimitazione dello *ius proprium Romanorum* che era, nel I secolo a.C., lo *ius civile*.

³ A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit., 361 ss.

rezezione, anche presso utenti qualificati, quale senz'altro era l'Arpinate, dei meccanismi produttivi del diritto onorario⁴.

In un'ottica di descrizione dei fattori sociali⁵, sociologici cioè, prima che giuridici, in base ai quali si provvede a modificare il *ius*,

⁴ Anche questo passo, al pari dell'escerto tratto dal *De inventione*, che riporteremo in seguito, risulta ampiamente studiato. In proposito, ci pare significativa la disputa tra L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 11 ss. e F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993, 53, nt. 2.

L'illustre studioso torinese scriveva: «Neppure questo testo sembra fornire la prova cercata. A parte altre incongruenze (come l'asserzione che lo *ius civile consistit* anche *edicta magistratum*), non vi appaiono contemplati soltanto veri e propri processi normativi, ma altresì fattori, intesi in senso ampio, della produzione giuridica. Rientrano tra questi ultimi l'*aequitas*, le *res iudicatae*, e, a nostro avviso, anche la *iuris peritorum auctoritas*. (Riterremo che, come l'*aequitas* va posta in connessione almeno precipuamente, con gli editti dei magistrati, così l'*auctoritas iuris peritorum* vada collegata al *mos*[...]). *Auctoritas prudentium* ha, invece, il significato di fonte in Papiniano D. 1.1.7 pr. (*ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*). Ma anche questo giureconsulto, come già Gaio e Pomponio, non poteva non tenere conto nel trattare delle fonti, del mutamento qualitativo che era stato prodotto, nella sfera di produzione del *proprium ius civile*, dallo *ius respondendi*. Giova precisare che le osservazioni del Gallo, quali si sono testé riprodotte appartengono alla prima edizione del suo volume – intitolato *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni* – risalente al 1971 e come tali non considerano i successivi esiti del dibattito. Manca, ad esempio, il confronto con L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano 1 Dalla repubblica all'età dei Severi*, Napoli, 1971, 21 ss. Sui *Topica* ciceroniani: B. RIPOSATI, *Studi sui 'Topica' di Cicerone*, Milano, 1947, 165; T. REINHARDT, *Marcus Tullius Cicero. Topica*, Oxford, 2003, 347.

⁵ D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario 'ad edictum'*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino 7-9 gennaio 1993*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996, 86 nt. 17; F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 95 ss. Nella letteratura meno recente citiamo: M. KASER, *'Mores maiorum' und Gewohnheitsrecht*, in *ZSS.*, LIX, 1939, 52 ss., ove l'eminente studioso svaluta indiscriminatamente i *mores*; M. LAURIA, *Ius' Visioni romane e*

per così dire, *positum* intorno al I secolo a. C. ci sovviene da chiederci se la domanda posta dall'eminente studioso possa estendersi, ed *a fortiori*, al testo del *De inventione* 2.65. Può ritenersi, poi, espressiva di un generale atteggiamento all'interno della società romana?

Riportiamo innanzitutto gli escerti.

Cic. *inv.* 2.65: ... *ius ex quibus rebus constet, considerandum est. Initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem adprobata quaedam a consuetudine aut vero utilia visa legibus esse firmata. Ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem ...* 67. *Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Quedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, iudicatum.* 68 *Pactum est, quod inter quos convenit ita iustum putatur, ut iure praestare dicatur; par, quod in omnes aequabile est; iudicatum, de quo iam ante sententia alicuius aut aliquorum constitutum est. Iam iura legitima ex legibus cognosci oportebit.*

*moderne. Lezioni*², Napoli, 1962, 73 ss; D. NÖRR, 'Divisio' und 'Partitio'. *Bemerkungen zur röm. Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin, 1972, 11 ss.; W. FLUME, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, Opladen, 1975, *passim*; G. ARICÒ ANSELMO, 'Partes iuris', in *AUPA.*, XXXIX, 1987, 17 ss; B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano. 'Pactum' e 'iudicatum' in due testi retorici*, in *AUPA.*, LXII, 1992, 5 ss.; L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano 1. Dalla Repubblica all'età dei Severi*, Napoli, 1971, 21 ss.; ID., *La consuetudine nell'evoluzione del diritto romano. Rapporto provvisorio*, in *AA.VV. La coutume. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire*, LI, Bruxelles, 1990, 91 ss. Cfr. anche: *AA.VV., Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, a cura di L. Bove, Napoli, 2008, 105 ss.

Si ritiene in dottrina che il *De inventione* sia stato scritto dall'Arpinate quando questi era ancora *puer aut adolescentulus*, individuando⁶ per la sua datazione il triennio che va dall'86 all'84 a.C.

In esso, ma in particolare in Cic. *de inv.* 2.67, dopo aver affermato che alla base di ogni sistema giuridico vi è la *natura*, insita e comune a tutti gli uomini – con un approccio che ha suggestionato i cultori del giusnaturalismo romano – Cicerone continua descrivendo quegli istituti che sono resi certi dal lungo tempo trascorso ed aggiunge che possono essere sussunti in tali categorie anche molti altri *iura*, dei quali la parte di gran lunga prevalente è rappresentata da quelli che i pretori sono soliti pubblicare traverso l'editto (*quae praetoris edicere consuerunt*).

Il testo citato sembra presentare un certo legame con Cic. *top.* 5.28, attribuito all'età matura di Cicerone, in cui questi, nel descrivere le fonti di produzione del diritto (*recte* ponendo in essere una *partitio*, finisce per menzionare le fonti di produzione del diritto, come esemplificazione di questa tecnica retorica⁷),

⁶ K. KUMANIECKI, *Cicerone e la crisi della repubblica romana*, Roma, 1972, 70, cui aderisce D. MANTOVANI, *Gli esordi*, cit., 86

⁷ Il tema è stato oggetto di ampi studi è appena il caso di osservare che il tentativo di sistemare la 'materia' trattata servendosi di partizioni in grado di consentire classificazioni e distinzioni era propria di una tecnica argomentativa penetrata nel pensiero giuridico romano attraverso le tecniche della dialettica greca, che ebbero grande diffusione nel mondo romano: basti citare la significativa *summa divisio* del diritto prospettata da Gaio, all'inizio dei suoi commentarii: Gai. 1. 8: *Omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*; sul punto v. R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio*, Napoli, 1979, p. 5 ed ivi ntt. 19-20; in via più generale sull'introduzione ed il ricorso alle tecniche incentrate sulla *diairesis* v. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1987; M. TALMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano, Colloquio italo francese. La filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, t. II, *Quaderno dell'Accademia*

menziona gli *edicta magistratum*, addirittura come costitutivi dello *ius civile*.

Occorre evidenziare che i *Topica* furono scritti dall'Arpinate nel 44 a.C., almeno secondo l'opinione maggioritaria⁸, dunque in età successiva all'emanazione della *lex Cornelia de iurisdictione* o *de edictis*.

Cic. *top.* 5.28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat. Divisionum autem definitio formas omnis complectitur quae sub eo genere sunt quod definitur hoc modo: Abalienatio est eius rei quae mancipi est aut traditio alteri nexu aut in iure cessio inter quos ea iure civili fieri possunt.*

nazionale dei Lincei 221, 1977, 3 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, 'Partes', cit., 17 ss.; in particolare, sostiene lo studioso romano che se è indubbio che per l'Arpinate 'divisio' e 'partitio' costituiscano procedimenti distinti, tuttavia, rimane molto più difficile l'accertamento di come Cicerone sentisse questa contrapposizione e soprattutto di come l'avvertissero i giuristi romani. Secondo il Talamanca l'essenziale differenza tra i due procedimenti doveva essere colta nel diverso punto di riferimento iniziale che nella *divisio* era dato dal *genus*, inteso come classe e nella *partitio* dal *totum*, inteso come un tutto materiale da dividere nelle sue parti costitutive; nei *Topica*, invece, le cose stavano diversamente, perché al procedimento della *partitio* non era sottoposto qualcosa che potesse rappresentare un tutto materiale da dividere nelle sue parti costitutive, come poteva essere il *corpus*, ma anche dei *tota* che si configuravano come omologhi a vere e proprie classi od insieme di individui o di classi inferiori. *Adde*. G. MANNINO, *Le matrici retoriche del «proemium» delle Istituzioni di Gaio*, in *Rivista di diritto romano* X, 2010, ora anche in <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano10Mainino.pdf>.

⁸ F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 73, di cui *infra* si sunteggia il nocciolo duro della tesi.

Pertanto, si sono individuati i due testi dianzi riportati, – da noi presi in esame per sottolineare la possibile raggiunta considerazione dello *ius honorarium* nell'età matura del pensiero del grande oratore romano, rispetto a quanto da egli affermato in età giovanile nel *De inventione*, in cui invece sembra trascurare lo *ius pretorio* – come rappresentativi dell'evoluzione del pensiero dell'Arpinate⁹.

⁹ Naturalmente, l'essersi Cicerone pronunciato su uno stesso argomento in occasioni diverse offre all'interprete uno spettro di informazioni non sempre tra loro coerenti. Ne consegue l'imprescindibile approccio diretto a chiarirne ogni contesto (tra quelli oggetto di selezione, ch  i luoghi afferenti al tema selezionato sarebbero innumerevoli), non tanto al fine di far emergere quale fosse la reale coerenza dell'oratore, ma di evidenziare il complesso dei fattori 'storici', esigenze sociali, congiunture economiche, che furono alla base di quella determinata vicenda, del singolo istituto ovvero dell'intera branca ordinamentale; in questa maniera si   cercato di fare di Cicerone una sorta di testimone di questi fattori storico–sociali, al fine di chiarire come la societ  romana abbia percepito la dicotomia predetta (ovvero se tale dicotomia fu percepita), giacch  essa rappresenta la vera protagonista dell'indagine in corso. Senza alcuna pretesa di esaustivit : Cic. *Verr.* 1.42.109, in cui Cicerone insiste sul carattere di *lex annua* dell'editto; Cic. *Verr.* 1.44, ove Cicerone richiama l'attenzione sulla pratica di cambiare di continuo le regole della *iurisditio* e magari anche truffaldinamente; Cic. *Verr.* 1.114, in cui si parla di giurisdizione pretoria; nello stesso senso Cic. *Verr.* 2.12.31; in senso differente Cic., *Verr.* 3.90.209, sull'editto in Cilicia, che avremo modo di richiamare; Cic. *de leg.* 3.1.2, in cui si dichiara che il magistrato   legge parlante (tale testimonianza pu  essere giustapposta a quella sulla *lex annua*, ma, forse, sottintende l'auspicio al temperamento dell'arbitrio pretoriale); Cic. *ad fam.* 13.59: «*servabis, ut tua fides et dignitas postulat, edictum et institutum tuum*»; Cic. *de orat.* 2.6.24; Cic. *Brutus* 53.198; Cic. *pro Quint.* 20.65; Cic. *de orat.* 1.57.244: «*volgo in iudiciis et non numquam ab ingeniosis hominibus*» ossia «*Nec iuris consultis concedi nec ius civile in causis semper valere oportere*». Infine, riportiamo ancora: Cic. *de inv.* 2.22.67: «*Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Quaedam autem genera iuris iam certa*

2. Ci proponiamo di operare una lettura tradizionale, attraverso gli strumenti operativi esegetici innanzitutto, del passo ciceroniano (Cic. *de inv.* 2.67) dal quale abbiamo tratto le mosse; in seguito a questa operazione appronteremo, come detto, un confronto con passi di altri autori, filosofi e letterati, concernenti la tematica se la nozione di consuetudine o prassi nel I secolo a.C. coinvolgesse, cioè assorbisse il diritto prodotto dai magistrati nell'esercizio del loro potere edicente, dunque se lo *ius civile* di stampo consuetudinario assorbisse il diritto prodotto dai magistrati.

Scendiamo, dunque, *in medias res*.

Il passo del *De inventione* è stato inteso da autorevole dottrina¹⁰ come rivolto ad affermare la formazione consuetudinaria del

consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, indicatum». Tra i saggi che maggiormente attenzionano l'emersione del nuovo *ius*, nel contesto dell'opera ciceroniana, si rinvia a V. GIUFFRÉ, *La traccia*, cit., 49, 79 e *passim*.

¹⁰ D. MANTOVANI, *Gli esordi*, cit., 89. La tesi dell'autorevole studioso si basa, se ben intendiamo, sul seguente rilievo: «Il testo, in realtà, descrive il verso opposto della trasformazione, cioè il tramutarsi degli editti tralatizi in consuetudine. L'interpretazione mi pare trovi un sicuro fondamento sul piano semantico. In un contesto volto a definire il *consuetudine ius*, il dato lessicale che deve essere considerato di maggior spicco è senz'altro il verbo di cui *consuetudo* è il derivato, cioè *consuesco*. In *Inv.* 2.67 *consuevi*, nel suo valore di presente, designa una modalità dell'esercizio del *ius edicendi* da parte dei *praetores* («*edicere consuerunt*») non già un diritto di origine consuetudinaria, che lo preceda: non vi è ragione che possa consentire all'interprete di spostare il riferimento dall'uno all'altro dei profili. Cicerone identificava, dunque, nella reiterata pubblicazione per editto il fondamento dei *iura* che ne erano oggetto».

Rilevante ci appare anche l'affermazione dello stesso studioso, adottata dopo il florilegio di una serie di ulteriori testimonianze, anch'esse ascrivibili alla penna dell'oratore, per la quale sebbene Cicerone non torni sul rapporto tra *consuetudine ius* e quella che si può chiamare *consuetudo edicendi* dalla medesima

diritto onorario, esso discenderebbe cioè dalla ripetuta pubblicazione degli editti. In particolare, il Mantovani sostiene che in *Inv.* 2.67 *consuevi*, nel suo «valore di presente», designi una modalità dell'esercizio del *ius edicendi* da parte di *praetores* («*edicere consuerunt*»), ma non un diritto di origine consuetudinaria, che lo preceda.

A questa costruzione sono state mosse alcune critiche¹¹. A giudizio del Gallo¹², il tenore del testo non offre elementi per stabilire quali siano, nel pensiero ciceroniano, i *iura*, *quae praetores edicere consuerunt*, cioè se essi debbano individuarsi, come sembra reputare il Mantovani, nei mezzi, negli istituti introdotti dal pretore, con la sua attività edicente oppure anche nella totalità dei mezzi ricevuti nell'editto, compresi anche quelli previsti da *leges* e *mores*, ovvero solo in questi ultimi: «tutti i generi di *consuetudine ius* indicati nel passo, rientrano nella nozione espressa all'inizio, di *ius* che la *voluntas* ha convalidato con la volontà di tutti, senza bisogno della legge (*quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit*). Ciò pare sufficiente ad escludere che Cicerone identificasse, come si esprime il Mantovani, 'nella reiterata pubblicazione dell'editto il fondamento dei *iura* che ne erano oggetto'»

In altri termini, secondo il Gallo l'argomentazione del Mantovani non potrebbe essere accolta, giacché il fondamento dei

angolazione da cui vi guarda nel *De inventione*, emerge - dicevamo - nei testi richiamati, il medesimo rapporto fra tempo e normazione pretoria che sottende la pagina giovanile.

¹¹ F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 95 ss. Ci permettiamo di rilevare che tale soluzione connessa con l'idea della formazione consuetudinaria *ex post*, attribuisce a Cicerone una veduta contrastante con quanto asserito dallo studioso torinese circa lo *ius moribus receptum*, rigorosamente tenuto distinto dal *ius praetorium* e connesso all'ambito dell'*ius civile*, inteso quale diritto del popolo romano.

¹² F. GALLO, *o.l.u.c.*

iura contemplati nell'editto non si era avuto attraverso la reiterata pubblicazione del medesimo, che ne avrebbe costituito, prima della *lex Cornelia de edictis*, la *diuturnitas*, ma il fondamento andava ricercato, in virtù dello *ius edicendi* connesso alla carica ricoperta¹³.

Pertanto, nella costruzione del Gallo il diritto onorario non può essersi formato *voluntate omnium*, bensì in via autoritativa, tramite lo *ius edicendi*, per cui «il problema della formazione consuetudinaria non può neppure porsi per l'editto nel suo complesso, comprensivo cioè, sia dei mezzi previsti dalle *leges* e dai *mores*, sia di quelli introdotti dal pretore».

3. A nostro avviso, nell'esegesi del passo occorre tener conto, che sussiste uno stretto legame logico grammaticale tra le due proposizioni «*In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem*» e «*Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars quae praetores edicere consuerunt*», legame offerto dal lemma *iura*, utilizzato da Cicerone in modo per così dire 'atecnico', per descrivere l'esistenza di diritti, che sono resi certi dal lungo tempo trascorso o meglio dal loro impiego ormai risalente e diritti nei

¹³ F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 96 ss., il quale riteneva che indipendentemente dal fatto che la reiterata pubblicazione per editto non integrasse l'elemento della *voluntas omnium* – decisivo secondo Cicerone per la formazione del *ius* in via consuetudinaria – col riferimento di *edicere consuerunt* a tale formazione si attribuisce allo scrittore latino un'idea peregrina, estranea alle vedute dei giuristi. A detta dell'eminente studioso, la circostanza che l'operetta *de inventione* fosse stata scritta in età giovanile non sembra giustificare né la predetta estraneità né il difetto di coerenza interna. Pertanto, il problema della formazione in via consuetudinaria non può porsi per l'editto nel suo complesso, comprensivo, cioè, sia dei mezzi previsti dalle *leges* e dai *mores*, sia di quelli introdotti dal pretore. Si era, viceversa, formata in via consuetudinaria la grande maggioranza di *iura* riconosciuti dal *ius civile*. F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 96 ss.

quali vanno ricompresi «la parte di gran lunga maggiore di quelli che i pretori furono soliti annunciare nell'editto».

Sia da questa osservazione, sia dalla proposizione di partenza «*In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem*» – a sua volta, legata a quella introduttiva «*Consuetudine autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobabitur*» – ci pare di poter escludere che la cd. *diuturnitas*, cioè l'elemento oggettivo della consuetudine, qui sostituita dall'impiego della parola *vetustatem*, possa afferire al comportamento dei pretori, alla reiterata pubblicazione del testo degli editti e, dunque, alla prassi che questi avevano di enunciare, all'inizio dell'anno di carica, il programma a cui avrebbero dovuto attenersi nell'amministrazione della giustizia.

Riterremo, pertanto, più probabile una formazione nella prassi delle soluzioni escogitate dai pretori (*ex ante*) e vincolanti, magari in un ambito territoriale delimitato, cui il pretore, poi, con la sua recezione attribuiva diversa valenza, allorché il caso, divenuto oggetto di lite, almeno potenziale, fosse giustiziabile. In altri termini, saremmo più propensi a ritenere che le soluzioni innovative dei pretori venissero recepite dall'uso della comunità e che come tali fossero ritenute costitutive di *ius*.

Ancora maggiormente ci convinciamo della predette affermazioni se leggiamo la parte conclusiva del lacerto, secondo cui «*Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, iudicatum*»; con esso il giovane Cicerone sembra attribuire un ambito applicativo molto esteso alla consuetudine.

Anzi, l'Arpinate, se pure circa quarant'anni dopo, come detto, nei *Topica* 5.28, indicò distintamente tra le *partes* del *ius civile*, il *mos* e gli *edicta magistratuum*, a conferma, secondo la nostra prospettiva di indagine, che, anche in età matura, il *ius honorarium* era, per lui, solo una parte dello *ius civile* e che, quindi, non si poteva ravvisare un autonomo *ius edicendi*.

La trasformazione operata dal pretore per soddisfare le nuove esigenze sorte dalle nuove attività economiche si riverberò naturalmente anche nel campo sociale. Nuove e più vaste categorie di persone commercianti, grandi artigiani, argentari, finanziari, appaltatori ottennero un'efficace tutela dei loro interessi e raggiunsero anche grazie ad essa, i più alti livelli nell'ordinamento censitario serviano. Infatti, è stato chiarito¹⁴ che le innovazioni introdotte dal pretore, oltre che riformatrici e congegnate nell'ambito del processo formulare vanno anche ascritte ad un allargamento del preesistente *ius civile*; altre volte, sono consistite nel conferimento di un valore giuridico, a regole etico-sociali operanti tra commercianti e uomini d'affari dettate per lo più dalla *fides bona*; regole che rese giuridiche dal pretore, costituiscono una delle radici di quello che si disse *ius gentium* (in quanto contrapposto appunto al *ius honorarium*). Quantitativamente, il vero *ius honorarium* ebbe la prevalenza; ma sotto il profilo qualitativo le innovazioni introdotte dal pretore nell'ambito del *ius civile* e, soprattutto, del *ius gentium* ebbero una portata equivalente o quasi.

¹⁴ In proposito, pur limitando il discorso ai soli scritti di Cicerone, ci sembra un utile inquadramento citare le parole di un recente studio: «... non possiamo non concludere che il processo di traduzione della nozione di *ius gentium* in categorie filosofiche – la nascita, cioè della valenza puramente 'teorica' del concetto – è, all'epoca di Cicerone, appena iniziato: anzi, è assai probabile che egli abbia giocato un ruolo fondamentale nella sua realizzazione. Al contrario, la funzione 'normativa' (come si è detto, originariamente indistinta da quella 'teorica') aveva già prodotto frutti notevoli: non solo nel diritto internazionale, in quanto erede dello *ius fetiale*, ma anche in quello privato, avendo determinato l'ingresso nello *ius civile*, di forme di tutela anche per rapporti estranei allo *ius Quiritium* – cui in età arcaica erano limitati gli strumenti di protezione processuale elaborati dalla *civitas*». R. FIORI, *Bonus vir'. Politica filosofia retorica e diritto nel 'de officiis' di Cicerone*, Napoli, 2011, 137. Più in generale: M. KASER, *Mores*, cit., 52 ss., W. FLUME, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, Opladen, 1975.

Si suole ricordare che se il *ius Quiritium* fu essenzialmente il diritto dei patrizi ed il *ius civile* il derivato dalle XII tavole e dalla loro *interpretatio*, quello della nuova aristocrazia senatoria patrizio-plebea, il diritto creato dal pretore fu caratterizzato da una più larga apertura popolare, sebbene il pretore appartenesse a quella aristocrazia.

In sostanza, a sentire l'Arpinate, alcuni istituti di matrice pretorile sono stati resi giuridicamente cogenti in forza della consuetudine¹⁵, che poi questa operasse, per così dire, *ex ante*, secondo quanto da noi ritenuto o *ex post*, secondo quanto ritenuto

¹⁵ In questo senso, la dottrina maggioritaria: W. FLUME, *Gewohnheitsrecht*, cit., *passim*; M. BRETONI, *Il tempo e la norma*, in, *Continuità e trasformazione fra repubblica e principato. Istituzioni, politica, società*, a cura M. Pani, Bari, 1991, 18, che segnala il fraintendimento di altre letture, in particolare del Pernice, del Costa e del Bove.

Cauto il V. GIUFFRÈ, *La traccia*, cit., 50: «Non l'editto di per sé è la matrice di *ius*, ma è la consuetudine che accoglie le escogitazioni dei pretori (non tutte, peraltro) e dà loro vigore se ed in quanto ripetute di anno in anno ed osservate come costume di vita dei *cives*», il quale dunque sembrerebbe negare che la reiterazione degli editti crei consuetudine, ma, d'altra parte, immagina che la consuetudine si formi successivamente all'editto, per effetto della reiterazione presso i consociati di quei comportamenti positivizzati nell'editto.

Ci preme, a questo punto dell'indagine, avanzare qualche osservazione sulla questione del ruolo di Cic. *ad fam.* 13.59: «*servabis, ut tua fides et dignitas postulat, edictum et institutum tuum*».

A giudizio del Giuffrè, *La traccia*, cit., 50, premesso che l'*epistula* era diretta a M. Curzio Peduceano, che ricopriva la carica di pretore, l'escerto, di qualche decennio successivo alla *lex Cornelia*, presupporrebbe logicamente che, per dar luogo a favori potesse accadere anche il contrario. L'affermazione di questo insigne studioso, a nostro avviso, non deve essere sopravvalutata, giacché essa può consistere tanto in un'esortazione all'osservanza delle proprie determinazioni edittali, quanto a «chiudere un occhio sulle stesse»; così F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 93, nt. 83. In ogni caso, essa si inserisce in quel legame nella gestazione dell'editto annuale che già abbiamo evidenziato a proposito di un'altra *epistula* ciceroniana Cic. *ad Att.* 6.1.15.

dal Mantovani, rispetto alle determinazioni pretorili costituisce un aspetto della questione che, forse, non va sopravvalutato all'interno del passo.

In proposito, alcune riflessioni '*ad adiuvandum*' che militano a favore della operatività *ex ante* della consuetudine – cioè del rilievo per il quale questa operava a livello di prassi prima della recezione nell'editto – ci paiono ritraibili dall'impiego letterale del verbo nella forma del perfetto indicativo *consuerunt*, né a ciò sarebbe sufficiente replicare il carattere di presente storico che accomuna tutto il passo e che condiziona la traduzione del verbo in esame; neppure, con tutt'altro ordine di argomentazione, di tipo logico e sistematico, obiezioni possono ritrarsi dalla vicenda costitutiva di alcuni istituti di matrice pretorile, per esempio, dell'*exceptio doli* – su cui avremo modo di intrattenerci *infra* § 3.2 – che vedeva l'emersione a livello di prassi del dolo, già prima dell'escogitazione aquiliana.

Tuttavia, ci pare che sul punto non debba operarsi una indebita confusione: il testo può anche descrivere il trasformarsi dello *ius honorarium* in consuetudine, come secondo conseguenza dovremmo ritenere seguendo le argomentazioni del Mantovani, ma, anche in questo caso, lo *ius honorarium* era già operante ed anzi vincolante per quei cittadini (il termine è qui da intendersi come comprensivo anche dei *peregrini*) che chiedevano giustizia nelle aule dei tribunali invocando lo *ius honorarium*.

3.1. Ci sia consentito di aggiungere, secondo logiche di connessione non soltanto temporali, ma anche sistematiche, un escerto dell'orazione giovanile pronunciata da Cicerone in favore dell'attore Roscio; orazione con la quale l'Arpinate ottiene un successo professionale importante, per l'attenzione, vorremmo dire mediatica, che il processo aveva suscitato e che, in conseguenza, segnò il consolidarsi della sua fama.

Cic. *pro Roscio com.* 5.15: ... *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima omnia arbitria honoraria omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint perinde dicemus.*

In questo passo, Cicerone sembra aver distinto gli *arbitria honoraria* dai *iudicia legitima*; dunque nel 77 a.C. – data in cui, pur se tra notevoli incertezze, si suole collocare l'orazione in esame – almeno a fini processuali, l'oratore sembra conscio della distinzione tra procedure del *vetus ius* e quelle introdotte con l'attività della magistratura peregrina¹⁶.

Colgono, tuttavia, nel segno quelle argomentazioni che sottolineano come la categoria del «*iudicium legitimum*» a valenza meramente processuale, si sia formata successivamente sulla base della *lex Iulia iudiciorum privatorum*, in epoca augustea, per cui non risulterebbe provata in alcun modo la natura civilistica dell'azione sostanziale¹⁷, ma è, altresì, evidente che Cicerone scompone in termini dicotomici – altrimenti non riusciremmo a spiegarci il triplice impiego della locuzione *omnia* – i *iudicia legitima* e gli *arbitria honoraria* e d'altra parte neppure è da sottovalutare l'impiego delle parole *iudicia* ed *arbitria* in termini, si ripete, di contrapposizione,

¹⁶ O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. 'formulae in factum conceptae'*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche* a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002, 209; M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princes' e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano e del II Premio romanistica «G. Boulvert»*. Copanello 5–6 giugno 1996, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1999, 183 ss. Più in generale, per una esemplare sintesi delle problematiche e delle soluzioni dottrinarie L. AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale I*, Milano, 1988, 85.

¹⁷ In questo, senso cfr. M. TALAMANCA, *Il riordinamento*, cit., 183.

ma in cui è Cicerone che parla ancora di *arbitria honoraria*, non di *iudicia honoraria*.

Intendiamo dire che, ancora una volta, nella testimonianza dell'Arpinate lo *ius honorarium* resta relegato sullo sfondo di un ordinamento extrautoritativo, che non assume la stessa forza cogente del *iudicium* civile, per quanto è chiaramente visibile come la contrapposizione tra i due sistemi ordinamentali sia percepita con lucida consapevolezza dall'Arpinate, il che è segno del passaggio da quella idea giovanile contenuta nel *De inventione* ad una concezione più matura, quale quella che emerge anche attraverso le pagine del *De officiis*, pure scritti, come i *Topica*, nel 44 a.C.

Ancora. Rispetto a quanti volessero stigmatizzare questo singolare caso di evoluzione del pensiero fatto palese proprio della richiamata dicotomia tra i due testi – il *De inventione* ed il *De officiis* – una conferma ulteriore ci pare possa essere rinvenuta in Cic. *de inv.* 2.61, in cui l'oratore, si ripete in età giovanile, descrive – e, dunque, possiamo ritenere essergli nota l'esistenza – un'*exceptio* propria del diritto pretorio, fondata sul fatto che malizia, *aliud agatur, aliud simulatur*¹⁸.

¹⁸ Un ulteriore esempio, in età matura, è dato da Cic. *de orat.* 1.37.168: « *Quid? In his paucis diebus nonne nobis in tribunali Q. Pompei praetoris urbani familiaris nostri sedentibus, homo ex numero disertorum postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET? Quod petitoris causa comparatum esse non intellegebat, ut, si ille infitiator probasset iudici ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi, petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur, QUOD EA RES INIUDICIUM ANTE VENISSET* ». In questa sede anche solo la presa in considerazione delle varie questioni dottrinarie che il passo pone sarebbe un 'fuor d'opera'; il motivo del richiamo è, perciò, da rinvenirsi esclusivamente nell'impiego da parte dell'Arpinate dell'aggettivo *vetus...exceptio*, che sia giustapposto al carattere della *vetustas* che abbiamo visto connotare, già nell'età giovanile, la consuetudine così come intesa in *de inv.* 2.65.67. Ancora. Il motivo del richiamo potrebbe essere rinvenuto nel parallelismo con Cic. *de inv.* 2.20.59–60, in cui, analogamente a quanto accade nell'ultimo escerto citato si

Cic. *de inv.* 2.61: *Id ex partibus iuris, de quibus post dicendum est, sumi oportebit et ratiocinari, quid in similibus rebus fieri soleat, et videre, utrum malitia [quid] aliud agatur, aliud simuletur, an stultitia, an necessitudine, quod alio modo agere non possit, an occasione agendi sic sit iudicium aut actio constituta, an recte sine ulla re eiusmodi res agatur. Locus autem communis contra eum, qui translationem inducet: fugere iudicium ac poenam, quia causae diffidat. A translatione autem: omnium fore perturbationem, si non ita res agantur et in iudicium veniant, quo pacto oporteat; hoc est, si aut cum eo agatur, quocum non oporteat, aut alia poena, alio crimine, alio tempore; atque hanc rationem ad perturbationem iudiciorum omnium pertinere. Tres igitur haec constitutiones, quae partes non habent, ad hunc modum tractabuntur. Nunc generalem constitutionem et partes eius consideremus.*

Nel frammento si anticipa, pertanto, la definizione di *dolus malus*, che lo stesso Cicerone proporrà, con più compiutezza, nel *De officiis* (*de off.* 3.14.58), dunque, in un'opera retorica, che come detto, condivide con i *Topica*, i natali a partire dal 44 a.C.; tuttavia, nel testo del *De officiis* si assiste all'attribuzione della paternità alla penna di Aquilio Gallo¹⁹, attribuzione quest'ultima, assente, invece, nel *De inventione*.

fa menzione di una *exceptio* introdotta, anch'essa, dall'allora giovane oratore con le parole *extra quam*. Cfr. D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio. Napoli gennaio–novembre 1996. Atti a cura di E. Dovere*, Napoli, 1996, 174 ss.; B. ALBANESE, *La 'vetus atque usitata exceptio' di Cic., 'De orat'. 1.37.168*, in *AUPA*. 47, 2002, 24 ss.; L. PELLECCHI, *La praescriptio – Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, 278-294; M. VARVARO, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino, 2008, 41 ss.

¹⁹ Nel *de officiis* (3.14.58) si racconta un episodio avvenuto in Sicilia, intorno alla fine del II secolo a.C. Un certo cavaliere romano Canio aveva comprato da Pizio, banchiere siracusano, una villa per un prezzo eccessivamente alto,

In questo senso, un primo rilievo è dato dalla medesima connotazione cronologica con gli escerti precedenti; ma l'analogia, così come da noi proposta, non si esaurisce nel dato temporale esposto, infatti, anche l'*exceptio doli* è ricondotta, come è noto, dalla dottrina all'alveo dello *ius honorarium*, e, dunque, ci sovviene da

essendone stato indotto da una serie di stratagemmi messi in opera dal venditore per ingannarlo sul valore della stessa. Del compratore si dice che *nomina facit, negotium conficit*, con riguardo alla proposta dell'affare, concluso forse precipitosamente, attraverso un negozio astratto che parrebbe costituito, secondo le forme romane da una *trascriptio a re in personam*, qualora se ne ammetta la validità della stipula con un peregrino. Avendo preso possesso della villa e inviati gli amici, Canio si accorge dell'inganno subito, ma ormai risulta impossibilitato a porvi rimedio, in quanto, dice Cicerone, "*Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas*".

Anche a voler ammettere che sia stato l'episodio di Canio a dare la stura (una sorta di *leading case*) al riconoscimento del dolo – ai nostri fin non rileva se in termini di *actio* o di *exceptio*, ma come riconoscimento della rilevanza del vizio della volontà – è da escludere, che esso rappresenti una ragione di un certo malcontento, diffuso nella prassi, verso i rimedi approntati dal *ius civile*; ciò mi sembra allo stato non dubitabile.

Amplissima la letteratura sul punto, per uno dei temi più *a la page* dell'ultimo decennio, in specie per la sua interdisciplinarietà; tra gli studi più recenti A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in *Diritto@storia* 5, 2006, 13 ss.; *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di Luigi Garofalo, Padova, 2006, *passim*. Cfr. anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* I, Milano, 1973, 131 nt. 3; F. D'IPPOLITO, *Sulla data dell'actio de dolo*, in *Labeo*, 1995, 247 ss.[= *Fraterna munera. Studi in onore di L. Amirante*, Salerno, 1998, 161 ss]; M. BRETONE, *Labeone e l'editto*, in *SCDR.*, XXV, 1994, nt. 25; R. CARDILLI, *La 'buona fede' come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2002, 136, nt. 36, 141; R. FERCIA, *Appunti su funzione e struttura formulare dell'actio de dolo*, in *Studi economici-giuridici in memoria di F. Ledda*, Torino, 2004, 427, nt. 27.; P. LAMBRINI, *Eccezione*, cit., 139-171; ID., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, 99 ss. Per l'azione di dolo, invece, da ultimo: M. F. CURSI-R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR.* I, 2011, 145-184.

chiederoci se l'assenza di notizie più dettagliate nelle opere giovanili di Cicerone sia la conseguenza di una visuale non comprensiva, o meglio non interamente comprensiva, dello *ius honorarium*.

Un riferimento ulteriore all'eccezione di dolo lo troviamo in Cic. *de natur. deor.* 3.30.74:

Cic. *de natur. deor.* 3.30.74: «*Sed exeamus e theatro, veniamus in forum! Sessum ite, precor! Quid ut iudicetur? Qui tabularium incenderit. Quod facinus occultius: at se Q. Sosius, splendidus eques Romanus, ex agro Piceno, fecisse confessus est. Qui transcripserit tabulas publicas; id quoque L. Alenus fecit, cum chirographum sex primorum imitatus est; quid hoc homine sollertius? Cognosce alias quaestiones, auri Tolossani, coniurationis Iugurthinae; repete superiora: Tubuli de pecunia capta ob rem iudicandam; posteriora: de incestu rogatione Peducaea; tum haec cotidiana: sicae, venena, peculatus, testamentorum etiam lege nova quaestiones. Inde illa actio OPE CONSILIOQUE TUO FURTUM AIO FACTUM ESSE; inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria, inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquillius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquillius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum.*».

Con riguardo ad episodi collocabili tra il 77 ed il 76 a.C., in cui, nella parte conclusiva del testo, si attribuisce ad Aquilio Gallo – come nel *De officiis* – la paternità della formula di protezione dal dolo, con una definizione, però, identica, *aliud sit simulatum, aliud actum* a quella del *De inventione*. Ci sembra, pertanto, possibile confermare un graduale approccio dell'oratore al riconoscimento dello *ius honorarium*.

3.2. Quanto al secondo punto della nostra indagine occorre verificare i dati emersi dall'analisi degli scritti di Cicerone attraverso gli scritti di letterati e filosofi, espressione della società romana erudita; sarebbe, forse, stato preferibile individuarne di coevi alla stesura del *De inventione*, dai quali emergesse una descrizione degli istituti di matrice onoraria come interfaccia della proposta di consuetudine da noi avanzata, ma anche in questa tematica, come per la verità, in molti altri settori dello *ius romanorum*, la povertà delle fonti, in ogni caso, è un dato endemico.

Tale operazione è rivolta, lo si premette, a ricercare indizi, o se si preferisce prove indiziarie, anzitutto della rappresentazione consuetudinaria, presso la società romana, degli istituti onorari, ma anche la non precisa consapevolezza presso intellettuali, letterati e filosofi delle caratteristiche del nuovo settore ordinamentale, che è l'assunto che si sta cercando di dimostrare.

In quest'ottica, un possibile testo di partenza è dato da:

Auct. ad Herenn. 2.13.19²⁰: «...ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto. Natura ius est, quod cognationis aut pietatis causa observatur... Lege ius est id, quod populi iussu sanctum est quod genus; ut in ius eas, cum voceris. Consuetudine ius est id, quod sine lege aequae, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis. Iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum...²⁰: ...Ex aequo et bono ius constat, quod ad veritatem <et utilitatem> communem videtur pertinere, quod genus ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det... Ex pacto ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit. Pacta sunt, quae legibus observanda sunt».

²⁰ Citiamo il passo così come riportato in L. Bove, *La consuetudine*, cit., 22 ss.

La pubblicazione dei libri *ad Herennium* viene generalmente collocata nel periodo compreso tra l'86 a.C. e l'82 a.C. Ai nostri fini, appaiono chiare le interconnessioni con il pensiero del giovane Cicerone specie allorché si raffrontino i fatti di normazione elencati²¹.

L'ignoto autore nel precisare la definizione della *iurisdicialis constitutio* (si può richiamare anche il passo 1.14.24) e l'esigenza di accertare la legittimità del comportamento tenuto, dichiarò *ex quibus partibus ius constet*: tra queste parti elencò la *consuetudo* accanto alla *natura* ed alla *lex*, che la precedevano nell'ordine di esposizione, al *iudicatum*, all'*aequum et bonum* ed al *pactum*, che la seguivano.

In particolare, per l'*auctor ad Herennium* il diritto, che aveva il suo fondamento nella *lex*, si riportava al *iussum populi*, laddove il diritto che aveva la sua fonte nella consuetudine, andava osservato pur nell'assenza di una *lex*, ma non altrimenti che se questa vi fosse²². Anche questo passo sembra ignorare lo *ius honorarium* come

²¹ Per comodità di lettura riportiamo ancora l'elencazione del *De inventione* (Cic. *de inv.* 2.22.67): *Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, iudicatum*. Qualche utile riflessione sul rapporto tra il passo in commento e le teoriche, scritte anche in età matura da Cicerone sono in F. VALLOCCHIA, *Appunti su 'bonum et aequum' e 'conventio-consensus' tra 'ius' e 'societas'*, in *Diritto@Storia* XI (2013), ora in <http://www.dirittoestoria.it/11/memorie/Vallocchia-Bonum-aequum-societas.htm>.

²² Nel senso da noi sottolineato, cfr. L. BOVE, *La consuetudine*, cit., 21 ss. «Il richiamo alla *consuetudo* – espressamente ricollegata come si è visto alla *natura* od alla *vetustas* (ed alla correlativa e necessaria *vulgi adprobatio*, nel secondo caso) – è ricorrente nell'opera di Cicerone e le sue concezioni, pur con qualche tentennamento ed apparente contraddizione si inquadrano negli insegnamenti retorici della sua epoca: ciò d'altronde risulta ancora più chiaramente qualora si considerino le affermazioni contenute nella stessa od in diversa connessione, nella retorica *ad Herennium* ed in altre opere contemporanee od immediatamente successive, né in proposito è inopportuno porre in evidenza che la giovane età dell'autore del *De inventione* è di per sé convincente conferma che le concezioni espone in quest'opera debbono ritenersi piuttosto

autonoma fonte di *ius*, mentre le parole *ex aequo et bono* appaiono impiegate in maniera interamente atecnica, cioè senza afferire ad un'autonoma partizione dello *ius Romanorum*.

Ancora sul tema della consuetudine, seppur in un diverso contesto storico quale quello della fine del primo secolo d.C, tra gli oratori che si cimentarono con essa, la dottrina²³ ha escerto alcuni passi di Quintiliano.

Quint. *inst. orat.* 5.10.11–13: ... *ergo, cum sit argumentum ratio probatione praestans, qua colligitur alioquid per aliud, et quae quod est dubium per id, quod dubium non est, confirmat, necesse est esse aliud in causa, quod probatione non egeat. Aliqui nihil erit quo probemus, nisi fuerit quod aut sit verum aut videatur, ex quo dubiis fides fiat. Pro certis autem habemus primum quae sensibus percipiuntur, ut quae videmus, audimus, qualia sunt signa, deinde ea, ad quae communi opinione consensus est "deos esse, praestandam pietantem parentibus" praeterea, quae legibus cauta sunt, quae persuasione etiam si non omnium hominum, eius tamen civitatis aut gentis, in qua res agitur, in mores recepta sunt, ut pleraque in iure non legibus, sed moribus constat: si quid inter utramque partem convenit, si quid probatum est, denique cuicumque adversarius non contradicit.*

Di questo testo interseca la nostra tematica di ricerca la proposizione *quae persuasione etiam si non omnium hominum, eius tamen civilitatis aut gentis, in qua res agitur, in mores recepta sunt, ut pleraque in iure non egibus sed moribus constat*, per cui tutti i popoli civili sono retti *legibus et moribus*. In altri termini, anche nell'opera retorica di Quintiliano assistiamo alla medesima contrapposizione, che

l'espressione di insegnamenti diffusi e comunemente accolti, che elaborazioni personali del suo autore». In modo particolare siamo concordi con l'ultima proposizione del passo riportato.

²³ F. GALLO, *Interpretazione*, cit., 73 ss.

rinvieremo all'inizio delle Istituzioni di Gaio tra un *ius ex scripto* ed uno *ius ex non scripto*²⁴.

²⁴ Ci sia consentita in questa sede una digressione, che consiste nel sunteggiare i risultati che, con esemplare chiarezza, un maestro della nostra disciplina raccoglie. Risultati volti a creare una linea di demarcazione tra *ius scriptum* e *ius non scriptum*. F.P. CASAVOLA, *Ius ex scripto ex non scripto*, Napoli, 2013, 218 ss., secondo questo autore il diritto scritto è solo quello che ha la forma della legge votata nei comizi, o dei plebisciti, o dei senatoconsulti, o degli editti dei pretori ed edili, o delle *constitutiones principum*. Viceversa, lo *ius ex non scripto* è rappresentato dai *mores maiorum*, cioè dai comportamenti degli antenati considerati vincolanti dalle generazioni successive.

Allo spazio del *ius ex non scripto*, una volta stabilito che il popolo legislatore (o chi per lui) è autore sia di una fonte scritta che comportamentale e che tutto l'ordinamento giuridico è ricondotto alla legge, addirittura con quell'argomento insuperabile della desuetudine pari alla abrogazione, che cosa residua se non la *interpretatio* della scienza giuridica?

Scrivono il Casavola che il lungo duello tra *ius* e *lex* sembra estinguersi con la plenaria vittoria della *lex*. Ma esso rinasce nella non specularità di scienza e potere. Di qua i giuristi, di là ormai dopo i comizi popolari, i concili plebei, i tribunali dei magistrati giudicanti, l'assemblea senatoria, la cancelleria imperiale; ne segue il grandioso paradosso che la sterminata biblioteca delle scritture dei giuristi è *ius non scriptum*, mentre tutto quello che produce il potere statale è *ius scripto*.

Il tema è quello della '*receptio moribus*' teorizzata dal Gallo, secondo cui nelle fonti giustiniane sarebbe documentata l'insuperabile diversità esistente nell'esperienza romana tra recezione *moribus* e la *consuetudo*, le quali furono fonti vive del diritto in fasi ed assetti giuridici tra loro disparati. A detta dell'eminente studioso, i maestri giustinianeî identificarono le due figure sussumendole entrambe nel *ius ex non scripto*, ma l'identificazione è stata acriticamente accolta dagli studiosi successivi ed appare dominante nella scienza romanistica. F. GALLO, *La consuetudine grande sconosciuta*, in *SDHI*. XXVI, 2013, 27 ss. Non può certamente essere questa la sede per discutere una tesi tanto complessa, quanto, lo sia detto con tutte le cautele del caso, acuta; tuttavia, a noi sembra che proprio dalle fonti letterarie, se sono veri i presupposti dell'argomentazione del maestro torinese, possono inferirsi le sole testimonianze della genuina strutturazione della *receptio moribus*, in ogni caso estranea allo *ius edicendi* del

Si tratta di una rappresentazione, dunque, che dobbiamo ritenere già acquisita alla cultura 'umanistica' sullo scorcio del primo secolo d.C., quando Quintiliano scriveva l'*Institutio oratoria*.

Quint. *inst. orat.* 12.3.5–7: ... *prius est enim certe parare bella, quam gerere. Atqui simillimus huic sit advocatus, si plura, quae ad vincendum valent, aliis reliquerit: cum praesertim hoc, quod est maxime necessarium, nec tam sit arduum, quam procul intuentibus fortasse videatur. Namque omne ius, quod est certum, aut scripto aut moribus constat, dubium aequitatis regula examinandum est. Quae scripta sunt aut posita in more civitatis, nullam habent difficultatem, cognitionis sunt enim, non inventionis: at quae consultorum responsis explicantur, aut in verborum interpretatione sunt posita aut in recti pravique discrimine. Vim cuiusque vocis intellegere aut commune prudentium est aut proprium oratoris, aequitas optimo cuique notissima.*

Il Gallo²⁵ sostiene che in 12.3.5–7, dove si ha riguardo al sistema romano, Quintiliano scrive che *omne ius, quod est certum aut scripto aut moribus constat*, alludendo globalmente con *scriptum* (analogamente a quanto farà Paolo nel passo pervenutoci in D. 1.3.36), sia alla *lex*, sia a fonti equiparate, sia allo *ius praetorium*.

Quintiliano, in correlazione con il fine pratico cui mirava sul punto il suo insegnamento, ha sottolineato, e senza dubbio accentuato, l'incertezza dei *responsa*, contrapponendola rigidamente

pretore. Fatta questa premessa, per una più completa disamina della tesi del Gallo si rinvia a ID., *Consuetudine e nuovi contatti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Torino, 2012, *passim*, nonché a ID., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, rist. Torino, 2011; ID., *La 'legum permutatio' giustiniana: una rivoluzione giuridica ignorata dalla nostra tradizione. Introduzione al tema*, in *Estudios Brito*, II, Alessandria, 2011, 527 ss.

²⁵ F. GALLO, *Interpretazione*, cit., 76. Anche il CASAVOLA, 'Ius', cit., 218 ss., ritiene, parafrasando Gaio, essere stato sussunto il diritto di matrice editale, il diritto dei pretori ed edili, nello *ius ex scripto*.

alla certezza che avrebbe caratterizzato la *lex* ed il diritto prodotto dai *morbis*; ne consegue che, secondo questa linea di pensiero, l'*interpretatio* dei *prudentes*, a nostro avviso, non aveva ancora ricevuto efficacia creativa; che piuttosto essa restava subordinata alla *lex* ed al diritto recepito dalla consuetudine. A ben guardare, però, in nessuno dei due passi selezionati ricorre mai il riferimento allo *ius honorarium* o *praetorium*, e solo con operazione logica interpretativa, giacché nel successivo paragrafo 11 vengono ascritti l'albo pretorio e le sue rubriche tra quelle norme *quae scripta sunt*, possiamo racchiudere quest'ultimo tra le leggi scritte.

Scritto nel II d.C., nell'età degli Antonini, ma concernente gli editti consolari e, dunque, comparabile ai testi già menzionati, è pure il passo delle Notti Attiche in cui Gellio, riferendo un'espressione stereotipa che distingue i *senatores quibusque in senatu sententiam dicere licet*, sostiene che²⁶: «l'editto consolare con cui erano convocati i senatori viene consapevolmente reiterato al fine di conservare la *consuetudo*».

Gell. 3.18.7: *Hoc significabat edictum, quo nunc quoque consules, cum senatores in curiam vocant, servandae consuetudinis causa tralatitio utuntur.*

Da questo escerto il Mantovani trae un argomento per sostenere la tesi che la consuetudine sarebbe stata costituita dallo *ius* dei pretori, in conseguenza del carattere tralatizio delle prescrizioni che la contenevano. Tuttavia, a questa osservazione ci pare replicabile che «*servandae consuetudinis causa tralatitio utuntur*» non significa che la consuetudine si forma per l'uso di ripetere le stesse disposizioni attraverso la pubblicazione degli editti nel tempo,

²⁶ D. MANTOVANI, *L'esordio*, cit., 93 ss. L'autorevole studioso riporta il passo ritenendolo confermativo della tesi per la quale sarebbe stata la reiterazione degli *edicta* a dare luogo al formarsi della consuetudine. Cfr. F. CANCELLI, *La codificazione dell'edictum praetoris*. *Dogma romanistico*, Milano, 2010, 168.

quanto che l'editto divenuto tralatizio assume "la causa" di conservare la consuetudine, come del resto emerge dalla stessa traduzione proposta dallo studioso pavese.

Ci si rende conto di attraversare un crinale molto stretto, ma a noi sembra che se la causa, la funzione dell'editto è di confermare la consuetudine, allora implicitamente si riconosce che essa, cioè la fonte di produzione nota come la consuetudine, è già viva ed operante, si tratta solo di attribuire ad essa un valore, che può essere di editto o di consuetudine – circostanza che, però, il testo non dice.

In conclusione, facciamo un passo indietro e proseguendo nel tentativo di filtrare, attraverso l'occhio dell'Arpinate, l'emersione di istituti già attivati nella prassi, segnaliamo un episodio, anche esso notissimo e sul quale sono stati versati i classici fiumi d'inchiostro, che attiene agli anni in cui il nostro era governatore della provincia della Cilicia. Tale episodio è volto ad evidenziare come i magistrati, ed in specie i magistrati provinciali, conoscessero gli editti reciproci, ma come ciascuno di essi ne modificasse autonomamente il contenuto, per cui non dalla reiterazione dell'editto e neppure dallo *ius edicendi* quella norma risultava essere stata prodotta, ma piuttosto dal sentimento di vincolatività che era proprio delle relative prescrizioni.

In una lettera inviata ad Attico nel febbraio del 50 a.C.²⁷, Cicerone aveva affermato di aver adottato nel proprio editto²⁸

²⁷ F. GORIA, *Brevi note*, cit., 115 ss: «Cicerone risponde qui ad una lettera di Attico del 29 dicembre del 51 a. C.; egli era giunto nella provincia che governava alla fine dello stesso anno».

²⁸ Cfr. per una condivisibile ricostruzione F. GORIA, *Brevi note*, cit., 115 ss. A proposito di questo editto, che apparve da assumere a modello a Cicerone, altre fonti sono state rinvenute in: Cic. *ad Att.* 5.17.5; *Verr.* II. 3.90.209; *pro Planc.* 13.33; fonti che, anche nel loro succedersi sembrano attestare un interesse del grande oratore verso uno *ius* non tradizionale, cioè estraneo allo *ius civile* arcaico.

un'eccezione (secondo altra dottrina una *praescriptio pro reo*) – intesa come escogitazione processuale – tratta – questo il dato importante – dall'editto di Quinto Mucio Scevola – allorché quest'ultimo era stato governatore della provincia d'Asia, dunque secondo quanto ritengono gli studi più accreditati²⁹ nel 98 o nel 94 a.C. – ma che, si differenziava da quella, pur afferente ad analoga questione, contenuta nell'editto di Bibulco per la Siria (tale *exceptio*, relativa all'editto provinciale per la Siria era proposta da M. Calpurnio Bibulco e risulta per noi ignota), che era pregiudizievole per l'ordine equestre.

Dal nostro punto di vista occorre rilevare che si è in presenza di una notizia che ci informa della conoscenza e diffusione dei mezzi della procedura formulare e dell'impiego delle escogitazioni pretorili *et pour cause*, cioè come fonte costitutiva dello *ius honorarium*, già a partire da Quinto Mucio, per arrivare a Cicerone.

G. PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Synteleia Arangio Ruiz* II, Napoli 1964, *passim* [= *Scritti giuridici scelti* III, Napoli 1985, 105 ss.]; L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Labeo* XXXVII, 1991, 40 ss.; F. BONA, *Cicerone ed i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, a cura di G.G. Archi, Firenze, 1983, 252; D. MANTOVANI, *L'editto*, cit., 174; R. CARDILLI, *La 'buona fede'*, cit., 135 e nt. 34; B. ALBANESE, *La 'vetus atque usitata exceptio'*, cit., 24 ss.; M. MIGLIETTA, *'Serrus dolus occisus'. Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquilinae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicaris?'*, Napoli, 2001, 175 ss.; R. FIORI, *Eccezione*, cit., 51 ss.; A. CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura per legis actiones*, in *ibidem* 44 e nt. 61. Più in generale sull'epistolario ciceroniano: D. R. SHACKLETON BAILEY, *Cicero's letters to Atticus* III, Cambridge, 1968, 78; C. DI SPIGNO, *Epistole ad Attico di M. Tullio Cicerone* I, Torino, 1998, 529.

²⁹ E. BADIAN, *Q. Mucius Scaevola and the province of Asia*, in *Athenaeum* 34, 1956, 104 ss. *Contra* B. A. MARSHALL, *The Date of Q. Mucius Scaevola's Governorship of Asia*, in *Athenaeum* 54, 1976, 117 ss., che propende per la datazione del 98 a. C.

Il caso trattato è offerto da una riflessione di Attico, circa l'editto di Bibulco, in particolare rispetto ad un'*exceptio* in esso contenuta³⁰.

Cicerone dichiara di non esserne a conoscenza, ma che, invece, sulla scorta di un precedente editto di Quinto Mucio, aveva adottato, a sua volta, un editto con la formula *EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA*. Questa notizia, molto dibattuta, come detto, tra i romanisti, ci testimonia di *exceptiones*, che sarebbero state coniate dal Bibulco in Siria e dallo stesso Cicerone in Cilicia relative l'una al dolo ed alla frode e l'altra all'assenza di buona fede della controparte attrice, entrambe poste in correlazione con la circostanza della conclusione del negozio che sta a fondamento della pretesa fatta valere in giudizio.

Senza entrare nelle complesse dispute che hanno accompagnato la disamina del contenuto dei passi in esame³¹,

³⁰ Cic. *ad Att.* 6.1.15: «*De Bibuli edicto nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum*». *Ego tamen habeo ἰσοδυναμῶσαν, sed tectiorem, ex Q. Mucii P.f. edicto Asiatico, EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA, multaque sum sectus Scaevolae, in iis illud, in quo sibi libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus. Breve autem edictum est propter hanc meam δια...ρεσιν, quod duobus generibus edicendum putavi. Quorum unum est provinciale, in quo inest de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis, alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatem possessionibus, de bonis possidetis vendendis, magistris faciendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent. Tertium de reliquo iure dicendo ἄγγραφον reliqui: dixi me de eo genere mea decreta ad edita urbana accomodaturum. Itaque curo et satis facio adhuc omnibus.*

³¹ In altro lavoro avevamo preso le distanze dalle osservazioni del R. FIORI, *Ea res agatur*. *I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 28 ss., che tuttavia aveva, *medio tempore*, dato ulteriore sviluppo alle sue argomentazioni in ID., *Eccezione*, cit. 51 ss. Le argomentazioni dello studioso hanno ricevuto puntuale replica dal GORIA, *Brevi note*, cit., 115 ss., a parere del quale: «Senza entrare nel complesso e delicato argomento della storia delle formule con

seguitando nel tentativo di interconnessione, per così dire, tra i mezzi produttivi del diritto onorario e quelli della socialità del diritto, ci preme sottolineare che il testo, sicuramente espressione

demonstratio, la conclusione del Fiori mi pare difficilmente sostenibile anche per un altro motivo: se fosse vera la sua ipotesi, tutte le formule con *demonstratio* avrebbero potuto contenere una *praescriptio pro reo* al fine di permetterne l'assoluzione; quanto meno all'epoca di Cicerone (ma probabilmente già a quella di Quinto Mucio) essa avrebbe dovuto essere ormai assolutamente standardizzata e quindi non prestarsi alle variabili che distinguevano l'editto di Bibulco da quello di Cicerone ed alle relative preoccupazioni di Attico (che evidentemente non conosceva quale formulazione avesse adottato il suo amico e che quindi non presupponeva l'esistenza di un formulario arbitrare)».

L'appiglio testuale offerto dal Fiori è, però, soltanto Cic. *ad Att.* 6.1.15.

In realtà, come si è visto, il testo non contiene nessuna *demonstratio* e l'eccezione o *praescriptio* (più probabilmente, dato l'impiego del congiuntivo presente), per quanto ricorrente anche nell'editto di Quinto Mucio, non può essere intesa come una prassi costante capace di traghettare verso la consolidazione della procedura formulare (occorrerebbe spiegare per quale motivo poi questa complessa formula sia stata interamente abbandonata nei successivi sviluppi, cosa che lo stesso autore riconosce implicitamente per la povertà degli esempi forniti).

In verità, ci pare che l'analisi dello studioso romano sia priva di una corretta considerazione degli *arbitria bonae fidei* ed, in particolare, che trascuri un passo pur notissimo, che rappresenta un prezioso aggancio tra la procedura per azioni di legge e quella formulare: Cic. *de off.* 3.17.70: «*Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMQUE TUAM CAPTUS FRAUDATUSQUE SIM! Quam illa anrea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed qui sin boni, et quid sit bene agi, magna questio est. Q. quidam Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuiusque praestare oportet.*

Senza entrare nella disputa se quella descritta da Cicerone sia già una eccezione o meno, è certo probabile, che tanto Cicerone, quanto, e prima di lui, Quinto Mucio si riferissero ad *arbitria bonae fidei*.

di un Cicerone ormai maturo ed avviato al *cursus honorum*, menziona espressamente il legame tra gli editti provinciali della Siria e della Cilicia; infatti, l'Arpinate afferma di “avere” – nel testo ricorre il verbo *habeo*, che può alludere probabilmente ad una recezione nel proprio editto di un precetto già vincolante e che egli definisce come “più sicura ed egualmente efficace” – introdotto una *exceptio* proposta già da Q. Mucio Scevola .

Ciò che di sicuro rileva è la tecnica di redazione dell'editto dei governatori provinciali, che denota reciproche interferenze. Quanto, poi, codeste interferenze fossero rilevanti nell'Urbe, quanto abbiamo inciso su quelli che saranno i consolidati istituti dell'*exceptio* e della *praescriptio*, naturalmente può ritenersi opinabile. Non solo. Attico e Cicerone appaiono concordi, nella redazione dell'editto l'uno, nel commento del suo tenore letterale l'altro, nella comune esigenza di non pregiudicare l'ordine equestre e forse questa concordanza può a buon diritto, essere ascritta come una attestazione dei fattori soggettivi (*l'opinio iuris ac necessitatis*) sottostanti l'editto del pretore o del governatore delle provincie.

Ci sembra, in conclusione di poter raccogliere e riportare una serie di passi, da cui trarre esempio dell'impiego da parte dell'Arpinate degli istituti pretori; tra essi e solo a titolo esemplificativo, nel rispetto di quanto enunciato in premessa, Cic.

pro Rosc. com. 24³²; Cic. *off.* 3.70³³; Cic. *Verr.* 3.152; Cic. *Q. fr.* 1.7.21 (sulla *formula Octaviana*); – in specie aderendo a quella dottrina per cui la paternità di questa importante innovazione pretoria sarebbe da collocare nel 79 a. C.³⁴ –; Cic. *Q. fr.* 1.71.21 (sulla *formula Aquiliana*); Cic. *Tull.* 8 s. (sull'*interdictum de damno vi nominibus armatis coatisve*); ancora, Cic. *Tull.* 7 e Cic. *Tull.* 42 (sull'*interdictum de vi armata*), a proposito del quale Cicerone ritiene che all'*eodem temporum iniquitas nimiaque hominum (licentia)* vada attribuito l'introduzione dell'interdetto in esame.

³² Cic. *pro Rosc. com.* 24: *Hoc tu umquam, Fanni, faceres? et si hos quaestus recipere posses, non eodem tempore et gestum et animam ageres? Dic nunc te ab Roscio HS icc circumscriptum esse, qui tantas et tam infinitas pecunias non propter inertiam laboris sed propter magnificentiam liberalitatis repudiarit! Quid ego nunc illa dicam quae vobis in mentem venire certo scio? Fraudabat te in societate Roscius! Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae aut <in> ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.*

³³ Cic. *de off.* 3.70: *Q. quidem Scaevola pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitris, in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat manare latissime.*

³⁴ R.A. BAUMAN, *The rape of Lucrezia, "quod metus causa" and the criminal Law*, in *Latomus*, LII, 1993, 554. A questo autore aderisce anche D. MANTOVANI, *Gli esordi*, cit., 79 ss. Tuttavia, occorre specificare che il testo è ampiamente discusso non solo per la sua collocazione cronologica, ma anche in relazione alla precisa identificazione del suo autore – si discute dell'identificazione di Ottavio con il Cn. pr. ?79 a. C. Tra gli autori che *ex professio* se ne sono occupati A. LINOIT, *Violence in Republican Rome*, Oxford, 1968, 129 s.; A. METRO, *La lex Cornelia de iurisdictione alla luce di Dio. Cass. 36.40. 1–2*, in *Iura*, XX, 1969, 519 ss.; FRIER, *The rise of the Roman jurists. Studies in Cicero's pro Caecina*, Princeton, 1985, 51; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 1989, 47 ss.

3.3. In considerazione di quanto predetto, cioè quanto all'interrogativo avanzato dal Guarino, per il quale letterati e filosofi, nelle loro opere, alludono in modo atecnico al diritto posto in essere dai magistrati stessi nell'esercizio della loro funzione giurisdizionale, le fonti³⁵ individuate dall'insigne studioso, come detto, erano: Cic. *pro Cec.* 12.35; Cic. *de lege agr.* 3.3.11; Cic. *Verr.* 2.1.114; Cic. *top.* 5.28.

In particolare, nel passo selezionato dell'orazione contro Verre occorre osservare che, certamente, la prassi di mutare, anche truffaldinamente le "regole" della *iurisdictio*, non doveva essere così agevole perché, a tacer d'altro, doveva esserci un penetrante controllo politico e popolare³⁶, anche se certamente l'oratore, qui come altrove³⁷, intende stigmatizzare un sistema che si prestava ad

³⁵ Cic. *pro Cec.* 12.35: *Quid ad causam possessionis, quid ad restituendum eum quem oportet restitui, quid denique ad ius civile, aut ad praetoris notionem atque animadversionem?*; Cic. *de lege agr.* 3.3.11: «*Etiamne si vi deicit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? ergo hac lege ius civile causae possessionum praetorum interdicta tollentur*»; Cic. *in Verr.* 2.1.114: *posteaquam ius praetorium constitutum est, sempre hoc iure usi sumus*; Cic. *top.* 5.28: *ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus indicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat.*

In realtà, non possiamo fare a meno di rilevare una certa imprecisione del Maestro quando questi distingue: «un diritto formulato in proprio ed *erga omnes* dai magistrati giudicenti» da un diritto «posto in azione dai magistrati stessi nell'esercizio della funzione giurisdizionale, cioè all'*ius civile Romanorum*». Imprecisione derivante dal fatto che lo *ius honorarium* era un diritto vigente solo *inter partes*, solo tra le parti processuali, cosa che si esprime nella dottrina tradita dicendo che il *ius honorarium* disapplica il diritto civile. Tuttavia, il Guarino coglie nel segno ponendo il problema della corretta decodificazione del sintagma *ius civile* nelle opere di Cicerone, prima e dopo la *lex Cornelia*.

³⁶ Insiste su questo «ancorché indiretto della comunità» M. TALAMANCA, *L'oratore*, cit., 45 ss.

³⁷ A puro titolo di esempio: Cic. *Verr.* II. 1.42.109; Cic. *de leg.* 3.1.2; Cic. *ad fam.* 13.59. In letteratura, F. P. CASAVOLA, *La legislazione comiziale e l'editto*, in *Storia*

una legislazione episodica, contraddittoria, personale, senza quadri di riferimento precisi, che meglio si attaglia ad una produzione connessa al mero *ius edicendi* del magistrato.

In senso opposto, ci sembra concludente il richiamo ad un passo della seconda orazione contro Verre di Cicerone, in cui l'Arpinate ricorda ciò che successe allorché il *pretor urbanus*, nella *libido in iure dicendo* finiva per amministrare la giustizia non rispettando neppure il proprio editto.

Cic. *Verr.* 2.1.20: *Nam, quaeso, redite in memoriam, iudices, quae libido istius in iure dicendo fuerit, quae varietas decretorum, quae nundinatio, quam inanes domus eorum omnium qui de iure civili consuli solent, quam plena ac referta Chelidonis....*

Il passo viene in considerazione non solo per la critica all'amministrazione della giustizia offerta da Cicerone, ma anche per l'uso di *ius civile* come inclusivo dello *ius honorarium* che, come in seguito sarà per i *Topica*, abbiamo segnalato. Infatti, Cicerone richiama gli abusi sfrenati di Verre nell'amministrazione della giustizia, la diversità delle sue decisioni, il traffico che ne faceva.

di Roma a cura di A. Schiavone II.1 *La Repubblica imperiale*, Torino, 1990, 515; L. AMIRANTE, *Studi di storia costituzionale romana*², Napoli, 1991, 119 ss.

Tuttavia, come è noto, in altrettanti luoghi della sua opera Cicerone utilizza la locuzione *ius honorarium*, ed anche in questa circostanza non è tracciabile un percorso cronologico certo. Cfr. Cic. *de off.* 1.10.32; *Verr.* II 1.44.114 e II 2.12.31; *Phil.* 2.2.3.

In proposito, sono ancora attuali le riflessioni del Magdelain: «pour Cicéron, il était une évidence, il ne l'est devenu pour les prudentes qu'au deuxième siècle de notre ère. La science du droit et la rhétorique sont des genres différents qui n'obéissent pas la même logique». A. MAGDELAIN, *Le 'ius' arcaïque* (1986) [= *Jus imperium auctoritas*. *Études de droit romain*, Roma, 1990, 77 ss.].

Ius pretorium ricorre anche in Varr. *L.L.* 6.71. Tale richiamo è ritenuto afferente ad un *ius honorarium* di tipo 'procedurale'.

La costruzione ci appare coerente con la descrizione³⁸ del diritto onorario per la quale esso, a differenza del *ius civile*, non ha un'efficacia diretta ed automatica, non crea diritti soggettivi o rapporti giuridici, ma solo mezzi temporanei di difesa giudiziaria di fatti cui attribuisce rilevanza giuridica. Fra il pretore come organo produttivo di norme ed i cittadini, non si stabilisce un rapporto formale di tipo statale, per cui le norme hanno portata generale ed astratta; il suo operare è piuttosto quello dell'agire autorevole, dell'esperienza quotidiana, che trasforma il testo in vincolante.

Occorre, però, precisare. Infatti, ci pare di poter dire che le parole del Guarino trovino un precedente nelle pagine del di lui Maestro, il Lauria³⁹, il quale, ad esempio già aveva selezionato Cic. *pro Caec.* 12.34, a proposito del quale scriveva: «comprende l'*ius pretorium* nell'*ius civile* nell'endiadi Cic. *pro Caec.* 12.34 ...».

Gli studi di questo autorevole esponente della romanistica napoletana, erano stati condotti sulla selezione di molti dei lacerti da noi, poi, ripresi; riteniamo utile, pertanto, parafrasare le parole con le quali questo studioso sintetizzava gli esiti delle sue ricerche, anche attinenti al passo del *De inventione*, per cui Cicerone avrebbe ricompreso tutti gli *iura* nell'*ius civile* sempre ogni qual volta ne avesse l'occasione, egli afferma, ripete e ribadisce che lo *ius civile* è unico, che gli *iura* sono tutti uguali fra loro. Enuncia questi principi come ovvi, li assume, li postula come premesse di ragionamenti ulteriori che in seguito sviluppa, ma non avverte mai la necessità di dimostrali, né negli scritti politico-giuridici, né nelle *orationes* difensive. La giustificazione è superflua per lui e per chi lo ascolti o legga i suoi scritti.

³⁸ In questo senso richiamiamo gli esiti delle ricerche di F. WIEACKER, *Vom Römischen Recht*, Leipzig, 1944, 84, 87; E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi Chiovena*, Padova, 1927, 102 s.; M. BRETONI, *Storia*, cit., 152; F. GALLO, *Interpretazione*, cit., 76.

³⁹ M. LAURIA, *Ius*, cit., 73.

Cicerone ragiona secondo il convincimento generale, indiscusso, per cui esiste un unico criterio giuridico-politico dell'epoca sua, che ignora ogni graduatoria o scala di valore tra le norme.

Si ripete che per l'Arpinate tutti gli *iura* sono uguali, tutti quelli romani sono *ius civile*, tutti quindi di pari efficacia giuridica, tutti realizzano del pari l'*equitas*; prevalgono soltanto quelli relativi a soggetti che sovrastano altri: ad esempio gli Dei, il *populus romanus*, rispetto ai *cives*, i *cives* rispetto agli stranieri. Le citazioni riferite sono le più significative tra le moltissime affermazioni concordi; la teoria enunciata è pacifica nelle ripetizioni continue, diremmo monotone, sebbene l'esistenza di una dottrina non sia in funzione del numero dei luoghi in cui sia ricordata o ritorni».

4. In sostanza, riprendendo l'affermazione enunciata in partenza del nostro scritto e cercando di verificarne alla luce dei dati raccolti il tenore assertivo, a sentire Cicerone, il pretore nell'elaborare lo *ius honorarium*, non si poneva in contrasto con la mentalità ed i principi giuridici consueti tanto alla mentalità dei giureconsulti – anche se abbiamo riconosciuto una qualche diffidenza dell'Arpinate verso gli stessi –, quanto a quella dei comuni utenti del diritto.

Il successo della sua attività edicente dipendeva, abbiamo detto⁴⁰, in gran parte, dalla conformità dei suoi interventi al sentimento della collettività.

⁴⁰ Si tratta di una parafrasi di quanto detto dal Mantovani, nel suo più volte citato D. MANTOVANI, *Gli esordi*, cit., *passim*. Tuttavia, abbiamo anche visto come l'autore giunga ad altre conclusioni finendo per sostenere la portata innovativa dei testi edittali, la cui consolidazione sarebbe stata rimessa alla prassi della ripetizione del precedente, attraverso il succedersi dei testi edittali.

In questa ricerca di conformità il pretore, un rappresentante dell'aristocrazia romana – pertanto è stato convincentemente detto che esso presuppone un'amministrazione pubblica intesa come un'amministrazione di notabili – da una parte innovava recependo le istanze che provenivano dal basso⁴¹, cioè dal ceto di mercanti appaltatori, finanziari immigrati, ma solo allorché le relative prassi fossero state – potremmo citare la celebre *lex mercatoria* ovvero parlare di *soft law* – ormai rese certe dalla *vetustas* e dalla *opinio*, dall'altra adattava il diritto civile vigente, ampliandone le maglie, ma lasciandone inalterata la struttura formale⁴².

⁴¹ G. PUGLIESE, *I pretori fra trasformazione e conservazione*, in *Roma tra oligarchia e democrazia. Classi sociali e formazione del diritto in epoca medio-repubblicana*, Napoli, 1989, 189 ss.; F.P. CASAVOLA, *La legislazione*, cit., 515 ss.

⁴² V. GIUFFRÉ, *Il diritto di privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, Napoli, 2010, 39, 351. Questo studioso stigmatizza la diffidenza che alcuni giuristi avrebbero manifestato verso quella «pratica del diritto, che appariva troppo stravolgente, personale, contraddittoria, episodica, magari coraggiosa, epperò senza precisi quadri di riferimento». GIUFFRÉ, *o.n.c.* 36.

In particolare, il Giuffré ritiene che in ossequio all'autorità del giurista Quinto Mucio si fosse mostrata una tendenza a riconoscere come *ius* il solo *ius civile*, giacché nei *libri iuris civilis* scritti da questi sarebbero rimasti assenti i negozi ed i rapporti emergenti dagli sviluppi contemporanei delle strutture sociali ed economiche. GIUFFRÉ, *La traccia*, cit. 32 s. *Contra*, con un puntuale florilegio delle fonti, un dibattito risalente è stato riaperto da D. MANTOVANI, *Gli esordi*, cit., 109 nt. 17, cui sembra aderire C. CASCIONE, 'Consensus'. *Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 324 nt. 55. Per un'impostazione tradizionale, che lega Quinto Mucio Scevola al diritto civile: O. BEHERENDS, *Les 'veteres' et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République*, in *RH*, LV, 1977, 19.

Tuttavia, se ben intendiamo la tesi proposta dal Giuffré, essa si riferisce all'incidenza che ebbero presso la società romana i *libri iuris civilis* di Quinto Mucio, giacché non deve eludersi che il grande giurista, a meno di immaginarlo avulso dalla realtà del suo tempo, fosse a conoscenza ed esercitasse attività rispondente rispetto ai nuovi negozi che la prassi veniva ponendo in essere. Chiaro è, poi, che l'incidenza di una trattazione per quanto molto autorevole

In conclusione, ci pare che sul punto non debba operarsi una indebita confusione: il testo di Cic. *de inv.* 2.65, nocciolo duro della nostra ipotesi di lavoro, non descrive il trasformarsi dello *ius honorarium* in consuetudine, quanto che in tanto l'attività edicente aveva operatività presso la società romana, in quanto fosse sentita dai cittadini come vincolante, attraverso l'*opinio iuris sive necessitatis*.

D'altra parte, ci sembra, sempre avvalendoci delle testimonianze di Cicerone, che lo *ius honorarium* era già operante ed anzi vincolante per quei cittadini (usiamo la parola come comprensiva anche dei *peregrini*) che chiedevano giustizia nelle aule dei tribunali invocando gli strumenti processuali propri dello *ius honorarium*. Pertanto, per quanto riguarda le riflessioni che emergono dall'opera di Cicerone, egli appare più disposto a racchiudere il nuovo diritto nello *ius non scripto*, nel diritto naturale, secondo un'accezione che ripartisce il *ius gentium* ed il *ius honorarium* e che solo dopo la *lex Cornelia de edictis* trasmigra nello *ius scriptum*, come espressione della convinta recezione nell'esperienza romana, di cui è prova l'etichettatura di *ius civile* che ricorre in alcune opere letterarie (es.: i *Topica*), ma anche giuridiche (si guardi alle Istituzioni di Gaio).

Tutto ciò inaugurando – probabilmente – un filone di pensiero, non interamente atecnico per il quale il diritto onorario, non era un “altro diritto”, ma una parte dello *ius civile*, ad esso perfettamente saldato⁴³.

non può spiegarsi per un arco temporale troppo lungo, specie se si considera che di lì a poco Servio e la sua scuola avrebbero intrapreso un'attività teorico pratica fortemente aperta ad istanze, per così dire, progressiste. In questo senso: M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*» *Studi intorno a metodo ed interpretazione nella scuola giuridica serviana – Prolegomeni I* –, Trento, 2010, 159 s.

⁴³ È noto che Gaio, giurista del II secolo d.C., affermerà che il diritto del popolo Romano consiste nelle leggi, nei plebisciti, nei senatoconsulti, nelle costituzioni imperiali, negli editti di coloro che hanno lo *ius edicendi*, e, infine,

Dunque, emergono due livelli di rappresentazione: a) quello pratico offerto dalla natura di diritto essenzialmente processuale propria dello *ius* onorario, espresso dall'impiego a livello di prassi dei suoi istituti e dalle domande di giustizia proprie dei cittadini romani – testimoniate dalle orazioni dell'Arpinate –; b) quello teorico offerto dall'elaborazione, non del tutto originale, di Cicerone di questi istituti come di *ius* non scritto.

5. In ultimo, ci preme sottolineare che la stessa immagine, nota a tutti gli addetti ai lavori, di Elio Marciano⁴⁴ secondo cui lo *ius* pretorio è la viva voce dello *ius civile*, era stata intuita da Cicerone che in *De leg.* 3.1.2; 3.3.8, descrive il pretore come *iuris civilis custos* ed il magistrato come *lex loquens*: «Interprete della legge, che giudichi e dia mandato di giudicare le cause private, sia il pretore. Egli sia depositario del diritto civile; a questo magistrato siano pari in potere quanti ne avrà decretato il senato ed ordinato il popolo. Vi siano due che esercitino il potere regio, e per procedere, giudicare, provvedere siano chiamati pretori, giudici, consoli; essi abbiano il supremo potere militare, a nessuno siano soggetti; sia loro suprema legge la salute del popolo⁴⁵».

nei pareri degli esperti. Si è notato che il substrato consuetudinario del diritto romano era stato, alla sua epoca assorbito dalle leggi e dall'*interpretatio prudentium*. In proposito, ci sentiamo di avanzare una proposta ulteriore: che fosse stato assorbito – il sostrato consuetudinario, i *mores* – negli *edicta*, di pretori, edili curuli, governatori provinciali, naturalmente costituendo un 'corpo normativo' distinto dalle leggi e dall'*interpretatio*, pur sempre costitutivi di *ius civile*.

⁴⁴ D. 1.1.8 (Mar.1 *inst.*): «*Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*».

⁴⁵ *De leg.* 3.3.8: *Iuris disceptator, qui privata indicet indicarive iubeat, praetor esto. Is iuris civilis custos esto. Huic potestate pari quotcumque senatus creverit populusve iusserit, tot sunt.* 'Regio imperio duo sunt, iique <a> praeuendo iudicando consulendo praetores iudices consules appellamino. Militiae summum ius habento, nemini parento. Ollis salus populi suprema lex esto.'

È stato scritto che l'agire del magistrato–pretore è insieme programmatico–finalistico e programmatico–condizionale, in un senso molto particolare: egli si comporta da legislatore quando individua come possibili i suoi obiettivi ed opera delle scelte, ma come custode della funzione giudiziaria egli è tenuto, appunto in quanto custode, a rispettarne i vincoli che si è dato⁴⁶.

Cicerone, dunque, doveva aver ben chiaro, già nel 51 a.C. all'epoca della redazione del *De legibus*, il ruolo, per così dire, dello *ius honorarium* e per quanto egli, anche in considerazione delle scelte politiche filo repubblicane, manifestasse un atteggiamento di convinto rispetto dell'antico diritto civile, aveva già mostrato, nel *de officiis* per esempio, sia di aderire all'impostazione ormai largamente penetrata negli strati sociali, secondo cui il formalismo del diritto antico risultava imbrigliare una realtà economica ormai aperta a mercati transfrontalieri, sia alla necessità di catalogare a fini, diremmo noi moderni, di fonti di cognizione, in modo scientifico, il *ius civile*⁴⁷.

Dicevamo, nonostante tutta questa deferenza, l'Arpinate aveva recepito le istanze di cambiamento che si muovevano dalla società ed anzi una testimonianza in questo senso è ritraibile da

⁴⁶ M. BRETONE, *Storia*, cit., 151. Lo stesso autorevole studioso pugliese richiama N. LUHMAN, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983, 227 ss.[= *Sociologia del diritto*, a cura di A. Febbrajo, Roma-Bari, 1977, traduzione parziale] che riporta la distinzione tra «Zweckprogramme» e «Konditionalprogramme».

⁴⁷ Non entriamo qui nella discussione del fatto che – nella trattazione della *scientia iuris* svolta nel libro I del *De oratore* – Cicerone si interessi soltanto del *ius civile*, come fonte di regolamentazione di rapporti tra i privati; manca nella trattazione ogni riferimento, ogni considerazione del *ius honorarium*, a meno di qualche brevissimo accenno ad istituti del *ius honorarium*, mai però consapevolmente qualificati come appartenenti a questo settore ordinamentale, secondo una tecnica di identificazione in via di prassi, già da noi stigmatizzata e di cui un ulteriore esempio è offerto dalla *exceptio* – o forse una *praescriptio pro actore* – formulata in *de orat.* 1.168. *Amplius* M. TALAMANCA, *L'oratore*, cit., 45 ss.

Cic. *de inv.* 2.67, in cui, a sentire Cicerone, il pretore nell'elaborare lo *ius honorarium*, non si poneva in contrasto con la mentalità ed i principi giuridici di cui la prassi era attuativa.

Anzi, abbiamo detto, che il successo della sua attività normativa dipese, in gran parte, dalla conformità dei suoi interventi al sentimento della collettività⁴⁸.

ABSTRACT

Scopo dell'indagine è quello di analizzare il ruolo della consuetudine ai fini della formazione dello *ius honorarium* nell'età ciceroniana.

In particolare, dall'analisi proposta di Cic. *de inv.* 2.67, emergerebbe una formazione nella prassi delle soluzioni escogitate dai pretori, attribuendosi così un notevole rilievo alla consuetudine che avrebbe operato prima della recezione di tali soluzioni nell'editto. Dalla lettura di Cic. *Top.* 5.28, invece, risulterebbe una visione più matura dell'Arpinate a proposito degli *edicta magistratuum* considerati come costitutivi dello *ius civile*.

D'altra parte, è sembrato, sempre avvalendoci delle testimonianze di Cicerone, che lo *ius honorarium* era già operante

⁴⁸ È la disputa, su cui ci siamo intrattenuti, se Cicerone affermava che gli istituti riconosciuti nell'albo pretorio sarebbero stati già riconosciuti a livello consuetudinario, oppure si sarebbe avuta una consuetudine sulla base della ripetuta pubblicazione degli editti.

ed anzi vincolante per quei cittadini, che chiedevano giustizia nelle aule dei tribunali invocando gli strumenti processuali propri dello *ius honorarium*. Pertanto, per quanto riguarda le riflessioni che emergono dall'opera di Cicerone, egli appare più disposto a racchiudere il nuovo diritto nello *ius non scripto*, secondo un'accezione che ripartisce il *ius gentium* ed il *ius honorarium* e che solo dopo la *lex Cornelia de edictis* trasmigra nello *ius scriptum*.

Tutto ciò inaugurando – probabilmente – un filone di pensiero, non interamente atecnico per il quale il diritto onorario, non era un “altro diritto”, ma una parte dello *ius civile*, ad esso perfettamente saldato.

The aim of the survey is to analyze the role of the customary purpose of the *ius honorarium* training in the age of Cicero.

In particular, the analysis proposed Cic. *de inv.* 2.67, it follows an education in the practice of the solutions devised by magistrates, thus attributing a great importance to the custom that would operate before the reception of such solutions in the edict. reading Cic. *top.* 5.28, it appears a more mature vision of de Arpinate about the *edicta magistratuum* considered as constituting *ius civile*.

On the other hand, always taking advantage of the testimonies of Cicero it seemed that the *ius honorarium* was already operating and indeed binding for those citizens seeking justice in the courts asking for the procedural instruments peculiar of *ius honorarium*. Therefore, considering the reflections that emerge from the work of Cicero, he appears more willing to enclose the new law in the *ius non scripto*, according to a meaning that shares the *ius gentium* and the *ius honorarium* and that only after the *lex Cornelia de edictis* transmigrates in *ius scriptum*.

Probably all this begins inaugurating – probably – a line of thought, not entirely distant from techniques for which the honorary

rights, was not an "other right", but part of the *ius civile*, and both perfectly welded.

AVV. GIANLUCA ZARRO
DOTTORE DI RICERCA
DIRITTO ROMANO E TRADIZIONE ROMANISTICA
UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II
gianluca.zarro@gmail.com

