



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE

PEER REVIEWED JOURNAL

ISSN: 2036-2528

OSVALDO SACCHI

***Il liber singularis de heurematicis di
Modestino e la giurisprudenza 'eurematica':
una rilettura retrospettiva dell'interpretatio iuris
tra storia e ideologie (antiche e moderne)
(prima parte)***

Numero XVII – Anno 2024

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), P. Buongiorno (Univ. Macerata), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), R. Laurendi (Univ. Genova), 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. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), A. Guasco (Univ. Telematica Giustino Fortunato), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), P. Pasquino (Univ. Cassino), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungoglio (Univ. Torino)

Redazione

Coordinatore: C. De Cristofaro (Univ. Salerno) – **Membri:** M. Amabile (Univ. Salerno), G. Balestra (Univ. Salento), M. Beghini (Univ. Roma Tre), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano), C. Iovacchini (Univ. Roma 'La Sapienza'), M. Melone (Univ. Roma 'La Sapienza'), A. Natale (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, M.S. Papillo

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

Teoria e Storia del Diritto Privato

ISSN: 2036-2528

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider: Aruba S.p.A., Via San Clemente n. 53, Ponte San Pietro (BG), P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

**Il *liber singularis de heurematicis* di Modestino
e la giurisprudenza ‘eurematica’: una rilettura
retrospettiva dell’*interpretatio iuris* tra storia
e ideologie (antiche e moderne)
(prima parte)**

«Perfino il nostro diritto, si dice,
ha finzioni legittime sulle quali
fonda la verità della sua giustizia».
*M. de Montaigne***.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il presunto ‘enigma’ del titolo dell’opera di Modestino – 3. La giurisprudenza eurematica: concetto e definizione – 4. *Colores* – 5. *Fictiones* – 6. *Formulae*.

1. *Premessa*

De iurisprudencia heurematica è un titolo scelto da Heineccius (1681-1741) per la prefazione alle *Praelectiones Viadrinae de cautelis contractuum necessariis* di Samuel Stryk (1640-1710) edito nel 1684¹.

** M. DE MONTAIGNE, *Apologia di Raymond Sebond*, in *Saggi*, I, Milano, 1970, 708.

¹ J.GO. HEINECCIUS, ‘*Praefationem de iurisprudencia heurematica*’ (pp. I-XXII) che cito dalla seguente edizione di S. STRYKIUS, ‘*Praelectiones Viadrinae de Cautelis Contractuum Necessariis*’, Berolini, 1753, XXVI-584. Samuel Stryk è anche l’autore dell’*Usus Modernus Pandectarum* (1690-1712) e fonte d’ispirazione della cd. ‘scuola culta’. Cfr. su questo F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I, trad. it.,

Si sono occupati dell’argomento fra gli altri Johann Schilter (1623-1705), autore di un commento ai frammenti del *liber de heurematicis* di Modestino; Johann N. Hertius, che scrisse una breve *dissertatio* sul tema più orientata sull’attualità, intitolata *De jurisprudentia cavente* (1651-1710); ma soprattutto Henrik Brenkman (1680-1736), giurista ‘elegante’, autore del *De eurematicis diatriba*². Un’opera dove l’*Usus modernus* tedesco e l’erudizione dei giuristi umanisti olandesi trovano una sintesi felice³.

I giureconsulti ‘eleganti’ sei-settecenteschi nell’espressione *iurisprudentia heurematica* riconobbero una *species* della letteratura giuridica dell’età classica (Schilter). Alcuni di questi (su tutti Brenkman ed Heineccius) allargando la prospettiva videro però in questa locuzione un modo per rappresentare l’essenza stessa dell’*interpretatio iuris*, ossia della giurisprudenza romana del suo periodo migliore, elevando così (diremmo oggi) l’attività cautelare a *genus scientiae* (l’*in iure cavere* ciceroniano)⁴.

Qualche tempo dopo, la riaffermazione (ideologica) del primato della legge come principio fondante di una ricostruzione del diritto di tradizione romanistica in chiave sistematica e attualizzante, avrebbe però spinto pandettisti e giuspositivisti

Milano, 1980, 330 e 334 che inoltre omologa nello stile l’Eineccio ai giuristi ‘eleganti’ olandesi (v. *infra*, nt. 49).

² J. SCHILTER, ‘*Herennius Modestinus sive fragmenta libri singularis quem*’ ΠΕΠΙ ΕΥΡΕΜΑΤΙΚΩΝ ‘*id est De cautelis*’, Argentorati, 1687, 1-139; J.N. HERTIUS, ‘*De jurisprudentia cavente*’, Giessen, 1706, 3-31; H. BRENKMAN, ‘*De eurematicis diatriba: sive, in Herennii Modestini librum singularem*’ ΠΕΠΙ ΕΥΡΕΜΑΤΙΚΩΝ ‘*commentarius*’, Lugduni Batavorum, 1711, 1-290. Per la definizione di giurista ‘elegante’ v. F. WIEACKER, *Storia*, cit., 246, 333, nt. 28 e 335.

³ Così F. WIEACKER, *Storia*, cit., 333 che trae da E. LANDSBERG, R. STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I-II-III.1, Leipzig, 1880-98, rist. anast., III.1, Aalen, 1957, 162 s.

⁴ Cic. *de orat.* 1.48.212; *de leg.* 1.5.17; *de off.* 2.19.65. Cfr. in generale F. CANCELLI, *L’assistenza nel processo o l’‘in iure cavere’ della giurisprudenza repubblicana*, Roma, 1974 e anche M.T. CICERONE, *Le leggi*, a cura di F. Cancelli, Roma, 2003, 207 ss.

otto/novecenteschi a reinterpretare tale funzione e con questa l’idea stessa di giurisprudenza ‘eurematica’, riconfigurandola nuovamente in modo residuale come attività cautelare, denominandola anche *iurisprudencia cautelaris*⁵.

⁵ Nel trattato di C.F. VON GLÜCK, *Commento alle Pandette*, I, trad. it., Milano, 1888, 222, ntt. 17 e 18, che cita Brenkmann, Hertius ed Heineccius, il § 42 è dedicato alla giurisprudenza cautelare e, nella parte sulle ‘cautele extragiudiziali’, si legge: «Tali regole prudenziali, che vanno osservate nel compiere o nello stringere un negozio giuridico, perché abbia una vantaggiosa efficacia e perché si evitino conseguenze dannose, si chiamano nel diritto romano *cautiones* od anco *heurematica* da ἐυρεῖν ‘*inventum* o ‘*inventio*’, essendo state inventate per mitigare il rigore del diritto civile, che dava occasione a non pochi cavilli ed iniquità e ricondurlo all’equità naturale; oggidì poi si chiamano cautele, e quella parte della giurisprudenza pratica, che insegna tali cautele e consiste nella capacità di intraprendere atti di diritto civile in modo cauto, sicuro e vantaggioso, si dice giurisprudenza cautelare: *iurisprudencia casus: heurematica* o *cautelaris*». La cd. ‘giurisprudenza cautelare’ o ‘eurematica’, nella ricostruzione del Glück rilevarebbe prima o dopo l’insorgenza di una lite. Nel primo caso, la sua funzione è di applicare la legge per evitare una lite futura; ed è configurata: a) ‘giudizialmente’, come quando si chiede conferma o un pubblico riconoscimento di un negozio giuridico, consegnando a un tribunale un testamento o chiedendo a un magistrato conferma di un contratto; b) ‘extragiudizialmente’, quando si istruisce un privato sulle modalità più opportune (sicure, prudenti o vantaggiose) per redigere un negozio giuridico. Il Glück chiama però *cautiones* o *euremata* solo i *consilia* dati in questa seconda circostanza. E fa una serie di esempi tra cui: la clausola codicillare nei testamenti; la cautela sociniana; la cauzione muciana; il patto commissorio alla vendita, nella permuta e negli altri contratti ad eccezione del pegno; l’*addictio in rem*; la vendita anticipata; il patto di riscatto; il riservato dominio o la riserva di ipoteca; il costituito possessorio e così via. Sennonché, come detto, lo stesso Glück (C.F. VON GLÜCK, *Commento*, cit., 224 e ntt. 25 e 26), aggiunge: «Vi sono anche cautele generali, che hanno luogo per tutti i negozi, o almeno per la maggioranza di essi. Le più usitate di queste cautele generali sono: a) la concessione di vari rimedii generali, come l’inganno, il timore o la coazione, l’errore, la prescrizione, ecc.; b) l’uso della clausola del giuramento, cioè il rinforzo dell’obbligazione mediante inserzione della formula: Così m’aiuti Dio e la sua santa parola; c) la clausola *sub hypotheca bonorum* od oppignoramento di tutte le mie sostanze ed averi; d) le

Ho voluto quindi rispolverare i testi di questi famosi giureconsulti per richiamare l’attenzione su un tema che forse finora non ha ricevuto tutta l’attenzione che avrebbe meritato.

A partire dal Ferrini che sull’autore dell’unica opera *de heurematicis* conservata nel Digesto esprime nel 1893 un giudizio poco lusinghiero: «Chiude affatto la serie de’ così detti giuristi classici Erennio Modestino, il discepolo di Ulpiano, pensatore e scrittore mediocre»⁶. Eppure il Ferrini aveva tradotto e annotato il primo volume (*De iustitia et iure*) del *Commento alle Pandette* di Glück, sotto la direzione di Serafini e Cogliolo, dove il giudizio su Modestino non è così severo: «Erennio Modestino scrisse un libro

proteste e le riserve. Qualunque sia ad ogni modo la natura di una cauzione, essa deve essere approvata dalle leggi. [...] tra i giureconsulti romani s’è specialmente distinto in questa parte della giurisprudenza Erennio Modestino [...]». Nella ricostruzione del Glück quindi l’attività ‘eurematica’ sembrerebbe rilevare come ‘giurisprudenza cautelare’ in modo duplice: 1) in senso storico, come esercizio del *cavere*, quindi come attività intesa al modo di Cicerone (su cui v. in fine a questa nota e *supra*, nt. 4); 2) in senso attualizzante, come branca del diritto vigente (detta, come Hertius, *jurisprudentia cavens*) avente natura di supporto all’attività negoziale. Leggendo il § 42, sui ‘modi di applicare le leggi ai casi concreti’, e in particolare sul modo ‘extragiudiziale’, si capisce quindi che il ridimensionamento del genere eurematico ad attività solo cautelare/negoziale è dovuto a una sistemazione di tipo ideologico, come ad esempio, per la teoria dei vizi della volontà (errore, violenza e dolo) che è una costruzione dogmatica. Dopo la descrizione delle varie fattispecie, il Glück chiude enunciando, dal suo punto di vista, il principio generale dell’intera materia: la subordinazione esclusiva dell’attività giurisprudenziale alla legge. Diversamente i giuristi romani per secoli esercitarono la loro scienza (*cognitio* e *interpretatio*) migliorando e allargando la portata dei precetti normativi in un processo di continuo aggiornamento, senza subire in modo tassativo questa subordinazione alla legge. Questa attività fu chiamata, come in Cic. *de off.* 2.19.65, *in iure cavere* (v. anche *supra*, nt. 4 e *infra*, nt. 39); e ancora, al modo del Gaio veronese (Gai 1.2-7), *iura condere* (v. anche *infra*, ntt. 12 e 31).

⁶ C. FERRINI, *Il Digesto*, Milano, 1893, 25.

intero *de heurematicis*, di cui si conservano nelle Pandette dieci importanti frammenti»⁷.

Sulla ragione di questa avversione tornerò ancora, ma anche lo Schulz (1879-1957) liquida il titolo del libro di questo giurista in poche battute: «[...] eccessiva importanza non dovrebbe essere data al titolo (scil. *de heurematicis*): gli antichi avevano una predilezione per i titoli ‘preziosi’, cui i giuristi non sfuggivano interamente»⁸. Tra i contemporanei Mario Bretone inquadra il *liber singularis de heurematicis*, come ‘prima opera databile in modo sicuro’ di tale giurista, tra il 204 e il 211 d.C.; e, come forma letteraria, nell’ambito delle *quaestiones* o *disputationes*⁹.

Gloria Viarengo ha cercato di approfondirne i contenuti: «Il *de heurematicis* (o *de eurematicis*) ha un titolo enigmatico ed unico nella letteratura giuridica giurisprudenziale, che non trova riscontro né nella lingua greca, né in quella latina, e che, secondo Schulz,

⁷ C.F. VON GLÜCK, *Commento*, cit., 224, nt. 21 citando il Brenkman e lo Schilter.

⁸ F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968 [= *History of Roman Legal Science*⁴, Oxford, 1967, XVI-358] 437-438 dove, a p. 437, nt. 7, l'accostamento tra Plin. *nat. hist.* 7.(57).191 ss. e la *Praefatio* (4-10) di Gellio appare forzato perché Plinio fa un lungo elenco di inventori e invenzioni in taglio antropologico; mentre solo Gellio parla di generi letterari e delle loro intitolazioni. Sulla letteratura ‘eurematica’ cfr. P. EICHOLTZ, ‘*De scriptoris*’ περὶ εὐρημάτων (*phil. Diss.*), Halle, 1867; A. KLEINGÜNTHER, Πρῶτος εὐρητής *Untersuchungen zur Geschichte einer Fragestellung*, in *Philologus* (Suppl.), 26.1, 1933; F. LEO, *Die griechisch-römische Biographie nach ihrer literarischen Form*, Leipzig, 1911, 46 ss.; J.Go. HEINECCIUS, ‘*De iurisprudentia heurematica*’, in ‘*Opuscula*’, III, Ginevra, 1738 [= *Sylloge*, III, Venetia, 1748, 187]; D. CAVALLARI, ‘*Institutiones iuris Romani. Praemittitur brevis historia, qua iuris Romani origines & fata enarrantur*’², I, Neapoli, 1778, §§ XIX-XX, 21-22 e ntt. *t, u, x, y*.

⁹ M. BRETONE, *Pensiero politico e diritto pubblico*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, 38; ID., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 2004, 34, nt. 5, dove l’a. ricorda la riconducibilità a tale giurista del brocardo *lex posterior derogat priori* in Mod. 2 *excus.* D. 1.4.4.61. Per la collocazione dell’opera, come forma letteraria, nell’ambito delle *quaestiones* o delle *disputationes* si v. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*³, Roma-Bari, 1989, 435.

richiamerebbe la letteratura *de heurematicis*, che trattava di scoperte giuridiche e di rimedi da prescrivere in casi problematici. Diversamente Liebs la classifica un’opera casistica, mettendo in evidenza come il contenuto sia rivolto a rispondere ai bisogni di successo finanziario e di conoscenza dei mezzi giuridici dei cittadini: servirebbero a questo scopo anche le istruzioni sulla redazione degli atti negoziali e i riferimenti a momenti processuali in essa presenti»¹⁰.

La studiosa inoltre spiega come Modestino abbia dedicato molto della sua opera all’insegnamento del diritto, dato che i libri di *Regulae*, *Differentiae* e *Pandectae* di questo autore, sembra che siano stati redatti proprio a questo scopo¹¹. Come Schulz, anche la

¹⁰ La Viarengo ricorda che di quest’opera di Modestino ci sono pervenuti solo 10 frammenti, precisando anche che quest’opera «non è mai stata studiata». Cfr. A. MAFFI, B.H. STOLTE, G. VIARENGO, ‘*Herennius Modestinus. Excusationum Libri*’ VI, Roma, 2021, 20 e nt. 140. Per il riferimento a Liebs rinvio a D. LIEBS, *Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinians*, München, 2010, 73 e *passim*; e all’ampio ragguaglio bibliografico indicato dalla Viarengo in A. MAFFI, B.H. STOLTE, G. VIARENGO, ‘*Herennius Modestinus*’, cit., 223.

¹¹ Cfr. ancora G. VIARENGO, ‘*Tura*’ e ‘*leges*’ in un giurista tardo classico, in *φύλια. Scritti per G. Franciosi*, IV, Napoli, 2007, 2775-2824; EAD., *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Torino, 2010, VIII-240; EAD., *Studi su Erennio Modestino: metodologie e opere per l’insegnamento del diritto*, Torino, 2012, VI-136. Nella prima monografia, dedicata ai profili biografici, viene commentato un solo frammento del *de heurematicis* sulla sostituzione pupillare bivalente: Mod. *l. sing. de heur.* D. 28.6.4 pr.-2. Su cui G. VIARENGO, *Studi*, cit., 130-136. In una seconda monografia, su questioni metodologiche l’autrice pone l’accento sull’uso del giurista di strumenti retorici con particolare riguardo però ai libri di *Regulae*, *Differentiae* e *Pandectae*. Ciò è ritenuto sufficiente per evidenziare in Modestino una solida formazione retorico-giuridica e un’applicazione programmatica (forse per la prima volta) della tecnica argomentativa della *differentia* al diritto. Dopo la morte di Caracalla nel 217 d.C., Modestino scrisse anche dei *libri excusationum* e un *liber de poenis*; dopo la salita al potere di Alessandro Severo nel 222 d.C., un *liber de enucleatis casibus*, dei *libri responsorum*, de *legatis et fideicommissis*, de *manomissionibus*, de *praescriptionibus*, de *ritu nuptiarum*, de *testamentis*, de *inofficioso testamenti*, de *differentia dotis*. L’elenco è tratto da C. FERRINI, *Il Digesto*, cit., 91 s.

Viarengo si sofferma quindi sull’attività eurematica di Modestino solo *per incidens*, mettendo però bene in rilievo come il giurista mostrasse una chiara propensione a teorizzare i fondamenti del diritto, insieme a una particolare dimestichezza all’uso di raffinati strumenti retorici anche nell’esercizio pratico del diritto. Una conferma ulteriore del fatto che, all’apice della giurisprudenza romana, la tecnica argomentativa di grammatici e retori, con tale giurista (e direi anche con i giuristi di scuola ulpiana), venisse sistematicamente applicata al diritto.

Il *de heurematicis* dimostra certamente l’utilizzo di questa tecnica a scopo cautelare, ossia come supporto all’attività negoziale; ma, la presenza di Modestino tra le cinque *auctoritates* della legge delle citazioni del 426 d.C., dimostra che la competenza di questo giurista sia stata molto apprezzata anche a fini giudiziali¹². Sul libro

¹² CTh. 1.4.3 (426 d.C.). Il particolare è già notato da G. VIARENGO, *Studi*, cit., V. Più in generale cfr. con fonti e bibl. ora M. DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l’art. 118 delle disposizioni per l’attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in RDR, 13, 2013, 2 e 9 (sul web) dove il testo di tale norma è discusso in relazione al disposto dell’art. 118 cod. proc. civ. disp. att., come modificato dall’art. 52, comma 5, della L. 18 giugno 2009, n. 69 che stabilisce nella motivazione di una sentenza, l’obbligo di omettere «ogni citazione di autori giuridici». La *ratio* di tale provvedimento sarebbe di evitare, in nome della certezza del diritto, di riconoscere valore ‘creativo’ alle risoluzioni della dottrina giuridica. Sui *responsa prudentium* come fonte del diritto romano v. Gai 1.2 e 1.7; Pomp. *l. sing. ench.* D. 1.2.2.12; Papin. 2 *def.* D. 1.1.7 pr. Sul tema si v. ora G. FALCONE, *I ‘responsa prudentium’ in Gai. 1.7 e Inst. 1.2.8*, in *‘Ius hominum causa constitutum’*. *Studi in onore di A. Palma*, Torino, 2022, 715, portato a ritenere, dopo attenta e dettagliata discussione (e ampio ragguaglio di bibl. a cui si rimanda), che in Gai 1.7 il riferimento del giurista sia da riferire «alla generalità dei giuristi anziché ai soli destinatari di *ius respondendi*». Sul *ius respondendi* si v. almeno F. CANCELLI, *Il presunto ‘ius respondendi’ istituito da Augusto*, in BIDR, 90, 1987 (ma 1991), 545 ss.; G. NICOSIA, *‘Iura condere’*, in AUPA, 50, 2005, 223 ss.; con altra bibl. G. FALCONE, *I ‘responsa’*, cit., 697, nt. 2. Ciò significherebbe che è possibile riferire almeno all’epoca di tale giurista (170 circa d.C.) un riconoscimento formale dell’attività ‘eurematica’ dei giuristi romani come fonte del diritto, in un

di Modestino di cui i *Digesta* conservano, come ho ricordato, solo dieci frammenti, tornerò più avanti (in modo più sistematico nella seconda parte di queste note) per un riscontro più dettagliato dei suoi contenuti, ma soprattutto per provare a meglio delimitare l’oggetto dell’attività eurematica secondo la prospettiva dei raffinati e colti giureconsulti sei-settecenteschi¹³.

Testo di riferimento per la prima parte di queste note sarà pertanto la *Prefazione* dell’Eineccio, citata in apertura, dove la denominazione *iurisprudencia heurematica* – pur riguardando, come avverte Schulz, ‘scoperte giuridiche’, cioè ‘rimedi’ da prescriversi in dati casi problematici, nel quadro più ampio di una letteratura su ‘scoperte di ogni genere incluse le giuridiche’ (quindi secondo l’idea dell’eccezione che conferma la regola, tipica di un approccio analogista e positivista al diritto) – appare la rappresentazione di un *genus*, appunto il genere ‘eurematico’¹⁴. Come detto, con Eineccio, e ancora di più col Brenkman, questo genere della letteratura giuridica sembra rappresentarsi ai nostri occhi come un paradigma epistemico forse rappresentativo della vera sostanza del diritto romano classico. L’attività eurematica per questi giureconsulti appare infatti l’essenza stessa dell’*interpretatio iuris* quale tratto caratteristico della giurisprudenza romana nel suo periodo migliore. Almeno quattro secoli di sperimentazione sublimatasi in un’ineguagliabile costruzione dei fondamenti della scienza

senso lato e forse non limitata ai soli giuristi dotati del cd. *ius respondendi*. Sempre G. FALCONE, *I ‘Responsa’*, cit., 700 sul significato di *permissum est* in Gai 1.7 parla di una sorta di legittimazione anormativa «consistente nel riconoscimento diffuso, da parte del corpo sociale, di una facoltà/capacità interpretativo-creativa in capo ad una cerchia di sapienti del *ius*».

¹³ Riprendo qui, da G. CRIFÒ, *Recenti pubblicazioni e discussioni sulla metodologia dei giuristi romani*, in *Annali Università di Macerata*, 2 n.s., 1968, 14 e nt. 26, una giusta sollecitazione per cui, su questioni riguardanti la metodologia dei giuristi romani, la verifica più sicura di qualsiasi assunto «è possibile solo alla prova dei testi».

¹⁴ J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., IV ss.

giuridica, che potrebbero dirsi (specialmente oggi), in buona parte, anche i principi fondanti del diritto privato europeo.

2. Il presunto ‘enigma’ del titolo dell’opera di Modestino

Indicazioni affidabili confermano che Modestino scrisse un’opera *de heurematicis*. L’*Index Florentinum* riporta l’opera col titolo *de eurematicis*¹⁵ e Otto Lenel cataloga quest’opera nella sua *Palinnesia*¹⁶. Fritz Schulz così la descrive:

«La pochezza dei resti ci permette solo di assegnare quest’opera al gruppo problematico. Il suo titolo è un enigma. Non esiste una parola greca εὐρηματικός e *heurematicus* non si trova in altro posto nella letteratura latina. Vi è tuttavia una letteratura greca περὶ εὐρημάτων, cioè *de heurematibus*: quest’ultimo potrebbe essere stato il titolo originale. Questa letteratura trattava di scoperte di ogni genere, incluse le giuridiche; Modestino può essere stato ispirato da essa. Comunque sia i frammenti si lasciano interpretare come provenienti da un’opera su “scoperte giuridiche”, cioè sui “rimedi” da prescriversi in dati casi problematici. Ma eccessiva importanza non dovrebbe essere data al titolo: gli antichi avevano una predilezione per i titoli “preziosi”, a cui i giuristi non sfuggivano interamente»¹⁷.

Come detto in apertura Schulz liquida la questione del titolo dell’opera in poche battute e in una recente traduzione in italiano del Digesto l’opera di Modestino è tradotta col titolo ‘*Dei rimedi <giuridici>*’. Questa scelta, tra le tante possibili, pare adeguata considerando il taglio dei *Digesta*, ossia una raccolta di frammenti che avrebbero dovuto costituire parte significativa di un sistema

¹⁵ *Index Flor.* XXXI.12.

¹⁶ O. LENEL, *Palinnesia Iuris Civilis iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur*, I, Lipsiae, 1889, Graz, repr. 1960, coll. 718-719.

¹⁷ F. SCHULZ, *Storia*, cit., 437-438.

‘chiuso’ di disposizioni aventi forza di legge (*const. Tanta* 23), ma dimostra che l'autorevole gruppo di traduttori diretto da Sandro Schipani, accoglie la proposta di Schulz¹⁸. Valutando la questione *ex ante* si potrebbe però tradurre il titolo dell'opera di Modestino anche come ‘Soluzioni giuridiche’, dato il carattere spesso innovativo (‘anomalistico?’) dell'*interpretatio* dei giuristi romani. Resta il fatto che se il titolo di Modestino costituisce per lo Schulz un ‘enigma’, la semplice (e sola) considerazione che gli antichi (tra cui anche i giuristi) avevano predilezione per i titoli ‘preziosi’ è una soluzione che di per sé non può soddisfare. Questa sottovalutazione del modello eurematico forse risente ancora del noto giudizio di Savigny sul metodo della giurisprudenza romana per cui ‘i singoli giuristi sarebbero stati delle personalità fungibili’¹⁹. Ma è difficile dirlo. L'impostazione comunque è accettata da Schulz

¹⁸ Cfr. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*. Testo e traduzione, a cura di S. Schipani, di cui sono già editi per l'editore Giuffrè di Milano i volumi I (libri 1-4); II (libri 5-11) 2005; III (libri 12-19) 2007; IV (libri 20-27) 2011; V.1 (libri 28-32) 2014; mentre per Giappichelli di Torino, a cura di A. Petrucci e A. Saccoccio, il V.2 (libri 33-36) 2021. Per la trad. it. del titolo dell'opera di Modestino, nei volumi a cura di S. Schipani, v. ad esempio I: 247; III: 233; IV: 205; 297; 413. Non è una questione del tutto scontata perché ad es. nella traduzione del Foramiti troviamo ‘libro unico de’ Ritrovamenti’. Cfr. *Corpo del diritto civile*, I-VI, a cura di F. Foramiti, Napoli, 1844, III: 1177; 1846, IV: 142; 286. Ne *Il Corpo del diritto*, a cura di G. Vignali, fasc. 57, Napoli, 1857, 772 e *passim*, si legge ad es. esattamente, ma in modo alquanto anodino (cioè non sufficientemente chiaro): ‘libro unico degli Eurematici’. Per lo studioso tedesco cfr. F. SCHULZ, *History*, cit., 242: «At any rate the fragments admit of being interpreted as coming from a work on ‘legal discoveries’, i.e. on the remedies to be prescribed in given cases of difficulty».

¹⁹ F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, 29, ma anche 157: «in der That jeder einzelne als Repräsentant ihrer juristischen Bildung überhaupt gelten könnten». Su cui v. G. CRIFÒ, *Recenti*, cit., 6 s. e ntt. 3 e 4; M. BRETONE, *La giurisprudenza romana nella letteratura storico-giuridica*, in *Atti dell'Accademia di scienze politiche e morali della Società nazionale di Scienze Lettere e Arti in Napoli*, 67, 1957, 10 s. e *passim*.

nei *Prinzipien des römischen Rechts* e ribadita nella *History of Roman Legal Science*. A sua volta, questa è ripresa dall’Arangio-Ruiz che, come è noto, fu il traduttore italiano dei *Prinzipien*²⁰.

Ad ogni modo, lo stesso Schulz segnala che il titolo dell’opera di Modestino già compare, declinato come forma letteraria, nella *Praefatio* delle *Noctes Atticae* di Gellio (ca. 130-180 d.C.)²¹.

L’erudito romano lo pone nel *genus* di titoli del pari fantasiosi come le ‘Congetture’ (*Coniectanea*) di Ateio Capitone e Alfeno Varo e il celebre ‘Manuale’ (*Enchiridion*) di Pomponio, assimilandolo a titoli di opere di Erode Attico ed Epitteto²². L’occasione è data dal fatto che Gellio in questa parte del prologo spiega, con affettazione tutta retorica, le ragioni che lo avrebbero indotto a intitolare *Noctes Atticae* il suo zibaldone. Di certo, soggiunge l’erudito di età antonina, non per emulare i titoli a effetto di altri scrittori greci e latini (*nihil imitati festivitates inscriptionum, quas plerique alii utriusque linguae scriptores in id genus libris fecerunt*) che, avendo raccolto gran copia di notizie delle più varie, erano soliti scegliere il titolo più

²⁰ F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1949, 94; ID., *Storia*, cit., 181 s. e *passim*; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1960, 265 ss.

²¹ Gell. praef. 4-10.

²² L’assimilazione è in base a Gell. praef. 6. Su cui v. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 437, nt. 7. Per un’identificazione delle opere elencate da Gellio nella *Praefatio* si v. P. FAIDER, ‘*Auli Gellii Noctium Atticorum Praefatio*’, in *Musée Belge*, 31, 1929, 168. Sulle origini della letteratura ‘*heurematica*’ si v. ora P. CHERCHI, *The Inventors of Things in Boccaccio’s ‘De genealogia deorum gentilium’*, in *Petrarch and Boccaccio: The Unity of Knowledge in the Pre-modern World*, ed. by I. Candido, Berlin-Boston, 2018, 244 (in open access sul web: <https://doi.org/10.1515/9783110419306>) per cui queste risalirebbero agli antichi Sofisti in base a Plato. *Prot.* 320c-344a dove il filosofo ateniese narra il mito di Prometeo che è «the myth that focuses on the man as maker and shaper of things, as the creator of the *techné* that fosters the development of societies, frees man from limitations of the *physis*, and gives a decisive role to the *nomos*, the law». Cfr. K. THRAEDE, *Erfinder II*, in *Reallexikon für Antike und Christentum*, V, hrsg. von T. Klauser, E. Dassmann und F.J. Dölger, Stuttgart, 1950, coll. 1191-1278.

fantasioso adeguato al carattere dell’opera (*nam quia variam et miscellam et quasi confusaneam doctrinam acquisiverant, eo titulos quoque ad eam sententiam exquisitissimos indiderunt*).

In ogni caso, Schulz, commentando questo testo noto e ricco di notizie interessanti, chiosa precisando che i frammenti superstiti dell’opera di Modestino vadano interpretati tenendo conto della loro provenienza da un’opera riguardante ‘scoperte giuridiche’²³. Ricordando un frammento della *Novella Theodosiani* e della *Deo auctore* di Giustiniano – la qual cosa dimostra che Schulz fosse consapevole dell’esistenza di opere «sui ‘rimedi’ da prescriversi in dati casi problematici»²⁴; e quindi di opere su ‘scoperte giuridiche’ riconosciute come ‘genere’ nella cultura giuridica dell’età tardoantico-giustiniana²⁵ – lo studioso, come detto, conclude senza dare troppa importanza al titolo di Modestino. Fa lo stesso, inoltre, per i *Pithaná* di Labeone e le *Membranae* di Nerazio, ritenendo anche questi titoli dettati, più che altro, da spirito

²³ F. SCHULZ, *Storia*, cit., 438, ma anche 437, nt. 7; con chiara allusione a Gell. praef. 6: *et item alius* εὐρημάτων. Si pensa che Gellio scrisse le Notti Attiche tra il 146 e il 158 d.C. Cfr. C.M. CALCANTE, *Premessa al testo*, in Aulo Gellio, *Notti Attiche*, I, Milano, 1992, 71. Dato che il *de heurematicis* di Modestino fu scritto dopo il 204 d.C. (C. FERRINI, *Il Digesto*, cit., 91; M. BRETONE, *Pensiero*, cit. 38), ciò conferma che il titolo di quest’opera riprende un genere letterario già diffuso nel II secolo d.C. Rientrerebbe quindi nel genere di opere di ‘scoperte’ in senso lato come in Plin. *nat. hist.* 7.191 ss. (ma v. *supra*, nt. 8); che, nel caso di Modestino, diventano ‘scoperte giuridiche’: E.F. LEOPOLD, voce ‘εὐρημα (-ρημα), τό’, in *Lexicon graeco-latinum manuale ex optimis libris concinnatum*, Lipsiae, 1852, rist., 1874, 359. Almeno si può presumere che così lo avrebbe considerato Gellio dato che Modestino scrisse il suo libro quasi cinquant’anni dopo le Notti Attiche.

²⁴ F. SCHULZ, *Storia*, cit., 438.

²⁵ Nov. Theod. 1.4: *revelatis legibus, “inventā” maiorum obscuritatis iniuria vindicasse*; Const. *Deo auctore* 6: *nam qui non suptiliter factum emendat, laudabilior est eo, qui primus “invenit”*. [Trad. it. a cura di S. SCHIPANI, *Iustinianus?*, I, cit., 25: «colui che emenda ciò che non sia stato fatto con precisione, è degno di maggior lode di colui che per primo lo ha concepito»].

vezzoso²⁶. Il fatto è che, pur ritenendo molto probabile che il titolo delle *Membranae* di Nerazio²⁷ alluda al materiale usato per sua la redazione, non sarei altrettanto sicuro che si possa dire lo stesso per l’opera di Labeone²⁸. Come per il *de heurematicis* di Modestino

²⁶ Cfr. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 438, nt. 3.

²⁷ I *Membrantarum libri VII* di Neratio erano una collezione di *questiones* e di *responsa*. Quindi risoluzioni di casi teorici e pratici, campo di elezione del *ius controversum* così come del procedimento eurematico. La ragione del titolo, definito ‘artificioso’ da Schulz, era nel fatto che questo genere letterario, traducibile come ‘abbozzi’, sarebbe stato scritto di regola su pergamena (= ‘membrana’). *Index Flor.* VIII.2: μεμβράνων Βιβλία ἑπτὰ. Cfr. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 411; in base alle indicazioni di J.B. HOFMANN, voce ‘*membrana*’, in *ThLL*, VIII, Lipsiae, 1936, 628,70 s.; citando T. BIRT, *Das antike Buchwesen in seinem Verhältniss zur Litteratur*, Berlin, 1882, *passim*; ID., *Kritik u. Hermeneutik nebst Abriss des antiken Buchwesens*, München, 1913, 289, 345.

²⁸ Sui *Pithanà* di Labeone v. anche O. SACCHI, ‘*Visum est. Ricerche sul profilo epistemico-cognitivo del ‘ius controversum’*’, Napoli, 2018, 81 che discute di come anche solo i titoli di opere giuridiche nascondano il possibile senso filosofico (o la sostanza epistemica) del *ius controversum* nella sua fase genetica; e di come ciò sia dimostrato dai riferimenti di Cicerone al metodo dialettico e dalle testimonianze di giuristi e intellettuali del II secolo d.C. che definiscono la giurisprudenza come *ars* e la fanno rientrare nella categoria delle *technai loghikai*. Cfr. Gal. *op.* 1.38-39; 5.103 (Kühn). Su cui cfr. V. SCARANO USSANI, *L’*ars* dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997, 54 e nt. 100. Il *πιθάνον* come ‘persuasivo’ era per il soggetto conoscente il ‘motivo valido’, non ‘solo’ verosimile. Così Cic. *Luc.* 2.111. Lo stesso in *de fin.* 3.58 usa l’espressione *probabilis ratio* non per dire ‘verosimile’, ma proprio per indicare un ‘motivo valido’. Come specificò Arcesilao «alcune rappresentazioni s’impongono con tale evidenza che, particolarmente dopo una verifica scientifica, possono benissimo essere riconosciute come attendibili e ‘convincenti’ (*πιθανά*) e offrono una base sufficiente per l’indagine e per l’azione». Per tutto v. M. POHLENZ, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, Milano, 1959, rist., 2005, 263, nt. 15; 349 e 350, nt. 23 e *passim*. In E.F. LEOPOLD, voce ‘*πιθάνος, ἤ, ὄν*’, in *Lexicon*, cit., 667 si legge come possibile significato di *pithanós* anche *elegans*. Sui *Πιθανά* di Labeone v. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 408 e nt. 7. Sui *Πιθανά* di Crisippo v. *Stoici antichi. Tutti i frammenti raccolti da Hans von Harnim*, a cura di R. Radice, Milano, 2002, 296-297 [= SVF II, n. 16, p. 8,32] e 298-299 [= SVF II, n. 16, p.

anche il titolo dei *Pitbaná* sembra strettamente legato al suo contenuto. E questo mi pare un dato non trascurabile.

Scartando quindi l’idea del ‘vezzo erudito’, quale può essere allora il significato della scelta di Modestino? Per rispondere comincerei dalla definizione di giurisprudenza ‘eurematica’.

3. *La giurisprudenza eurematica*

Come detto, Fritz Schulz ha descritto il contenuto del libro di Modestino partendo dal presupposto dell’assenza (oltre l’attestazione nel titolo dell’opera stessa) nella letteratura latina del vocabolo *heureumaticus*²⁹. Sembra un gioco di parole (se il vocabolo è assente perché discuterne?), ma direi che si tratti più esattamente di un assunto controfattuale, perché fondato su un postulato apodittico. Inoltre, il termine *heurēmáton*, come si è visto, è ricordato anche da Gellio. E allora: perché dovrebbe trovarsi in letteratura latina un omologo di questa parola greca o un uso diffuso della sua traslitterazione?

La locuzione *de heurematicis* certamente mostra di essere un tecnicismo raffinato, legittimato in primo luogo dalla sua presenza

9,6 e 10]. In questo quadro è significativa la seguente affermazione di G. SOLARI, *Il problema della giustizia e dello Stato nell’antichità classica*, Torino, 2013, 133: «Carneade [...] introduce nella scepsi accademica il *pitbanon*, che significa ciò che muove ad assentire, ovvero a opinare: esso rappresenta il credibile, qualunque sia la causa del nostro credere. [...] Di qui l’importanza riconosciuta da Carneade all’arte oratoria e ai retori, i quali dovevano proporsi non il vero (*scil.* inteso come la verità assiologica o trascendente), ma di suscitare la convinzione del vero. Questa dottrina del vero probabile e verosimile doveva penetrare in Roma e fu accolta da Cicerone e dagli oratori. Essa costituiva il fondamento dell’arte retorica che fu coltivata in Roma fino agli ultimi tempi dell’impero».

²⁹ Il vocabolo è assente sia nel Walde-Hoffmann che nel dizionario di Hernout et Meillet. Schulz però cita la voce del *Thesaurus* dove invece la parola è menzionata senza ulteriori indicazioni. Cfr. H. HAFFTER, voce ‘*heurematicus*’, in *TbLL*, VI.3, Lipsiae, 1938, 2674,59-61; F. SCHULZ, *Storia*, cit., 437, nt. 6.

nei *Digesta*. Forse per l’epoca dei Severi può essere stato addirittura un neologismo per i cultori del diritto. Ed è probabile che la parola fu scelta anche per rappresentare il contenuto di un’opera ritenuta significativa per la scuola di Ulpiano. Quanto meno, si potrebbe ipotizzare che Modestino, con il suo titolo, abbia rappresentato una *species* tra le tante; mettendo insieme una serie di fattispecie altrimenti slegate che, per dei raffinati cultori della scienza giuridica, avrebbero avuto il senso di una raccolta di soluzioni collaudate e perspicue per agevolare giudici, avvocati e giuristi nel loro lavoro; ma che potevano interessare anche i privati nell’attività negoziale e chiunque desiderasse di accedere a una formazione giuridica non solo scolastica³⁰. Del resto Ulpiano (come già ripetuto; ed è comunque noto) parlava ai suoi allievi (quindi anche Modestino) del *ius* come di una parola tecnica derivante da *iustitia*, in quanto *ars boni et aequi*; e quale espressione di ‘vera e non simulata filosofia’³¹.

³⁰ Ulp. 37 *ad ed.* D. 47.2.52.20: *Quod et Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi circa equos, quibus eiusdem rei gratia subieciisse quis equas suas proponebatur, furti ita demum teneri, si furandi animo id fecisset, si minus, in factum agendum.* Sul dibattito degli interpolazionisti concentrato però solo sul segmento ‘furti – agendum’ si v. E. LEVY, E. RABEL, ‘*Index interpolationum*’, III, Weimar, 1935, 493. Per qualche ulteriore cenno biografico sulla figura di Modestino si v. già G.V. GRAVINA, ‘*Originum iuris civilis et de romano imperio liber singularis*’, Neapoli, 1728, 55: «*Herennius Modestinus Ulpianum habuit magistrum, a quo studiosus suus appellatur. Eundemque Ulpianum saepe consuluit, etiam absens, cum Dalmatiam pro Consule administraret. Graecarum fuit, ac latinarum literarum cum primis doctus, pollensque in utraque scribendi facultate, librumque de excusationibus graecae conscripsit. Vixit ad Gordiani tempora, a quo non contemendendae auctoritatis I.C. appellatur. Maximinus vero junior eum sibi iuris peritum, & magistrum adhibuit, ut refert Capitolinus*».

³¹ Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr.-1. Sulla significativa presenza del pensiero ciceroniano nella riflessione di Ulpiano sui *principia iuris* e quindi sul contenuto del frammento che apre i *Digesta* giustinianeici a prescindere da cosa questo potesse significare per i compilatori del VI secolo v. G. FALCONE, *La ‘vera philosophia’ dei ‘sacerdotes iuris’*. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1), in *AUPA*, 49, 2004, 3-96; ID., ‘*Iuris praecepta, vera philosophia, iuris prudentia*’. Metodi di ricerca, in *SDHI*, 73, 2007, 353-387; L. MAGANZANI, *Diritto e ‘simulata philosophia’ nelle Istituzioni di Ulpiano*,

Inoltre, e per la stessa ragione invocata da Schulz, si dovrebbe dire che anche parole quali *Pandéktas*, *Encheiridia*, *Strōmatéus*, *Tópon* – ma includerei anche due titoli altrettanto celebri come gli ὄροι di Q. Mucio (‘definizioni’, ‘regole’; o anche ‘visioni’, in base a Isid. *etym.* 15.2.37: ὄρος *visio dicitur*) e i già citati *Phitaná* di Labeone (‘eleganze’ o ‘verosimili’) – non siano state rappresentative di un genere letterario, ossia di una *species*, rispetto a una branca specifica del sapere come la *scientia iuris*. Se così fosse, non si dovrebbe parlare neanche di un genere ‘pandettistico’ (dal greco *pandéktēs*, in lat. ‘*omnia continens*’, ‘*recipiens*’); manualistico³²; ‘miscelaneo’ (in lat. *liber varii argumenti*) o retorico (cioè di ‘luoghi comuni’, da *locus communis*). Ma questa sembra, francamente, una prospettiva impraticabile.

È plausibile quindi che Modestino, col titolo *de heurematicis*, abbia voluto rappresentare una modalità particolare di esercizio della scienza giuridica. Gli esiti di una metodologia atta ad applicare la legge civile evitando argomentazioni capziose o sofistiche (*rigore ac subtilitatem*), perché contrarie all’equità; che suggerisse rimedi che proteggessero i cittadini da disonestà e malizia altrui; enfatizzando, infine, l’inventiva del giurista che svolgeva la sua attività senza

in *Erga-Logoi*, 8.1, 2020, 55-87 (sul web). In un’ottica storico-giuridica, per un giurista romano, sin dalle origini e per molto tempo (sia pure all’interno di un percorso storico non sempre lineare), il problema fu di conciliare l’effettività dei precetti di legge anche in relazione all’*aequitas*, e lo fecero servendosi del *cavere*; per giunta, in un sistema giuridico-istituzionale che riconosceva eguale dignità, come fonti del diritto, alle leggi comiziali, all’editto e ai *responsa prudentium* almeno fino al II secolo d.C. Si v. per questo Gai 1.2-7.

³² Il senso della parola greca è di libro ‘portatile’, ‘manuale’. In Esch. *Suppl.* 21 è ‘ciò che si porta in mano’; in Erod. 1.12.214 e Tucid. 3.70 è il ‘pugnale’; in Isidoro di Siviglia è uno strumento medico così chiamato dal nome della mano. Isid. *etym.* 4.11.1: *Encheiridion dictum quod manu adstringatur, dum plurima contineat ferramenta; χεῖρ enim Graece manus vocatur*. Come indica L. ROCCI, *Vocabolario greco-italiano*²⁸, Firenze, 1979, 539 il termine è presente anche in Epitteto, Cassio Longino, Filostrato e nel gergo ecclesiastico.

complessi d’inferiorità rispetto alla legge³³.

Vediamo come Eneccio, nella scia del Brenkman, provò a definirne contenuti e caratteristiche:

«Ex his vero, quae de definitione iurisprudentiae HEUREMATICAE, diximus, facile unusquisque intelligit, duas fuisse eius disciplinae positiones, ac veluti summa capita, quorum altero REMEDIA et CONSILIA aduersus iuris civilis rigorem ac subtilitatem; altero CAUTIONES, in explicandis negotiis ciuilibus obseruandae, comprehendebantur»³⁴.

Ancora:

«Ceterum quatuor potissimum modis ius ad aequitatem inflectere studebant iureconsulti. Vel enim COLORE quodam inuento, vel excogitata FICTIONE, vel nouis FORMVLIS conceptis, vel dato CONSILIO, euitabant iuris ciuilibus rigorem, hominibusque ostendebant, quid factu opus esset, ne in leges, tamquam in laqueos, inciderent»³⁵.

Come si vede, questo famoso giureconsulto, per giurisprudenza eurematica intese, da un lato, l’attività di chi offre *remedia* e *consilia* contro il rigore e le sottigliezze del diritto civile (*aduersus iuris civilis rigorem ac subtilitatem*), articolati secondo le quattro modalità del *color*, della *fictio*, della *formula* e del *consilium*, studiate dai giureconsulti per *inflectere ius ad aequitatem*³⁶; dall’altro, l’attività di chi ‘inventa’ suggerimenti o cautele (*cautiones*) per la pratica negoziale (*in explicandis negotiis ciuilibus obseruandae*), utili, come detto, a contrastare l’altrui disonestà e malizia (*hominum improbitate oppositam*)³⁷. Due

³³ J.Go. HEINECCIUS, ‘Praefationem’, cit., V.

³⁴ J.Go. HEINECCIUS, ‘Praefationem’, cit., VI.

³⁵ J.Go. HEINECCIUS, ‘Praefationem’, cit., VI-VIII, spec. VIII.

³⁶ Si tornerà ancora sul punto nel testo, ma si v. anche *infra*, nt. 41.

³⁷ Cfr. Cic. *Verr.* II 2.30; 37; 42; *de har. resp.* 37; *de div.* 2.68: *simiae improbitatem*.

attività che richiedono mente acuta, una naturale capacità di indagare e la padronanza di un metodo collaudato ed efficace. Quindi competenza, prontezza e abilità definibili, alla greca, ἐυρηματικῶν³⁸. Eneccio definisce quindi il giurista romano *sollers in inveniendo*. Declinando inoltre l'espressione giurisprudenza ‘eurematica’ all'antica; ossia, al modo ciceroniano, comprensiva sia dell'attività ‘rimediale’ (*āgere* e *respondēre*) che ‘cautelare’ in senso stretto (*cavēre*), estendendone il concetto all'intera esperienza della giurisprudenza romana, secondo una prospettiva plausibile fino alla metà del III sec. d.C., se è vero che Modestino, come rispondente, fu ancora attivo sotto Gordiano III³⁹.

L'espressione deriverebbe dal verbo εὕρισκω (= ‘trovo’, ‘scopro’, ‘invento’); εὕρισκειω (in lat., ‘invenio’, ‘reperio’, ‘excogito’) per cui ἀπὸ τε εὕρισκειω di cui Heineccius propone un'etimologia particolare: la locuzione verrebbe per i grammatici dall'‘olfatto del cane capace di seguire le tracce degli altri animali’. Una prerogativa chiamata εὐρινας da εὐρίν (in lat. ‘bonis naribus’, ‘sagax’)⁴⁰. Da questa

³⁸ J.Go. HEINECCIUS, ‘Praefationem’, cit., VII. Così in H. BRENKMAN, ‘De eurematicis’, cit., 8: «*Ut ergo εὕρισκειω Latinis invenire est, & εὕρημα inventio sive inventum, ita Εὐρηματικὸν nihil aliud quam Inventum sive Inventionem notat*». Proverbiale è rimasta l'esclamazione di gioia di Archimede di cui si narra in Vitruv. *de arch.* 9.10: *Itaque cum eius rei rationem explicationis ostendisset, non est moratus, sed exiluit gaudio motus de solio et nudus vadens domum verius significabat clara voce invenisse, quod quaereret; nam currens identidem graece clamabat: εὕρηκα, εὕρηκα*.

³⁹ Cic. *de off.* 2.19.65 (45 a.C.): *Nam in iure cavere, consilio iuvare atque hoc scientiae genere prodesse quam plurimis vehementer et ad opes augendas pertinet et ad gratiam. Itaque cum multa praeclara maiorum, tum quod optime constituti iuris civilis summo semper in honore fuit cognitio atque interpretatio*. Su cui v. già J.Go. HEINECCIUS, ‘Praefationem’, cit., XVI. Per dati biografici su Modestino si v. *supra*, nt. 30.

⁴⁰ E.F. LEOPOLD, voce ‘εὕρισω’, in *Lexicon*, cit., 359. La voce “Ευρημα ἐπίτευγμα”, ‘Βέλευμα’, è tradotta in latino dal Kusterus con i termini *inventum, commentum, consilium, studium*. Cfr. SUIDAE LEXICON, *Graece & Latine, Textum Graecum cum manuscriptis codicibus collatum a quamplurimis mendis purgavit, notisque perpetuis illustravit, versionem Latinam Aemilii Porti innumeris in locis correxit, indicesque auctorum*

eccezionale facoltà di trovare ‘ciò che è nella realtà’ sarebbe derivata quindi, per metonimia, la possibilità di dire (in greco ἐρητικοὶ) i *consilia* e gli astuti, o callidi, pareri dei giuristi romani (come veri specialisti della scienza giuridica), ἐρήματα⁴¹. Da qui il titolo *de heurematicis* dell’opera di Modestino.

Questo modo elegante per designare la nobile e utilissima attività della giurisprudenza romana di fornire *remedia*, *consilia* e *cautiones*, più che un vezzo erudito, appare quindi una conseguenza della formazione di questo giurista, che era un esperto conoscitore

ἐ rerum adject Ludolphus Kusterus, I, Cantabrigiae, 1705, 905. Ciò in base a Xen. *exp. Cyr.* 2.3.11 (Hutch., p. 67). Ma per tutto v. ancora J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., VII. Per i contemporanei cfr. P. CHANTRAINE, voce ‘εὐρίσκω’, in *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Paris, 1999, 387 che propone questa forma verbale (attestata in Hom. *Odyss.* 19.158), nel senso di ‘trouver’, ‘decouvrir’, ‘inventer’. Come vocaboli derivati: εὐρητικός = ‘ingegnoso’ (in Plutarco); εὑρεμα = ‘scoperta’ (in dialetto ionico-attico); εὐρητής = ‘chi scopre’, ‘inventore’. Con λογέω, -λογία c’è εὐρεσιλογία = ‘arte di inventare delle ragioni’, ‘dei sofismi’; su cui v. F. ZUCKER, “X. Zur Textherstellung und Erklärung von Philodems ποιημάτων”, in *Philologus*, 82, no. 1-4, 1927, 256 ss. Significativo l’impiego della forma verbale τὸ εὐρίσκον, tratta dallo Chantraine da A. DEBRUNNER, *Verschobener. Partizipialgebrauch im Griechischen*, in *MH*, 1, 1944, 31-46: «en parlant d’un objet vendu, s’emploie pour le prix qu’on en a obtenu».

⁴¹ J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., VI-VII: «In effetti, da quanto abbiamo detto sulla definizione di giurisprudenza eurematica, è facile per chiunque comprendere che vi erano due posizioni della sua disciplina, e, per così dire, i cui vertici sono da un lato chi offre rimedi e consigli contro il rigore e la precisione della legge civile; dall’altro, furono incluse le cautele da osservare nello svolgimento delle vicende civili. In entrambi i casi rilevano l’acume della mente e la naturale capacità di scoprire, che, in effetti, sono le doti migliori, che richiedono abilità e prontezza di mente, in termini non più convenienti di *eurematikón*, che può esprimersi in greco *apo te euriskein*, che i grammatici fanno notare, fu tradotto dai cani, che seguivano con l’olfatto le tracce degli altri animali, che i Greci chiamavano *eurinas*. Perché, quindi, dotato dell’eccezionale facoltà di trovare ciò che è in realtà, e gli stessi suggerimenti, o commenti intelligenti, sono chiamati *eurémata*». Cfr. SUIDAE LEXICON, voce Ἐρημα, cit., 905.

non solo della lingua greca, ma soprattutto del diritto romano, sia teorico che pratico⁴². Modestino, non solo conosceva bene il diritto, ma aveva come normali interlocutori anche lettori e studiosi ellenofoni⁴³.

Risale infatti agli inizi del III secolo anche la compilazione degli *Hermenēumata Pseudodositheana*, uno strumento didattico greco/latino per l'apprendimento della lingua latina e/o greca, contenente anche materiale giuridico di notevole interesse pratico come, ad esempio, una monografia sulle manomissioni e tredici *sententiae* dell'imperatore Adriano⁴⁴. Anche gli *Hermenēumata*

⁴² La conoscenza della lingua greca di Modestino (in cui il giurista dell'età dei Severi scrisse anche un libro *de excusationum*), paragonabile solo a quella di Emilio Papiniano, era diventato un luogo comune già per i romanisti settecenteschi. Per il taglio pratico v. Mod. 1 *excus.* D. 27.1.1 pr.-2. Per tutto, con maggiori dettagli e bibl. di riferimento, si v. ora G. VIARENGO, ‘*Iura*’, cit., 2786 ss. e *passim*, 2787, ntt. 81 e 82.

⁴³ Mod. 2 *excus.* D. 27.1.6.12: Νόμων δὲ διδάσκαλοι ἐν ἐπαρχία διδάσκοντες ἄφεσιν οὐκ ἔξουσιν, ἐν Ῥώμῃ δὲ διδάσκοντες ἀφιενταί. [«*Qui ius civile docent in provincia, vacationem non habent, Romae dicentes habent*»]. Cfr. D. LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, 289 ss., spec. 356; G. VIARENGO, ‘*Iura*’, cit., 32 ss.

⁴⁴ Cfr. G. GOETZ, ‘*Corpus Glossiarum Latinorum*’, III. ‘*Hermenēumata Pseudodositheana*’, Lipsiae, 1882, rist., Amsterdam, 1965, 48-56; D. NÖRR, *PSI VII 743r fr. e: Fragment einer römischen Prozeßformel? Bemerkungen zum vorhadrianischen Edikt und zu den ‘Hermenēumata Pseudodositheana’*, in *ZSS*, 117, 2000, 197 ss., spec. 198, nt. 89 (ove ult. bibl.) che traggo da G. VIARENGO, ‘*Iura*’, cit., 32 e nt. 115. Di recente si v. ora L. PEPPE, *Fortuna e sfortune degli ‘Hermenēumata Pseudodositheana’ in prospettiva giusromanistica*, in *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana XXV. La costruzione del testo giuridico tardoantico. Culture, linguaggi, percorsi argomentativi e stilistici*, a cura di C. Lorenzi e M. Navarra, Perugia, 2023, 627-656. Per il tema in generale v. H.-I. MARROU, *Storia dell’educazione nell’antichità*, Roma, 2008, 381-383, in particolare 350 s. Sul bilinguismo v. l’opera collettanea *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento*, I-II, a cura di C. Cascione, C. Masi Doria e G. Merola, Napoli, 2013, XXVI-946.

sembrano rientrare in un filone forse mai interrotto di trasmissione del sapere retorico-giuridico durante l’esperienza antica⁴⁵.

Si può cogliere in questo, una stretta analogia con il taglio didattico-pratico dell’*Erenniana* dove sono trattate questioni di significativa rilevanza giuridica; come, ad esempio, la condanna del questore Cepione oppostosi alla legge frumentaria del tribuno Saturnino; l’eventuale assoluzione dell’uccisore del tribuno P. Sulpicio, ucciso nell’88 a.C. per ordine di Silla; l’inquadramento giuridico della delibera del Senato che concesse la cittadinanza romana agli Italici (91-88 a.C.); o la morte tragica di Tiberio Gracco⁴⁶.

⁴⁵ Gli *Hermenēumata Pseudodositheana* (ma conosciamo anche gli *Hermenēumata Einsidlensia* di I secolo e gli *Hermenēumata Celtis* di IV secolo) sono testi bilingui greco-latini destinati all’insegnamento scolastico della lingua, in parte destinati a bambini/giovani di lingua latina per imparare il greco o anche entrambe le lingue, in parte a giovani/adulti grecolatini per imparare il latino. B. MAREK, *The ‘Hermeneumata’ (‘Pseudodositheana’) and Their Didactic Use*, in *Acta Univ. Carol. [AUC] Philologia*, 27, 2017, 127 ss. Si tratta di materiali diversi, per la gran parte glossari (alfabetici o tematici, i *capitula*); inoltre *colloquia*, cioè dialoghi di momenti di vita quotidiana e, infine, testi destinati ad esercizi di lettura (tra i quali interessanti e ben noti ai giuristi sono le *Divi Adriani sententiae et epistolae* ed il *Tractatus de manumissionibus*). Come ha efficacemente scritto di questi materiali A. GIARDINA, *L’Impero e il tributo (gli ‘Hermeneumata’ di Sponheim e altri testi)*, in *RFIC*, 113, 1985, 316 attento ai contenuti delle varie sezioni: «L’universo di situazioni (e di parole) che essi presentano, soprattutto nelle sezioni dialogate, è quello della vita quotidiana, secondo uno schema che per essere pedagogicamente attivo deve anche essere necessariamente privo di anomalie ed eccentricità. Tutto ciò che è raro e diverso non pertiene alla logica interna degli *Hermeneumata*». Per tutto e in particolare per il materiale giuridico si v. ora L. PEPPE, *Fortuna*, cit., 628.

⁴⁶ Cfr. *Rbet. ad Her.* 1.12.21; 1.14.24-25; 3.2.2; 4.55.68. Cfr. H.-I. MARROU, *Storia dell’educazione*, cit., 336 e ntt. 77-80. Degni di nota in questa prospettiva sono anche gli *Hermenēumata Einsidlensia* (non anteriori alla seconda metà del I secolo) e gli *Hermenēumata Celtis* (non posteriori al 391 d.C.) rispettivamente editi da G. GOETZ, ‘*Corpus*’, cit., 223-279 e da J. KRAMER, *Die Ämterliste aus dem Wiener CeltisGlossar*, in *Wiener Papyri als Festgabe zum 60. Geburtstag von Hermann Harrauer*,

Per le stesse ragioni, appaiono appropriate e tecnicamente suggestive locuzioni quali *iurisprudentia remediumum* o *cavens*, accreditate dall’uso di forme verbali come *cavere* in Cicerone o espressioni come *remedio introducto* nel Gaio giustiniano o *remedii loco* in Pomponio e Ulpiano, indipendentemente dalla possibilità di dimostrare oltre ogni dubbio la classicità delle testimonianze dei giuristi classici⁴⁷. Non sono solo tecnicismi, ma segni di una profonda conoscenza, sia della scienza giuridica che di quella retorica, per la trasmissione di un sapere rivolto a chi, come anche nel caso di Modestino, nelle province non fosse di madre lingua latina e volesse conseguire un’adeguata conoscenza giuridica anche per intraprendere la carriera politica⁴⁸. Peraltro in una fase storica

hrsg. von B. Palme, Wien, 2001, 249 ss., glossari didattici per studiosi grecoquanti ricchi di riferimenti alla terminologia giuridica. Si v. ancora per tutto L. PEPPE, *Fortuna*, cit., 654 e ntt. 104, 105 e 106.

⁴⁷ Per Gaio si v. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 7.5.2.1, ma v. anche *infra* e in nt. 118. Su Pomponio e Ulpiano v. Pomp. 5 *ad Q. Muc.* D. 23.3.66 e Ulp. 27 *ad Sab.* D. 40.7.3.2. Queste due testimonianze possono ricondursi ai due momenti più significativi della storia evolutiva dell’attività ‘eurematica’ (l’età della tarda repubblica con Q. Mucio; e l’età dei Severi con Ulpiano). Potrebbero leggersi anche come testimonianze dal retaggio antico, evocatrici di un’epoca in cui il processo romano aveva solo carattere rimediale (da *remedium* = *re* + *medeor*); cioè finalizzato alla ricostituzione della *pax deorum* e non ancora anche all’affermazione di un criterio di giustizia o di verità nel diritto. Su *medeor* v. ora G. ZANON, *I re prima di Pomponio*, in *Ipotesi sulla prima Roma*, a cura di U. Vincenti e G. Zanon, Napoli 2023, 66-67, ma già O. SACCHI, ‘*Ius pluribus modis dicitur*’. Per una genealogia della nozione di diritto come giustizia, in *La forza del diritto, il diritto della forza*, VII. *L’Era di Antigone. Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli*, Milano, 2014, 72 ss., spec. 86-89. Per i dubbi espressi dal Beseler sulla genuinità delle espressioni *remedio introducto* di Gaio e *remedii loco* di Pomponio e Ulpiano, che farebbero ritenere le espressioni delle aggiunte di Triboniano, v. *infra*, nt. 50.

⁴⁸ Emblematico è il caso del Cappadoce Gregorio Taumaturgo (III d.C.) che cominciò a studiare come retore, ma poi intraprese lo studio del latino e del diritto romano per intraprendere la carriera politica: cfr. Greg. Thaum. *ad orig.* 58-62. Più in generale cfr. sul punto V. MAROTTA, *I giuristi romani come*

in cui (come è arcinoto) la *constitutio Antoniniana* del 212 estese la cittadinanza romana a tutti i sudditi dell’Impero (Ulp. 22 *ad ed.* D. 1.5.17).

Se quindi può apparire plausibile l’ipotesi dei romanisti ‘eleganti’ (come ripeto, su tutti, l’olandese Brenkman e il tedesco Eineccio che ne adottò il metodo e lo stile⁴⁹), per cui l’espressione giurisprudenza ‘eurematica’ indicasse l’attività stessa dei giuristi romani, ossia l’*interpretatio iuris*, può forse valer la pena procedere a una rapida ricognizione di questa materia, ripercorrendo la strada da questi già tracciata, secondo una ripartizione in due *capita* posti sullo stesso piano. Come detto: il primo *ἐρηματιχῶν caput*, di carattere ‘rimediale’ (*remedia et consilia*), perché escogitato dai giuristi per ammorbidire la rigidità della legge (*in emolliendo iuris civilis rigore*) ed *inflectere ius ad aequitatem* (comprendente *color, fictio, formula e consilium*); il secondo *ἐρηματιχῶν caput*, di tipo ‘cautelare’ (*cautiones*), perché rivolto all’*inventio* di soluzioni o *eurēmata* escogitati *in explicandis negotiis civilibus observandae*. In questo caso, seguendo Hertius, si potrebbe parlare anche di *iurisprudencia cavens*, preferendo tale espressione a *iurisprudencia cautelare* che pare appropriata solo per l’età giustiniana⁵⁰.

«intellettuali»: la cultura di Callistrato, in *Ostraka*, 1,2, 1992, 289; G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie per l’insegnamento del diritto*, Torino, 2012, 31.

⁴⁹ Così F. WIEACKER, *Storia*, cit., 333, nt. 28 e 334 dove qualifica ‘capolavoro’ le *Antiquitatum Romanarum Syntagma* del 1719 di Eineccio descrivendo quest’opera di storia giuridica: «tagliata nello stile della giurisprudenza elegante».

⁵⁰ Johann Hertius esclude la possibilità di usare come sinonimo di *iurisprudencia cavens* l’espressione *iurisprudencia cautelare* argomentando sulla mancanza dell’attestazione di un impiego giuridico della parola prima di Apuleio e del grammatico Prisciano. Cfr. *Apul. met.* 3.21; 5.5 (II d.C.) come ‘cautelà’ o ‘precauzione’; *Prisc. inst.* IV.2-4 (Hertz I, p. 120,7) (V/VI secolo): ‘*La*’ e *longa antecedente*: ‘*cantus canti cautela*’, ‘*tutus tuti tutelà*’, ‘*acutus acuti acutela*’, ‘*custos custodi custodela*’, ‘*mandatum mandati mandatela*’, ‘*cliens clienti clientela*’. Cfr. J.N. HERTIUS, ‘*De iurisprudencia*’, cit., 5: «*Aliqui iurisprudenciam cautelarem malunt vocitare, à vocabulo cautela, quo non tantum veteres iuris auctores, sed & Priscianus, & Apulejus, ne de aliis*

4. ‘*Colores*’

La prima fattispecie da esaminare è dunque il *color*. Un termine tecnico dell’*ars rhetorica*, difficile da definire anche per gli specialisti di retorica antica, perché può consistere in un’affermazione fulminea o in un’argomentazione più o meno articolata, collocabile con difficoltà tra la *sententia* e la *divisio*. In entrambi i modi, questa

dicam, usi Posses etiam insignire jurisprudentiam remediorum, [...] sive ἐϋρηματιχῶν cum Modestino, singularem de iis librum scribente, de quo infra. La presenza della parola ‘cautela’ in alcuni frammenti del Digesto giustiniano [v. Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13.7.6: *idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda* (v. anche I. 1.20.5; C. 2.59.2.10); Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 16.3.14.1: ‘*cautela idonea reddenda*’; Ulp. 8 *ad ed.* D. 3.3.15.1: ‘*duplici cautela interponenda*’; Ulp. 70 *ad ed.* D. 5.1.21: *dandum diem cum competenti cautela ad solvendam pecuniam* (v. anche Greg. M. *epist.* 5.25)], sarebbe dunque indice di interpolazione (così anche in Mommsen-Krueger *ad loca*). V. anche I. 4.11.4; C. 5.37.28.1; 5.14.11.2; 5.37.25 pr.; 11.48.20.1. Secondo Hertius non sarebbero invece sospettabili di interpolazione, e quindi da considerare classiche, espressioni quali giurisprudenza ‘eurematica’ (in base a Modestino) o ‘rimediale’ (solo in base a Pomponio e Ulpiano; perché l’a. omette di citare Gaio): Pomp. D. 23.3.66: *quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum*; e Ulp. D. 40.7.3.2: *denique etiam remedii loco hoc monstratur domino statuliberi*. Si v. però G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, 122 e 125 (cfr. E. LEVY, E. RABEL, ‘*Index interpolationum*’, II, Weimar, 1931, 59) che considera triboniana l’espressione *remedii loco* e anche *remedio introducto* di Gaio. G. GROSSO, *Sulla volontarietà dell’impedimento al verificarsi della condizione*, in *Atti della Regia Accademia delle Scienze di Torino*, 65, 1930, 459, nt. 1, solleva però dei dubbi sulla non genuinità del segmento ‘*denique – cum statulibero*’ di Ulpiano. Ad ogni buon conto, secondo H. BRENKMAN, ‘*De eurematicis*’, cit., 16, nel corso del tempo, la parola *remedium* sarebbe diventata un’espressione tipica anche per indicare l’attività normativa del Senato, dei Pretori e del *Princeps*. In lingua latina la parola *cautella* è attestata invece già dal III sec. a.C., impiegata in modo non tecnico nel senso di ‘atteggiamento prudente’, come in Plaut. *mil.* 603 (255/250 - 184 a.C.): [*nam bene <consultum> consilium surripitur saepissime, si minus cum cura aut cautella locus loquendi lectus est*].

tecnica, poteva caratterizzare l'intero impianto di un discorso⁵¹.

In particolare *divisio* e *color* erano i due caratteri fondamentali dell'oratoria declamatoria. L'oratore, una volta precisato nella *divisio* se si trattasse di una *quaestio* (di rilievo giuridico) o di una *tractatio* (di rilievo solo etico), usava il *color* per caratterizzare il tono e il registro complessivo del discorso facendo leva sulla psicologia dell'interlocutore (colore elocutivo). Un giurista poteva tuttavia adoperare tale strumento anche in funzione inventiva, come argomentazione dirimente per inquadrare giuridicamente una fattispecie anche non immediatamente riconducibile a una norma specificamente prevista.

Quintiliano parla del *color* a proposito della *narratio* in una breve esposizione sulle cd. *falsae expositiones* in cui i vari *colores*, piuttosto che essere considerati una parte strutturalmente autonoma del discorso retorico (come appunto le *sententiae* o le *divisiones*), ne rappresentano il tratto saliente⁵²:

⁵¹ E. SPANGEBERN YANES, *Sulla narrazione di ‘color’ e χρῶμα nella retorica della prima età imperiale*, in *MD*, 75, 2015, 79 ss., spec. 79, 94 e *passim*: «i colores non necessariamente occupavano una parte del discorso ad essi riservata, ma potevano condizionarne l'intero impianto o prendere corpo in singole formulazioni verbali fulminee, cioè in *sententiae*, oltre che in argomentazioni più distese». Richiamandosi a Quint. *inst. or.* 4.2.94: *Non est autem satis in narratione uti coloribus nisi per totam actionem consentiant, cum praesertim quorundam probatio sola sit in adseveratione et perseverantia*. La studiosa cita anche Sen. *contr.* 7.1.21; *contr. exc.* 4.3; ma si v. anche EAD., *Il XPΩMA e la dottrina degli ‘status’ negli scolii tardoantichi a Ermogene*, in *Res publica litterarum*, 36, 16 n.s., 2013, 5 ss., spec. 28-32.

⁵² Quint. *inst. or.* 4.2.88-132. Cfr. sul punto E. SPANGEBERN YANES, *Il XPΩMA*, cit., 30: «La medesima applicazione dei colores a più status si incontra nell'esposizione quintiliana delle *falsae expositiones*, come prova uno degli esempi adottati al suo interno, costituito da un tema di *controversia* da trattare secondo la *qualitas* (*inst.* IV 2 95 sg.: un parassita adotta il figlio, disconosciuto, di un ricco, di cui in realtà era il padre naturale, e giustifica con la povertà il fatto di averlo dovuto esporre alla nascita), per il quale si offre un *color* consistente nella *remotio in rem*: *habebit quidem colorem quo dicat, et paupertatem sibi causam exponendi fuisse*. Un altro esempio, fornito poco oltre, anche se limitato al tema della *controversia* senza

Quint. *inst. or.* 4.2.88: *Sunt quaedam et falsae expositiones, quarum in foro duplex genus est: alterum quod instrumentis adiuvatur, ut P. Clodius fiducia testium qua nocte incestum Romae commiserat Interamniae se fuisse dicebat: alterum quod est tuendum dicentis ingenio. Id interim ad solam verecundiam pertinet, unde etiam mihi videtur dici color, interim ad*

la citazione di un *color* esemplificativo (ma l'esempio è comunque citato a proposito dell'uso del *color*, come provano le parole che lo introducono *evenit aliquando in scholasticis controversiis [...] ut eodem colore utraque pars utatur*), rientra, invece, certamente nello *status coniecturalis* (*inst.* IV 2 97-99: una donna denuncia al marito che il figliastro le ha proposto un incontro adulterino, lo stesso fa il figlio denunciando al padre la matrigna; l'uomo sorprende il figlio nel luogo e nell'orario indicatigli dalla moglie, la moglie in quelli indicatigli dal figlio; con l'accusa di adulterio ripudia la moglie e disereda il figlio). Dai passi citati si deduce comunque che un uso dei *colores* all'interno dello *status coniecturalis* esisteva già prima della formulazione ermogeniana, e già coesisteva con la loro applicazione allo *status qualitatis*. Una prova indiretta dell'antichità della nozione del $\chi\rho\delta\mu\alpha$ attestato nella retorica tardoantica e del suo legame con le teorizzazioni della prima età imperiale potrebbe consistere inoltre nella permanenza – sia pure con varianti – di una serie di specifici precetti della trattatistica retorica del I secolo d.C. sull'uso del *color* ancora in Ermogene e, attraverso di lui, nei suoi esegeti tardoantichi». Sempre per E. SPANGEBERN YANES, *Il XPΩMA*, cit., 27-28, Quint. *inst. or.* 4.2.88-100, Ps. Dion. *rhet.* 8.1 ss. e indirettamente Seneca padre (su cui v. la nota che precede), proverebbero che la nozione di *color/χρῶμα* sarebbe stata originariamente slegata dalla dottrina degli *status*; mentre solo più tardi questa sarebbe stata (faticosamente) sovrapposta alla seconda nel corso dell'età imperiale. Non sono in grado di dire quanto l'attività giurisprudenziale può aver influito su questo processo, ma è interessante rilevare la possibilità che questo importante strumento dell'armamentario argomentativo dei giuristi si sia consolidato fuori dalla teoria retorica degli *status*. Emblematico è l'esempio del *color insaniae*, una figura retorica, che come vedremo più avanti fu certamente usata dai giuristi classici per superare il rigido formalismo delle regole arcaiche in materia testamentaria, si v. però E. RENIER, *Étude sur l'histoire de la 'querela inofficiosi testamenti'*, Liège, 1942, 118 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredacion injustificada en derecho romano. 'Querella inofficiosi testamenti': fundamentos y régimen clásico*, Granada, 1998, 182 e *passim*; D. DI OTTAVIO, *Sui precedenti retorici della 'querela inofficiosi testamenti' nel I sec. a.C.*, in *Index*, 37, 2009, 293 ss.

*quaestionem*⁵³.

L’uso del *color*, come si vede, poteva consistere anche in un’argomentazione falsa. Spesso questo strumento retorico si usava nel Foro per far leva sulla psicologia dell’interlocutore (*color* elocutivo), suggestionandone il convincimento (ad esempio per asseverare la credibilità di falsi testimoni come appunto nella nota vicenda di Publio Clodio Pulcro, coinvolto nel cd. scandalo di Bona Dea del dicembre del 62 a.C., che costò un processo e il ripudio di Pompea, l’allora moglie di Cesare, che pare ne fosse l’amante)⁵⁴; ovvero, in altri casi, più semplicemente poteva essere un’espedito retorico usato dall’oratore talentuoso per il suo compiacimento (*quasi tuendum dicentis ingenium*) facendo leva su valori (che tuttavia così acquistavano rilevanza giuridica) come il comune sentimento del pudore, l’interesse specifico di un soggetto investito di una certa qualità o il semplice ricorso al senso comune⁵⁵.

⁵³ In questa esposizione prevale il significato di *color* come ‘versione dei fatti’, ‘attenuante’ o ‘argomento di difesa’; così come anche in Ovid. *trist.* 1.9.63: *ergo ut defendi nullo mea posse colore, sic excusari crimina posse puto* e Iuv. *sat.* 6.280: *dic aliquem sodes hic, Quintiliane, colorem*.

⁵⁴ Sulla vicenda di P. Clodio Pulcro v. Cic. *ad Att.* 1.12.3; 1.16.5; Plut. *Caes.* 9.7-10; *Cic.* 28; 29.6.

⁵⁵ Qualche elemento ulteriore può ricavarsi dall’etimologia. La radice etimologica di *color* può risalire infatti al sanscrito *kal* = ‘giungere [al] con moto curvilineo [k]’; ma anche ‘ciò che avvolge o copre’ (da cui *color/kebroma* = ‘colore’). Cfr. per questo F. RENDICH, *Dizionario etimologico comparato delle lingue classiche indo-europee. Indoeuropeo, sanscrito-greco-latino*, Roma, 2010, 28 s., spec. 30: «[...] latino *celo, -are* “nascondere”, “celare”, a cui è connessa la parola *color* “colore”, nel suo senso originario di qualità “aggiunta”, posta cioè “sopra all’oggetto” (che rimane perciò “coperto”, come nel caso del termine sanscrito *varna*, che significa “colore” ma anche “copertura”, dalla radice *vr* “coprire”». Quintiliano (*sunt quaedam et falsae expositiones, quarum in foro duplex genus est*) non ne tradisce quindi del tutto il senso definendo *color*, nell’ambito della retorica giudiziaria, anche l’argomentazione difensiva di chi cerca di edulcorare qualcosa di cui può vergognarsi (*id interim ad solam verecundiam pertinet, unde etiam mihi videtur*

Si può comprendere pertanto come il *color*, quale affermazione fulminea o argomentazione più o meno articolata, fosse in grado, se usata opportunamente, di caratterizzare addirittura l'intero l'impianto di un discorso. E quindi risultare utile a un giurista per *inflectere ius ad aequitatem*, azzerandosi così quasi del tutto la distanza tra un retore e un giurista. Nel primo dei due esempi citati, Quintiliano ricorda un'argomentazione fondata su una disposizione d'animo (ἐν πάθει)⁵⁶. Ed è proprio questo tipo di argomentazione che Eneccio indica per definire il ‘colore’ usato dai giuristi come motivazione onesta o degna per giustificare la scelta di una soluzione interpretativa utilmente applicabile a un caso specifico⁵⁷.

Certamente ‘colorita’ è quindi l'argomentazione usata da Gaio in un'opera di commento alla *lex Glitia* per giustificare l'invalidità di un testamento inofficioso ‘perché redatto in modo offensivo’ per i figli⁵⁸:

dici color); o di colui che semplicemente si concentra sul punto principale dell'argomentazione (*interim ad quaestionem*).

⁵⁶ Cfr. E. SPANGEBERN YANES, *Il XPΩMA*, cit., 8 e *passim*.

⁵⁷ J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., VIII: «*Primum aliquando colore quodam utebantur ad summum ius aequitae temperandum, id est, titulo quodam honesto, quem interpretationi suae praetexebant, ne tam evertere leges, quam eas facto adplicare, viderentur*».

⁵⁸ Sulla *lex Glitia*, forse risalente al I d.C. dato che dei pochi appartenenti alla *gens Glitia* fu un Glizio Gallo che fu uno dei presunti congiurati di Nerone, V. Tac. *ann.* 15.56.4; 71.3. G. ROTONDI, ‘*Leges publicae populi Romani?*’, Hildesheim-Zürich-New York, 1912, rist., 1990, 482 riferisce anche di alcune testimonianze epigrafiche (CIL III.864; V.5345; 6974; 6983) già note a Carlo Sigonio (c. 1524-1584) e Cuiacio (1522-1590), come si apprende da Gian Vincenzo Gravina (1664-1718) per cui v. *infra*, nt. 65. Di recente P. BUONGIORNO, ‘*Ad legem Glitiam. Eine rätselhafte ‘lex publica’, die ‘Fasti’ der Jahre 21 und 22 n. Chr. und die Gestalt der kognitorischen ‘querela inofficiosi testamenti’ im 1. Jhdt. n. Chr.*», in ZSS, 132, 2015, 96 ss. ha ipotizzato, per una possibile promulgazione di tale legge, il 21 o 22 d.C. Questo in ragione della nomina a *consul suffectus* di un *Glitius Gallus*, che avrebbe potuto rogare il provvedimento in un arco temporale che va dal 241 a.C. (quando Roma conquistò il territorio di *Falerii*, luogo di origine della *gens*

Gai. *l. sing. ad leg. Glit.* D. 5.2.4: *Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delenimentis instigationibusve corrupti.*

Il giurista considera invalido il testamento per mezzo del quale viene arrecata offesa ai propri figli come quando un testatore venisse indotto a questo perché istigato malevolmente da una matrigna⁵⁹.

Glitia, i cui abitanti acquistarono la cittadinanza romana nel I secolo a.C.); al 28 d.C. (quando, dopo due leggi di Claudio, non fu più possibile promulgare leggi di natura consolare, pretoria o tribunizia).

⁵⁹ Questa fonte è stata molto indagata e ne hanno messo in dubbio la genuinità: O. LENEL, ‘*Palingenesia*’, cit., 256, nt. 3; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 44; F. SCHULZ, *Storia*, cit., 334 che ritiene questo frammento ‘certamente non autentico’ inserendolo nella categoria dei commenti classici a leggi repubblicane; e G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 439. Altri, come F. VON WOESS, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin, 1911, 281, hanno ritenuto insiticia solo la seconda parte del frammento argomentando: a) sullo stile ridondante del testo; o b) sulla presenza di parole come *maligne* o di frasi come *novercalibus delenimentis instigationibusve*, che sarebbero inconsuete per Gaio; c) sul riscontro che in Bas. 39.1.4 è riportata solo la prima parte del frammento. Opta per la genuinità sostanziale del frammento S. QUERZOLI, *I ‘testamenta’ e gli ‘officia pietatis’. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, 2000, 156 in base a Plin. *ep.* 6.33.2-6 dove è narrata la vicenda di Attia Viriola diseredata ingiustamente dal padre octuagenario. Il frammento è stato ristudiato da P. BUONGIORNO, ‘*Ad legem Glitiam*’, cit., 96 ss. (ove ampio ragguaglio di bibl. prec.) ove si protende per la genuinità in base ai seguenti argomenti: a) la ricorrenza costante fino a età giustiniana nelle fonti del *topos* di padri indotti dall’insistenza di amanti spregiudicate a diseredare i figli; b) la parola *delenimentis* è *bapax legomenon* per Gaio e per il Digesto, ma è un termine classico caduto in desuetudine in età postclassica; c) la frase *maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium* troverebbe riscontro in Gai. 16 *ad ed. prov.* D. 38.8.2 (*sanguinis ratio*); ma v. G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in *ZSS*, 45, 1925, 454 che valuta insiticio il periodo ‘*quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficiant*’.

Il frammento di Gaio viene posto tra due passi di Marcello (3 *digest.* D. 5.2.3 e 5.2.5), che quasi certamente in origine erano parti di un unico testo, poi spezzato in due. In questo luogo, il *color insaniae* assume un valore giuridico forse più pregnante del semplice motivo ‘accompagnatorio’ riconosciutogli dalla prevalente dottrina, in quanto funzionale alla rilevanza giuridica dell’*iniuria* come possibile motivo di annullamento⁶⁰. Questo passo, a sua volta, appare introdotto da un frammento delle Istituzioni di Elio Marciano, forse collocato dai compilatori a modo di introduzione della fattispecie che, evidentemente, in età giustiniana corrispondeva a una disciplina ben collaudata e condivisa:

Marcian. 4 *inst.* D. 5.2.2: *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum*⁶¹.

⁶⁰ Per un’articolata esposizione del problema si v. ora anche la tesi di Dottorato di ricerca in Giurisprudenza, XXXII ciclo, 2016/2017, di M. SCANTAMBURLO, *Le ‘querelae’ di inofficiosità. Contributo allo studio della tutela dei legittimari in diritto romano*, discussa alla Università di Padova con la supervisione di L. Garofalo, 121 ss. (sul web).

⁶¹ «Si agisce per il testamento inofficioso colorando la situazione come se <coloro che redassero il testamento> non fossero stati così sani di mente da poter disporre con ordine un testamento. E ciò si dice non come se chi abbia fatto testamento fosse veramente pazzo o demente, perché invero egli fece testamento correttamente, ma non in conformità al dovere che scaturisce dai vincoli familiari: infatti, se egli fosse stato veramente pazzo o demente, il testamento sarebbe nullo» [Trad. it. a cura di S. SCHIPANI, *‘Iustinianus’*, II, cit., 27]. Per un commento aggiornato su tale frammento si v. ora D. DURSI, *‘Aelius Marcianus. Institutionum Libri I-V’*, Roma, 2019, 192. Sulla genuinità del frammento si v. F. EISELE, *Zur ‘querela inofficiosus?’*, in *ZSS*, 15, 1894, 256 che ritiene il segmento *‘et hoc – est testamentum’* un’aggiunta tribonianea; ma ne dubita F. WOESS, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin, 1911, 193. Cfr. anche I. 2.18 pr. dove *‘vel demens’* è omissis.

In effetti le parole *hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent* inducono a riflettere. Presupposto per la *querela inofficiosi testamento* (finalizzata a ottenere l’annullamento di un testamento per violazione dell’*officium pietatis* da parte del testatore) è l’uso di un’argomentazione ‘colorita’ per avviare l’azione. A tale istituto i compilatori dedicano un intero titolo del libro V del Digesto (*De inofficioso testamento* D. 5.2.1-32) e il frammento di Marciano, tratto dalle sue Istituzioni, potrebbe far pensare che nella prima metà del II sec. d.C., l’uso del *color* quale requisito per proporre azione fosse *ius receptum*. I segmenti *quasi non sanae mentis fuerunt* e *dicitur non quasi vere furiosus* evocherebbero quindi una costruzione retorico-giuridica, il *color insaniae*, ritenuta già in uso in età repubblicana. La figura del *color* in questo caso è strutturata come una *factio*, anche se sarebbe meglio dire, come una finzione legale⁶². Lo si desume dall’inciso *nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum* perché si assume il testamento redatto da un soggetto ‘come se fosse stato’ insano di mente. Così, per il giurista Marcello (sotto Antonino Pio e suoi successori) l’uso di un motivo o di un’argomentazione fondata su una disposizione d’animo, quindi ‘colorita’, per risolvere una questione giuridica anche contro la rigidità di una norma come quella sulla libertà testamentaria, sarebbe addirittura insita nella rappresentazione del testamento come ‘inofficioso’.

Come nel caso di cerchi di ottenere l’invalidazione di un testamento assumendo che il testatore avrebbe disposto come un insano di mente (*ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse*):

Marc. 3 dig. D. 5.2.5: *Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et optinere adsidue soleant. Huius autem verbi “de inofficioso” vis illa ut dixi est docere*

⁶² Per la definizione della ‘finzione legale’ ritenuta dal Glück diversa dalla presunzione giuridica v. *infra*, nt. 92.

immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.

Di questo troviamo una rappresentazione emblematica nelle Istituzioni di Giustiniano, dove è spiegato con chiarezza che per un giurista, usare il *color* per giustificare una *ratio* giuridica, significasse, almeno nel caso di specie, sostenere una tesi argomentando solo in apparenza sull’esistenza di una circostanza ritenuta decisiva. Si adoperava, cioè, una ‘finzione legale’ in modo anomalistico, ossia uno strumento retorico per far valere un principio non previsto dalla legge; e quindi *per inflectere ius ad aequitatem*.

I. 2.18 pr.: *Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. sed hoc dicitur non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus est, nullum est testamentum*⁶³.

⁶³ «Poiché gli ascendenti diseredano o trascurano i discendenti loro per lo più senza ragione, si è ammesso che i discendenti che lamentano una iniqua diseredazione o preterizione possano agire per inofficioso testamento, evocando l’apparenza che i testatori, quando fecero testamento, non fossero sani di mente. Ma questo detto nel senso, non che il testatore sia effettivamente pazzo, ma che pur avendo fatto testamento in modo regolare, non l’ha però fatto uniformandosi alle esigenze etiche: invero, se è matto sul serio, il testamento è nullo» [trad. it. E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1975, 82]. La frase *hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent* è così commentata da J.-L. ORTOLAN, *Storia della legislazione romana dalla sua origine fino alla legislazione moderna*, che traggio dall’ed. it. di N. Longo-Mancini, Napoli, 1857, 106, nt. 2 (anche sul web): «Ecco un caso in cui, per giustificare una nuova causa di nullità che non era preveduta dal diritto antico, si rannoda, si assimila in certo modo ad un’altra causa di nullità già esistente. Similmente la necessità della diseredazione

Eineccio, dal canto suo, aggiunge che per l’affermazione della *querela inofficiosi testamenti* non avrebbe inciso neanche la volontà dei pretori, dato che, come attesta Ulpiano, in età classica questi non ammettevano in nessun caso la *bonorum possessio contra tabulam* per i figli diseredati⁶⁴; quanto piuttosto il *color* (*hoc colore quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent*). Una figura retorica usata per argomentare sull’invalidità di una disposizione testamentaria considerata improba perché scritta contro l’*officium pietatis* e quindi ‘tale da far dubitare sulla sanità di mente’ di chi l’avesse disposta⁶⁵.

In questo modo, la *querela inofficiosi testamenti* corredata di *color* rientrava nel *genus* degli ἐυρήματα perché, si ripete, un testamento

è tratta, da’ prudenti, da un principio di diritto civile, quello della comproprietà della figlia. I figli sono comproprietari del patrimonio della famiglia; se dunque il capo voglia respingerli, fa d’uopo almeno che lo dichiari formalmente». Sul confronto tra I. 2.18 pr. e Marcian. 4 *inst.* D. 5.2.2 v. F. WIEACKER, *Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, rist., 1975, 204.

⁶⁴ Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.4.8 pr. Si v. per questo J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., VIII.

⁶⁵ Cfr. ancora J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., VIII. Della *lex Glicia* tratta anche G.V. GRAVINA, ‘*Originum*’, cit., 310 s. che ne assevera l’esistenza in base all’autorità del *Codex Florentinus*, contro la tesi dell’Hotman e di altri che non riconobbero al Cuiacio il merito di aver segnalato l’esistenza di tale legge sconosciuta fino al suo tempo, ritenendola frutto dei *mores* e dell’*interpretatio prudentium* che in questo modo poterono mitigare la durezza del precetto decemvirale sulla libertà testamentaria. Cfr. Tab. 5.3 (FIRA I², 37-38: *UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IUS ESTO*) una norma come è noto interpretata dai giuristi nel senso che il *pater familias* fosse titolare di una *latissima potestas* comprendente non solo la facoltà di istituire eredi, conferire legati, nominare tutori e concedere la libertà; ma anche di diseredare i figli e finanche il diritto di ucciderli (Paul. 2 *ad Sab.* D. 28.2.11: *Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat*). Tale potere come è noto subì delle limitazioni per effetto dell’*interpretatio prudentium* e dell’autorità del legislatore. Cfr. Pomp. 5 *ad Q. Muc.* D. 50.16.120. Sul versetto decemvirale *uti legassit suae rei, ita ius esto* si v. ora M.F. CURSI, *La ‘mancipatio’ e la ‘mancipatio familiae’*, in *XII Tavole. Testo e commento*, I, a cura di M.F. Corsi, Napoli, 2018, 357 ss.; G. FINAZZI, *Successione ‘ab intestato’*, in *XII Tavole*, cit., 231 ss.

formalmente corretto è riconosciuto invalido non perché si ‘finge’ l’esistenza di un presupposto falso; ma perché, mancando un’esplicita previsione di legge, si usava uno strumento retorico, la finzione legale, per affermare un principio ritenuto giusto, l’*officium pietatis*.

Questa forma di pensiero giuridico tipica di una tecnica definita non sistematica, ma topica (ossia, concentrata sul problema)⁶⁶, per parte della dottrina non sarebbe potuta andare oltre l’attestazione di un metodo⁶⁷. Ma la frase ulpiana sull’inammissibilità in età classica della *querela* per i figli diseredati sembra dimostrare il contrario: proprio l’uso del colore (uno strumento retorico strutturato come una *factio*) fu l’argomento decisivo per il riconoscimento di questo tipo di istanza (*non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendo*)⁶⁸.

⁶⁶ M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaft in Göttingen*, I. *Philologisch-Historische Klasse*, Göttingen, 1962, 54; T. GIARO, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, in *ZSS*, 111, 1988, 233 e s.; F. HORAK, *‘Rationes decidendi’. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, 45 ss., 78, 294.

⁶⁷ In particolare E. BIANCHI, *‘Factio iuris’. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all’epoca augustea*, Padova, 1997, 433 e *passim* che insiste sulla non assimilabilità della categoria delle cd. finzioni ‘giurisprudenziali’, alle finzioni ‘sacrali’, ‘pretorie’ e ‘legislative’.

⁶⁸ Il passo delle *Institutiones* di Giustiniano sopra citato dimostra che in età giustiniana di questo non possa dubitarsi. Non così per l’età repubblicana e classica dove il regime della *querela inofficiosi testamenti* è stato sin dal primo studio dello Eisele oggetto di articolato dibattito. Cfr. F. EISELE, *Zur ‘querela’*, cit., 256 ss. che ipotizzò per primo l’esistenza di due forme di querela: a) una *querela centumvirale*, di natura parentetica e incidentale rispetto alla *vindicatio hereditatis*, esperibile dal legittimario pretermesso o diseredato, avente come presupposto il *color insaniae*, e come fine ottenere l’annullamento del testamento; b) una *querela cognitio*, introdotta dalla *lex Glitia*, esperibile in via straordinaria innanzi a un collegio di *septemviri*, da parte di coloro che non fossero residenti a Roma o per il solo *ius praetorium*, e avente come presupposto l’*inuria* arrecata da *de cuius* con

Ciò può far pensare anche a una considerazione della fattispecie che poteva apparire ai giuristi, nel II secolo d.C., non più di carattere topologico, ma sistematico. In altre parole, sia la ‘*querella*’, che lo strumento per farla valere, ossia il *color insaniae*, dal punto di vista storico-giuridico, furono dettate dalla necessità di colmare una lacuna del *ius* in una fase storica in cui la sensibilità giuridica appare sensibilmente mutata rispetto al passato⁶⁹. Forse vale la pena di approfondire brevemente la questione.

In un’opera monografica sull’origine e il significato della *querela*

la mancata istituzione. Le due azioni (la *vindicatio hereditatis* basata sul *color insaniae* e l’*actio extraordinaria* basata sull’*iniuria*) si sarebbero fuse in età giustiniana, diventando *causa actionis* nella petizione di eredità. Non sono mancate critiche, o adesioni parziali, a questa impostazione su cui qui non è il caso di soffermarsi. Cfr. almeno M. MARRONE, voce ‘*Querella inofficiosi testamenti?*’, in *Noviss. dig. It.*, XIV, Torino, 1968, 670-673; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II. *Parte speciale. Successione ‘ab intestato’. Successione testamentaria*, Milano, 1963, 670 ss.; G. DI LELLA, ‘*Querela inofficiosi testamenti? Contributo allo studio della successione necessaria*’, Napoli, 1972; G. NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso. Saggi storico-giuridici*, Milano, 1975; A. FERNANDEZ DE BUJAN, *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, in *SDHI*, 55, 1989, 98 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit. Di recente L. GAGLIARDI, ‘*Decemviri? e centumviri? Origini e competenze*’, Milano, 2002, 258 ss., concentrandosi sui poteri del collegio centumvirale, esclude una rilevanza iniziale del *color insaniae* sul presupposto che questo collegio aveva il potere di annullare un testamento e conferire l’eredità senza dare luogo all’apertura della successione *ab intestato*. Si v. comunque, con rif. di bibl. anteriore, ora G. GULINA, *La ‘querela inofficiosi testamenti’ nella testimonianza di Plinio il Giovane*, in *SDHI*, 75, 2009, 261 ss.; ID., *Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della ‘querela inofficiosi testamenti’ (Plin. ep. 6.33.2-6 e 9)*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, II, a cura di A. Palma, Napoli, 2009, 555 ss.; ID., *Il pretore ‘qui centumviralibus praeside’ in Plin. epist. 5.9.1-5*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano, 2010, 21 ss.

⁶⁹ Cfr. ad esempio M. MARRONE, voce ‘*Querela inofficiosi testamenti?*’, cit., 670-671 per il quale il *color*, come espediente retorico, appare l’unico strumento possibile nella procedura *per legis actiones* per invalidare un testamento. Lo studioso cita letteralmente il *color insaniae* solo con riferimento ai giuristi classici. Ma v. anche la nota che precede.

inofficiosi testamenti, la Di Ottavio, esamina due fonti retoriche molto note di I secolo a.C., tratte rispettivamente dall’*Erenniana* e dal *De inventione* ciceroniano, che sono per noi molto significative⁷⁰. Queste fonti sono richiamate proprio per risolvere il problema della natura del *color insaniae*, in dottrina variamente invocato come ‘presunzione legale assoluta’ (La Pira), espediente retorico (Voci, Renier), significato giuridico non *ab origine* (Di Lella), categoria retorica quale *factio* di instabilità mentale (Ribas Alba, Di Ottavio); il punto per noi non è tanto di stabilire la rilevanza del *color insaniae* in funzione della *querela inofficiosi testamenti*, quanto ‘come’ il *color*, quale figura retorica a cui fu riconosciuta rilevanza giuridica, abbia inciso nel processo di trasformazione dell’attività dei giuristi, da pratica empirica (*thecne*), in *téchnē loghikē* (*scientia iuris*).

In altre parole, utilizzato in questo modo, il *color insaniae* esprimeva una metodologia di tipo ‘topico o sistematico’? La *Rhetorica ad Herennium* e il *De inventione* offrono per me una traccia molto chiara: dovendo agire (per analogia) in una *controversia ex ratiocinatione*, si avvia un giudizio avente ad oggetto una controversia relativa a un testamento conteso tra eredi testamentari e agnati, in base a una norma di supporto che risulta un’applicazione analogica di importanti leggi di ascendenza decemvirale.

Viene così invocato l’*exemplum* notissimo del matricidio di Malleolo, indotto a fare testamento prima di essere giustiziato⁷¹. Il fratello minore di Malleolo (che si era battuto contro il fratello maggiore per farlo condannare) agisce in giudizio, reclamando l’eredità del fratello matricida, nella qualità di *adgnatus proximus*. Lo

⁷⁰ Si v. ora D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di ‘querela inofficiosi testamenti?’*, I. *Le origini*, Napoli, 2012, 1-158 su *Rbet. ad Her.* 1.13.23 e *Cic. de inv.* 2.50.148-149.

⁷¹ *Liv. per.* 68: *Publicius Malleolus matre occisa primus in culleo insutus in mare praecipitatus est*. Sulla vicenda si v. F. ZUCCOTTI, *Il testamento di ‘Publicio Malleolo’*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VII, 1982, 229 ss.; O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della «cura furiosus»*, Napoli, 1984; A. GUARINO, *Variazioni sul tema di Malleolo*, in *Labeo*, 35, 1989, 79-91, sulla datazione v. 79, nt. 5.

fa chiedendo l’invalidità del testamento (redatto in modo formalmente corretto), ritenuto nullo per mancanza di *testamenti factio activa*; invocando il *furor* del fratello, sul presupposto che un parricida non sia una persona sana di mente (*color insaniae*). Si invoca, quindi, la nullità di un testamento per effetto di un’applicazione analogica delle leggi decemvirali (*lex* e *interpretatio*) sulla successione *ab intestato*, in base alla sola finzione di un *color insaniae*. Il *color* appare quindi, nella sua fase genetica, uno strumento per l’applicazione ‘anomalistica’ della legge, esemplificato *a posteriori* (come in Brenkmann ed Einuccio) quale modello di attività eurematica. All’epoca in cui avvenne l’episodio (si pensa il 101 a.C. in base a Liv. *per.* 68) la fattispecie è trattata da un punto di vista topologico, ossia della tecnica retorica dell’argomentazione; ma, di sicuro, già come fattispecie di grande rilevanza, se si pensa che la *Rhetorica ad Herennium* può risalire all’88 a.C., mentre il *De inventione* all’84 a.C.⁷²

Testimonianze significative dell’importanza di questa figura retorica usata a questo scopo, si conservano però ancora in età classica, se si considera che il *color insaniae* è attestato come oggetto di discussione anche a proposito del *principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* nel titolo del Digesto sul testamento inofficioso⁷³. E questi potrebbero interpretarsi come segni di un impiego sistematico da parte dei giuristi classici degli strumenti retorici in chiave anomalistica.

Altre attestazioni del *color* diverse dal *color insaniae* le ritroviamo

⁷² Per la datazione della *Rhetorica ad Herennium* v. CORNIFICI, ‘*Rhetorica ad C. Herennium*’, a cura di G. Calboli, Bologna, 1993, 17 per cui l’88 a.C. sarebbe *dies a quo*. Per il *De inventione* v. M.T. CICERONE, *La Retorica a Gaio Herennio*, a cura di F. Cancelli, Milano, 1992, 48-49 che ipotizza la composizione dell’*Inventio* ciceroniana nel triennio 86-83 a.C.

⁷³ Cfr. Scaev. 3 *resp.* D. 5.2.13; Paul. 2 *quaest.* D. 5.2.17.1; 5.2.19 su cui J.M. RIBAS ALBA, *Una pretendida controversia entre Papiniano-Ulpiano y Paulo: en torno a D. 5.2.19 (Paulo 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legítima*, in *IVRA*, 39, 1988, 75-98.

nei *Digesta* giustinianeî.

Come in un frammento di Claudio Trifonino sulla costituzione di usufrutto su un fondo proprio a titolo di dote al marito, nel caso in cui questo si fosse estinto per non uso del marito beneficiario.

Di fronte a un caso di restituzione della dote anche se la donna non era proprietaria del fondo, il giurista di età severiana afferma che a questa dovesse competere lo stesso l’azione dotale, affinché il marito fosse privato dell’usufrutto. La donna, in questa situazione, sarebbe stata tenuta ancora con l’azione di compera verso colui che aveva venduto affinché gli cedesse l’usufrutto; o sarebbe nella situazione di sperare di conseguirne il prezzo; oppure (ecco l’argomentazione ‘colorita’ volta a temperare la rigidità della legge e a mantenere il *ius* nei limiti del *bonum et aequum*) ‘sarebbe stato conforme al civile modo di sentire’ permettere alla donna di favorire qualsiasi persona, piuttosto che lasciare un diritto da lei riacquistato al suo ex marito ‘diventato suo nemico’ (*aut cuius magis gratiam praestare quam relinquere apud inimicum ius ad se translatum licere ei civile est*)⁷⁴.

⁷⁴ Tryfon. 11 disp. D. 23.3.78.2: *Quod si mulier in fundo suo marito usum fructum dotis causa constituerit, tunc ex mariti persona erit usus fructus proprie, qui et non utendo ipsius pereat: quod si acciderit, videamus, an etiamnunc dotata sit mulier. Et si quidem dominium apud mulierem est fundi, ad quem reversus est usus fructus, nihil iam in dote habet, quod actione dotis consequatur ab eo, cui quod non utendo amisit usum fructum imputari non potest, ex quo ipsa lucrum habet: ideoque indotata erit. Quod si alienaverit uxor proprietatem, quae sine ullo mulieris emolumento plenior facta est: adhuc dotata est, quia dotis actione teneri debet maritus, qui quando licuit usu fructu uti amisit eum non utendo. Nam si habere perseverasset usum fructum ad divortium, commodum mulieris cederet eius restitutio, quia etsi non protinus ad ipsam transiret, tamen vel si pretio vel beneficio sine incommodo mulieris ad proprietatem revertetur. Si autem usum fructum maritus non amiserit, morte mulieris non finitur usus fructus apud maritum. Divortio autem facto primo videamus et in hac et in superiore specie, an pro rata temporis eius anni dividantur fructus: quod probandum est. Ipsius autem restitutio ita fiet, ut habenti mulieri fundum usus fructus cedatur et ita cum proprietate consolidetur. Sed et si non sit fundi domina, nibilo minus competit dotis actio, ut dimittat a se maritus usum fructum: nam vel ex empto actione adhuc, ut usum fructum praestet, mulier tenetur, aut pretium*

Ancora, un uso del *color* esemplificato come *species* di giurisprudenza ‘*eurematica*’, rileva anche nella disciplina degli interessi nei contratti di buona fede in caso di *mora debitoris*. Come noto, il *ius civile* non contemplava questa regola, ma attraverso Pomponio sappiamo che fu introdotta da Labeone:

Pomp. 13 *ad Sab. D.* 17.2.60 pr.: *Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse: item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas.*

Premettendo che il denaro tradizionalmente per sua natura non si considerava un bene fruttifero, fu proprio in questo modo che venne superata la rigidità della regola classica della gratuità del contratto di mutuo che tuttavia, già dall’età giustiniana, cominciò a essere significativamente modificata soprattutto in materia di contratti di prestito marittimo e di contratti bancari (ossia conclusi dagli *argentarii*)⁷⁵:

eius consequi sperat, aut cuius magis gratiam praestare quam relinquere apud inimicum ius ad se translatum licere ei civile est. Su cui H. BRENKMAN, ‘*De eurematicis*’, cit., 269. E. LEVY, E. RABEL, ‘*Index*’, II, cit., 62 segnalano i dubbi di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 118 sul segmento ‘*quod actione – indotata erit?*’; accolgono la sostituzione di [*dotis*] con [*rei uxoriae*]; segnalano il segmento ‘*quod – fructum*’ come glossematico, ma non considerano la frase ‘*aut – erit?*’ come interpolata.

⁷⁵ Si v. per questo G. LUCHETTI, *Il prestito in denaro a interesse in età giustiniana*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 3 (*Special iussue*), 2016, 1 ss. (sul web). Sulla gratuità del mutuo in età classica v. M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén, 1999. Sul contratto di mutuo in generale v. almeno V. GIUFFRÈ, voce *Mutuo (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 429-430; M. TALAMANCA, ‘*Una verborum obligatio*’ e ‘*obligatio re et verbis contracta*’, in *IVRA*, 50, 1999, 7-112. La fattispecie rappresentata nel passo di Pomponio riferita a

Pomp. 6 ad Q. Muc. D. 50.16.121: *Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione*⁷⁶.

In diritto romano classico è noto che gli interessi pecuniari si consideravano dovuti, come detto, non per una considerazione del denaro come bene fruttifero (*usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est*), ma in ragione di un patto autonomo stipulato dalle parti. Di qui la regola di Pomponio che commenta Quinto Mucio per cui gli interessi pecuniari, per avere rilevanza giuridica, dovevano costituire oggetto di autonoma obbligazione (*quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione*)⁷⁷.

Labeone è il frammento più risalente sul tema delle *usurae ex mora* nel contratto di società e s’inquadra per l’età più antica nella disciplina delle *usurae ex officio iudicis*, inizialmente riconosciute nell’ambito della disciplina dei giudizi di buona fede. Si v. per questo S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora in diritto romano*, in *AUPA*, 29, 1962, 208 ss.; e ora P. COSTA, ‘*Constituta per litteras*’ e riconoscimento del debito: ipotesi esecutive, in *TSDP*, 14, 2021, 19, nt. 71.

⁷⁶ Questo passo è da ritenere sostanzialmente classico, dato che per P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1. *La proprietà*, Roma, 1926, 162, solo l’aggettivo ‘*nova*’ sarebbe insitico. Come già in epoca giustiniana nel codice civile italiano, in materia di obbligazioni pecuniarie, vige il principio per cui il denaro è insieme bene fungibile, bene fruttifero e unità di misura del valore. Sulle obbligazioni pecuniarie nell’ordinamento italiano v. l’art. 1277 cod. civ. che stabilisce il principio nominalistico (debito di valuta). Ma il codice contempla anche il cd. debito di valore (1224 cod. civ.) come nel caso delle somme dovute a titolo di risarcimento. In prospettiva europea si v. A. ENGEL, *Realverträge: das ‘mutuum’*, in *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, hrsg. von F.J. Andrés Santos, Ch. Baldus und H. Dedek, München, 2011, 60-67.

⁷⁷ Abbastanza di recente è tornato su tale fonte R. CARDILLI, ‘*Usura in fructu non est*’ contro l’astrazione dei moderni, in *D@S*, 16, 2018, n. 4 (sul web) e *passim*, ribadendo la natura accessoria e non fruttifera dell’*obligatio sortis* dell’*usura pecuniae*. Nel passo in questione, Pomponio riporta infatti una nota *interpretatio* di Q. Mucio *pontifex*, collocata dai compilatori nel 50 libro *De verborum significatione*, già oggetto di commento da parte di A. CORVINI, ‘*Ad titulum*

Questo però diede l’occasione per un’*inventio* di Labeone, ripresa come detto da Pomponio, per cui se un socio avesse usato del denaro lucrato dalla società, e fosse stato in ritardo nella restituzione, gli interessi da questi dovuti non sarebbero stati considerati tali ‘in quanto interessi’ (in virtù della regola *usura pecuniae in fructu non est*), ma ‘perché sarebbe stato nell’interesse dell’altro socio’ che il primo non fosse incorso in un ritardo nella restituzione. Ecco la rilevanza di un *color* quale argomentazione utile per temperare la rigidità del *ius civile* mantenendolo nei limiti del *bonum et aequum*. Fu aggirato in questo modo il principio per cui il denaro non fosse ‘per natura’ un bene fruttifero (come ad es. un albero).

Pomponio, a sua volta, precisa che la norma non sarebbe stata ritenuta estensibile all’erede del debitore perché la morte di un socio era causa di estinzione della società (*quia morte socii dirimatur societas*). Questa regola, nata per disciplinare il rapporto tra i soci nel contratto di *societas*, piacque tanto ai giuristi, che la sua *ratio* fu estesa anche ad altri casi di rilevanza della buona fede, rispetto ai quali, i giudici cominciarono a riconoscere che gli interessi per il ritardo fossero dovuti al creditore, in ragione di un intrinseco interesse di questi. Fu superato così l’antico principio della gratuità del

digestorum De verborum significatione commentarius, Amstelodami, 1667, 216-218. Q. Mucio, forse discutendo di un legato di *usufructus omnium bonorum*, come detto, esclude che l’*usura pecuniae* possa qualificarsi come frutto e conseguentemente che il legatario usufruttuario potesse considerare gli interessi come cose di sua appartenenza. Mucio, non configurando l’*usura pecuniae* come frutto, dimostra di guardare al fenomeno feneratizio solo come fattispecie riguardante una *mutui datio* e una *stipulatio usurarum*. Ciò conferma una configurazione del mutuo come di un’*obligatio re contracta* dalla natura gratuita. Mentre, al più l’*usura pecuniae* avrebbe potuto rilevare come *insta causa* in una *stipulatio usurarum* collegata al debito principale di mutuo. Quindi accessorietà e non frutto dell’*obligatio sortis* in ragione di una considerazione della natura del denaro come *res fungibile* e come misura del valore; non anche quindi come bene fruttifero com’è nei moderni ordinamenti.

contratto di mutuo basato, come detto, sull’idea arcaica del *fas* per cui il denaro, ancorché misura del valore, fosse *res fungibile*; quindi per ‘natura’ *res non fruttifera*⁷⁸.

⁷⁸ Sulla nozione di *fas* v. ora M. BETTINI, ‘*Fas*’, in *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, a cura di A. McClintock, Bologna, 2016, 17-54. Sulla rilevanza del *fas* come espressione di *ius naturae* v. L.L. KOFANOV, O. SACCHI, *Il sistema “esterno” del diritto romano. ‘Ius naturae, ius gentium’ e diritto commerciale nel pensiero giuridico antico*, Napoli, 2017, 125-152 e *passim*. La dottrina generale del diritto del XX e XXI secolo è stata la dottrina del diritto positivo che come la sofistica greca tende a rompere il principio unificante tra ‘natura’ e ‘diritto’. Lo spiega bene N. IRTI, *Natura e artificialità del diritto*, in *L’uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, 10: «Le teorie del diritto naturale, di un diritto ricavato dalla natura, e perciò eterno e comune a tutti gli uomini, urteranno sempre in questa insuperabile difficoltà: che anche la natura va interpretata, sicché taluno dirà diritto naturale la proprietà privata, altri la proprietà collettiva; taluno vi troverà l’istituto della monogamia, altri della poligamia; taluno vi cercherà la prova dell’uguaglianza, altri della disuguaglianza; e via di seguito. [...] La pretesa oggettività della natura finisce per risolversi nel più arbitrario soggettivismo». Il *ius naturae* dei giuristi romani dimostra però che questa prospettiva non è del tutto esatta. La ‘giustizia immanente connessa al reggimento del logos divino, che è il diritto naturale degli stoici e dei giuristi romani, che vincola tutti gli uomini della terra allo stesso modo’ non è un criterio relativo, ma assoluto. Si v. M. POHLENZ, *La Stoà. Storia di un movimento spirituale*, I, Firenze, 1948, rist., 1967, 269. Di questo insegnamento fecero tesoro i giuristi romani preclassici e tracce inequivocabili di tale impostazione teoretico-giuridica sono sopravvissute ancora ben visibili nella compilazione giustiniana. Appare quindi condivisibile quanto afferma N. IRTI, *Natura*, cit., 11 s.: «La scienza moderna del diritto non si chiede se una norma positiva rispetti un principio naturale, o se ne discosti e disvii, ma soltanto se essa è stata emanata secondo le modalità e le procedure di un dato ordinamento. Il criterio di validità prende il luogo del criterio di verità o di giustizia. La validità esprime l’esistenza di una norma come norma di un dato sistema. Il controllo di validità si compie mediante altre norme (ad esempio, le norme costituzionali, che regolano la produzione di norme legislative), e sempre rimanendo all’interno del sistema. Il controllo di verità o di giustizia implica un’uscita dal sistema, e l’assunzione di un criterio superiore: superiore, per l’appunto, in quanto estraneo. Il diritto naturale, nel suo sviluppo storico e nella varietà delle sue dottrine, si è sempre collocato al di fuori e al di sopra delle norme positive: che

A proposito dell'*usura pecuniae* Riccardo Cardilli chiosa ritenendo confermata: «la profonda consapevolezza dei giuristi romani che il diritto non può alterare la realtà se non fingendo l'esistenza dell'irrealtà sul piano del diritto»⁷⁹. Vero. Ma aggiungerei, purché tale *fictio* trovasse supporto in un principio altrettanto rilevante e valido (l'*aequitas*) quanto quello del *fas* o del *ius naturae*.

Per quanto detto finora si può dire quindi giustificata l'idea che l'argomentazione supportata da *color* sia stato uno degli strumenti di cui si avvalsero i giuristi romani per stemperare gli eccessi di *subtilitas* e la rigidità di principi generali posti dal *ius civile*, come il *fas* (o *ius naturae*) a favore dell'*aequitas*, con rilevanti conseguenze anche nella disciplina dei rapporti societari, sia sul piano soggettivo (i rapporti tra soci), che oggettivo (i casi di estinzione)⁸⁰. Va da sé che

è, poi, il solo modo di guardarle dall'esterno, e di dichiararle vere o false, giuste o ingiuste, meritevoli di obbedienza o suscitatrici di rivolta». Posto che il *ius naturae* dei giuristi romani non si poneva né 'al di fuori', né 'al di sopra' delle norme positive, ma ne era parte integrante, una via per rompere la circolarità di questo modo di affrontare il tema del diritto naturale (una circolarità che per me è stata anche la causa del suo misconoscimento) sembra essere oggi l'idea di Rosmini di una giustizia 'larga' che possa agire da supporto e da integrazione alla cd. giustizia 'stretta' del diritto positivo oggi ancora prevalente nei paesi di cultura giuridica occidentale. Sul tema si rinvia anche a O. SACCHI, *Il 'ius naturae' dei giuristi romani e il fondamento dell'ethos nella cultura greco-romana: interpretazioni moderne e prospettive contemporanee*, in *La macchina delle regole, la verità della vita*, VIII. *L'Era di Antigone. Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli*, Milano, 2015, 99-148.

⁷⁹ R. CARDILLI, *'Usura'*, cit., n. 4.

⁸⁰ Non era infrequente che accadesse anche il contrario. Le fonti riportano dei casi celebri in cui l'argomentazione colorita risulta decisiva per difendere un principio giuridico contro un eccesso di *subtilitas*. Come nel caso delle *adrogationes* in cui l'adottante fosse minore di età rispetto all'adottato, tecnicamente configurabili come delle forme negoziali indirette congegnate per aggirare la regola pontificale per cui un'adozione andava fatta rispettando le regole di natura (*fas* o *ius naturae*). Mi riferisco qui al noto caso dell'adozione contro 'natura' del 35enne Clodio da parte del 20enne Fonteio (su cui v. M. SALVADORE, *L'adozione*

inquadrare questo tipo di argomentazioni soltanto come attività cautelare in senso stretto, perché riguardanti solo atti di natura negoziale, appaia riduttivo.

5. ‘*Fictiones*’

Il secondo strumento usato dai giuristi per *inflectere ius ad aequitatem* nell’ambito della cd. giurisprudenza eurematica fu la *fiction*. Un’altra figura retorica ben nota e dalle implicazioni vastissime⁸¹.

di Clodio, in *Labeo*, 38.3, 1992, 285-313) che suscita la vibrata riprovazione di Cicerone. Cfr. Cic. *de domo* 13.33-35 (57 a.C.) anche con riferimento ad altri episodi famosi – come le adozioni di Gneo Aufidio che adottò Gneo Oreste (cos. nel 71 a.C.) e Marco Pupio che adottò M. Calpurnio Pisone (cos. 61 a. C.) – dove i pontefici verificarono l’età dell’adottante rispetto a quella dell’adottato. L’*adrogatio*, come è noto, era una forma negoziale costruita dalla giurisprudenza pontificale mediante il meccanismo della *fiction* in base a dei presupposti la cui verifica rimase soggetta, fino all’età tardo repubblicana, al controllo di tale collegio. Si v. per questo E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 177 s. (con bibliografia di riferimento). Nel passo in questione Cicerone per sostenere la sua invettiva fa ampio uso della figura retorica del *color*. Considerando quanto dal retore stesso affermato in Cic. *orat.* 37.128: *Duo restant enim, quae bene tractata ab oratore admirabilem eloquentiam faciunt. Quorum alterum est, quod Graeci ethikon vocant, ad naturas et ad mores et ad omnem vitae consuetudinem accommodatum* (su cui v. anche F. SCHULZ, *Storia*, cit., 107, nt. 3), si può presumere che tali criteri riguardassero la sfera dell’*ἠθικόν*, ossia ciò che pare *ad naturas et ad mores et ad omnem vitae consuetudinem accommodatum*; e quindi che tale figura retorica sia stata impiegata per argomentare giuridicamente in base a questi parametri.

⁸¹ Sull’argomento la letteratura è vastissima a cominciare da A. DADINUS ALTESERRAE, ‘*De fictionibus iuris tractatus septem; accessit eiusdem solemnium praelectio ad L. cum societas D. pro socio*’, a cura di I.F. Eisenhart, Halae-Helmstadii, 1769, V-356; G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Eine juristische Untersuchung*, Frankfurt am Main, 1858, rist., 1968, che per primo ha creduto di individuare la genesi della *fiction* nell’ambito del diritto sacro. Poi almeno si v. F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della ‘fiction iuris*’, Padova, 1979; K. HACKL, *Sulla finzione nel diritto privato*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano, 1982, 245 ss.; W. ISER, *The Fictive and the Imaginary*,

Se soltanto si volesse dare conto di tutti gli schemi finzionistici rinvenibili, anche solo nelle fonti giuridiche, l’elenco sarebbe molto lungo. Come per il *color*, non si rinviene nelle fonti giuridiche una definizione di *factio* né, tanto meno, l’espressione *factio iuris*, ma questo si spiega col fatto che i giuristi romani classici furono pratici e non dogmatici⁸². Di molte *fictiones*, inoltre, si è avuta contezza e/o definitiva conferma, solo dopo la scoperta del Gaio veronese nel 1816. E questo va a tutto merito della romanistica precedente che colse l’importanza della fattispecie senza il conforto di questa fonte

London, 1993. Il tema è ripreso e ulteriormente sviluppato da E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 162-479 e *passim*; T. GIARO, *Die Fiktion des eigentiliken Eigentümers*, in *Au-delà des frontières. Mélanges W. Wolodkiewicz*, I, Varsovie, 2000, 277 ss.; J. BART, ‘*Fictio iuris*’, in *Littérature classiques*, 40, 2000, 25-33; M. BRETONE, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31.2, 2001, 295 ss.; F. MERCOGLIANO, ‘*Actiones ficticiae*’. *Tipologie e datazione*, Napoli, 2001; Y. THOMAS, ‘*Fictio legis*’. *L’empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in *Droits*, 18, 1993, 135 ss. [= *Les opérations du droit*, Paris, 2011, 133 ss.]; C. CHEVALIER, ‘*Fictio*’ e ‘*natura*’: *due metodi alternativi per la realizzazione dell’“aequitas”*, in *TSDP*, 14, 2021, 1-62 con bibl. in nt. 36.

⁸² Si v. ora C. CHEVALIER, ‘*Fictio*’, cit., 18, nt. 34. Questa attività tipica della giurisprudenza ‘laica’ trova suoi precedenti antichissimi nel *ius sacrum* dove ad esempio la scelta delle vittime sacrificali avveniva secondo complessi rituali puntualizzati da regole minuziose applicate seguendo meccanismi come la similitudine o la contrarietà (v. Serv. *Georg.* 2.380: *aut per similitudinem aut per contrarietatem*) o anche la sostituzione. Le vittime si selezionavano in base a precise caratteristiche come l’età (Varr. *de re rust.* 2.4.16; Plin. *nat. hist.* 8.206), il colore (Arn. *adv. nat.* 2.68), l’aspetto fisico [Plin. *nat. hist.* 8.183; Paul-Fest. voce ‘*Ambidens*’ (Lindsay, p. 4,28); voce ‘*Bidental*’ (Lindsay, p. 30,18); voce ‘*Bovem bidentem*’ (Lindsay, p. 31,35)]. E la sussistenza dei requisiti era soggetta a *probatio*: Cic. *de lege agr.* 2.34.93; Fest. voce ‘*Optatam ostiam*’ (Lindsay, p. 202,12); Lucian. *de sacrif.* 12. Una procedura formalmente molto rigorosa espone se stessa alla possibilità di elusioni o deroghe sostanziali. Sarebbe quindi questa la ragione prima del meccanismo di sostituzione mediante *factio*. Per una fenomenologia della *factio* sin dalle origini dell’esperienza giuridica romana si rinvia a E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 1-32 ss. e *passim*. Ma v. anche S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 662 s.

preziosa.

Difatti lo stesso Gaio valuta *innumerabiles* le *actiones in factum* (Gai 4.46) e le *actiones* formulari *in personam* (Gai 4.33) di cui la *fictione* è elemento costitutivo⁸³. Proprio Gaio ha confermato, inoltre, che anche la *fictione iuris* (come il *color*) – pur se applicata sin dall’età repubblicana, più o meno consapevolmente, in funzione ‘sostitutiva’ (si pensi alla volontà di un tutore, fatta valere come se fosse del pupillo) – fu recepita dalla giurisprudenza classica (da sola, o come elemento strutturale delle *formulae* di legge) come una *figura* di applicazione generale e tipica dell’attività interpretativa⁸⁴.

⁸³ Rivisitazione del tema nell’ottica dell’*exceptio* formulare ora in E. SCIANDRELLO, ‘*Exceptiones in factum*’. *Contributo allo studio dell’eccezione nel processo formulare*, Napoli, 2023, 35 e 143 ss.

⁸⁴ La genesi di tale fattispecie è assai risalente, addirittura riconducibile ai primi riti sostitutivi del *ius sacrum* del diritto pontificale, ma essa è poi ampiamente riconoscibile nei riti di sostituzione del diritto augurale e feziale. Di queste modalità dà una definizione generale *Servius Honoratus* il grammatico commentatore dell’Eneide virgiliana di IV secolo. *Serv. ad Aen.* 2.116: *VIRGINE CAESA non vere, sed ut videbantur. et sciendum in sacris simulata pro veris accipi: unde cum de animalibus quae difficile inveniuntur est sacrificandum, de pane vel cera fiunt et pro veris accipiuntur*. Si v. anche dello stesso *Serv. ad Aen.* 4.512: *SIMULATOS FONTIS AVERNI IN SACRIS, ut supra diximus, quae exhiberi non poterant simulabantur, et erant pro veris*. Così E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 31-159, ma spec. 70 ss. che riprende una tesi molto discussa e già sostenuta da G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Eine juristische Untersuchung*, Weimar, 1858. Un’antica finzione di natura pontificia potrebbe essere quella che permetteva ai postumi di diventare eredi (*fictio iurata*). Cfr. per questo F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell’esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, 112 ss. con relativa discussione in E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 275, nt. 246. Come esempio di *fictio legis* per l’età repubblicana può farsi quello della procedura di *fictio pignoris* forse prevista dalla *lex agraria* del 111 a.C. dove è menzionata la procedura della l. 37 avente ad oggetto il recupero del *vectigal* dovuto a titolo di *scriptura* a un pubblicano. Cfr. E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 215. Tale procedura può essere accostata a quella relativa alla *fictio* prevista in Gai 4.28 e 4.32, ma anche in Cic. *Verr.* II 3.11.27, dove si menziona la procedura di recupero del *vectigal* concessa al pubblicano. In breve, si introduceva nell’azione giudiziaria a carico del debitore una costrizione

Troviamo così nelle *Institutiones* svariate ipotesi di *fictiones* riferite alla procedura formulare che lo stesso Gaio afferma di aver tratto dall’editto e che quindi possono rientrare nella categoria delle *fictiones* pretorie (*cum enim praetorio iure*). Ad esempio: la *fictio heredis* di chi chiede in forza dell’editto del pretore (*ficto se herede*) la *bonorum possessio* dei beni; analoga richiesta era possibile per la *fictio suicitatis* prevista per gli *emancipati* e i *filii civitate Romana donati*⁸⁵; quella del *bonorum emptor* (*actio Serviana* e *Rutiliana*⁸⁶); ancora, l’*actio Publiciana*, dove si finge trascorso il *tempus ad usucapionem* per l’*in bonis habens*⁸⁷;

di fatto (il *luere debere* di Gaio), fingendosi che fosse stata fatta una *pignoris capio* per il riscatto del debito.

⁸⁵ Gai 3.26. Come noto, nella disciplina pretoria della *vocatio ab intestato*, la chiamata dei *liberi* che non fossero *sui heredes* era concessa dal pretore fingendo che questi fossero *sui heredes*. In concorso con l’*hereditas* civilistica, per effetto di questa *fictio*, tali soggetti potevano chiedere una *bonorum possessio unde liberi cum re*. I *liberi* ammessi a chiedere la *bonorum possessio*, rientranti nell’*ordo unde liberi*, erano: a) i *sui heredes* (sia *naturales* che *adoptivi*) che cumulavano il titolo all’eredità civile con quello pretorio; b) gli *emancipati* dal defunto, purché fossero ancora *sui iuris* al momento della *datio*; c) i *fili in adoptionem dati* se *sui iuris* al momento della morte del *de cuius*; d) i figli dei *filii* premorti o *capite deminuti* (che subentravano per rappresentazione); e) i *postumi sui*, in quanto figli o nipoti del *de cuius*. Cfr. sul punto A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹¹, Napoli, 1997, 474, nt. 37.3.1.

⁸⁶ Gai 4.35. Come noto, per l’esazione dei crediti del fallito l’*actio Serviana ex bonorum emptione* era un’*actio ficticia* che parificava il *bonorum emptor* (colui che acquistava i beni del fallito offrendo la percentuale più alta ai creditori del fallito) a erede del fallito se questi fosse defunto. L’*actio Rutiliana* era un’azione con trasposizione di soggetti (nell’*intentio* il fallito, nella *condemnatio* il *bonorum emptor*) utilizzabile nel caso che il fallito fosse vivente. I creditori a loro volta potevano agire con tali azioni nei confronti del *bonorum emptor* inadempiente. Cfr. A. GUARINO, *Diritto*, cit., 274, nt. 20.6.1.

⁸⁷ Gai 4.32-38. Su cui A. GUARINO, *Diritto*, cit., 710, nt. 61.2.4; 229, nt. 17.8.2, che chiama *fictio iuris civilis* la «finzione di un requisito civilistico» consistente nell’invitare (col *inducium*) il giudice a condannare o assolvere il convenuto presupponendo l’esistenza di un requisito civilistico in realtà inesistente, come nel caso dell’*actio Publiciana*. Sul punto v. anche Y. THOMAS, ‘*Fictio legis*’. *L’empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in *Droits*, 21, 1995, 17 ss.; e ora C.

la *fictio civitatis*⁸⁸; la *fictio rescissae capitis deminutionis*; e così via⁸⁹.

È molto probabile quindi che la scoperta delle Istituzioni di Gaio abbia suggerito agli studiosi moderni l’idea di ordinare le *fictiones* del diritto romano in varie categorie. Ma è sufficiente per giustificare, ad esempio, l’esistenza di una categoria dogmatica delle cd. finzioni ‘pretorie’, distinguendole da quelle ‘legislative’? La questione sembra ancora aperta (Bianchi, Garrido)⁹⁰, mentre i giureconsulti sei-settecenteschi, ragionando evidentemente sul diritto romano come diritto vigente, il problema non se lo posero nemmeno (Cuiacio, Altaserra, Schilter, Brenkman, Merillio, Heineccius, Hertius).

La differenza di approccio è rilevante e forse si deve al fatto che la romanistica contemporanea, esaminando il problema *a posteriori*, prova a mettere insieme fattispecie forse troppo distanti tra loro (ad esempio, le ‘finzioni’ del diritto sacro con quelle dei giuristi tardo repubblicani e poi classici). Prima della conoscenza dell’*ars rhetorica* e di un uso appropriato, condiviso e tecnico, di questa

CHEVALIER, ‘*Fictio*’, cit., 20 ss. e *passim*.

⁸⁸ Gai 4.37. Nel processo formulare, forse già prima dell’istituzione del *praetor peregrinus* (242 a.C.), al *iudicium* innanzi al pretore si ammetteva il *peregrinus* ‘fingendo’ che fosse cittadino romano. Cfr. A. GUARINO, *Diritto*, cit., 173, nt. 13.3.

⁸⁹ Sulla *fictio rescissae capitis deminutionis* v. Gai 4.32 e 34-38. In generale per rimediare a eventuali conseguenze negative conseguite a *dolus malus* o *fraus creditorum*, il pretore nell’*intentio* o nell’*exceptio*, poteva dare luogo alla *restitutio in integrum* fingendo che non fosse avvenuto il fatto invalidato (*fictio rescissoria*); ovvero nel caso che Tizio avesse alienato una *res* a Caio sotto influenza del *metus* o del *dolus malus*, il pretore poteva concedere una *rei vindicatio ficticia*. Cfr. A. GUARINO, *Diritto*, cit., 270, nt. 20.3. Per una dettagliata esposizione con bibl. e probl. v. E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 259 ss.

⁹⁰ Esamina la questione E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 265, nt. 218 discutendo di S. RICCOBONO, «*Formulae ficticiae*» a normal means of creating new law, in *TR*, 9, 1929, 59 e G. GARCIA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE*, 27-28, 1957-58, 321.

disciplina nel diritto (*iuris*) da parte dei giuristi romani, qualsiasi consapevolezza di tali figure come categorie dogmatiche, in età anteriore a quest’epoca, appare un’agnizione, forse la conseguenza di un approccio (inconsapevolmente?) analogista al problema. In parte, ciò può essere dipeso dalla complessità del tema (il che spiega perché il problema interessi anche i filosofi del diritto).

A me sembra in ogni caso, che per studiare l’incidenza di tale figura in diritto romano, sia necessario liberarsi almeno del pregiudizio (abbastanza diffuso) per cui la *fictio* sia un’assunzione coscientemente falsa’ utilizzata per qualche scopo⁹¹. Questa idea della *fictio iuris*, come ‘finzione’ nel senso di un’assunzione falsa, dovrebbe invece considerarsi solo un pregiudizio relativamente recente⁹².

⁹¹ Per uno sguardo d’insieme utile sul dibattito contemporaneo relativo alle finzioni giuridiche e con riferimento anche alla filosofia analitica contemporanea v. G. TUZET, *Finzioni*, in *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di M. Ricciardi, A. Rossetti e V. Velluzzi, Roma, 2015, 269 ss. (sul web), spec. 1 dove, sulla premessa che quando si usa una finzione ‘si fa come se qualcosa che è saputo essere falso sia vero’, se ne ricostruisce la struttura ritenendola costituita da tre condizioni necessarie e sufficienti: a) condizione di falsità; b) condizione di riconoscimento; c) condizione di utilizzo.

⁹² Non sembra soffrirne ancora F. LÜBKER, voce ‘*Fictio*’, in *Lessico ragionato dell’antichità classica*, trad. it., Bologna, 1898, rist. anast., 1993, 490: «*Fictio*, una mitigazione del severo diritto creata dal diritto pretorio, e propriamente una finzione, per la quale si dà a supporre una cosa come avvenuta o come esistente, se anche così non sia. Ad esempio per certe accuse veniva dato come mallevadore un peregrino, poiché questi come tale non poteva presentarne l’accusa». La circostanza forse si spiega pensando che il *Reallexikon* del Lübker fu iniziato per incarico dell’editore Teubner di Lipsia e il suo autore aveva seguito a Berlino le lezioni di August Boeckh. Di tutt’altro tenore la costruzione teorica della *fictio iuris* in C.F. VON GLÜCK, *Commento*, cit., 220, dove la finzione legale «è una tale disposizione giuridica, per cui si accetta come vera una cosa, che manifestamente non è vera; ma che solo sarebbe stata possibile: riguardo invece a quelle presunzioni (giuridiche) le leggi accolgono come certa una cosa bensì incerta ancora, ma tuttavia verosimile. La presunzione giuridica è dunque in

Per i giureconsulti sei-settecenteschi basta rileggere l'*incipit* del trattato dell'Altaserra (1602-1682) sulla *fictio iuris*. Un testo che l'Eineccio conosceva bene⁹³, dove la presentazione del tema non soffre di questo pregiudizio che ritengo estraneo anche alla visione antica⁹⁴:

«Sebbene le finzioni possano essere viste come ripugnanti al diritto, dato che il diritto è l'arte della giustizia e del bene ed ha come oggetto lo studio della verità; mentre le finzioni sarebbero da detestare in quanto ostentazioni di prestigio che mascherano la verità (poiché la giurisprudenza è vera, non mascherata e finta filosofia); le finzioni quasi infinite introdotte dalla legge civile sono da considerare del miglior disegno, dato che esse consentono di arrivare a ciò che è giusto in modo non dissimile all'arte della navigazione, il cui scopo è di permettere che la nave arrivi nel porto. In questo modo si può dire che le finzioni siano ottime, *colores*, con i quali la verità non viene corrotta, ma piuttosto illuminata»⁹⁵.

E ancora:

realtà una verità giuridica, ciò che non è una finzione legale, la quale si rapporta alla verità come un quadro si rapporta a quel fatto o a quell'oggetto, che il pittore ha voluto rappresentare. Essa mutua tutti i tratti della verità e ne segue il cammino, come l'ombra il corpo. Così si spiega la regola: *fictio idem operatur in casu ficto, quod veritas in casu vero*.

⁹³ J.Go. HEINECCIUS, 'Praefationem', cit., XI.

⁹⁴ Per quanto ne sappia essa può risalire almeno al IV secolo d.C. con il grammatico *Servius Honoratus* che commenta l'Eneide di Virgilio. Su cui v. *supra*, nt. 84.

⁹⁵ Il testo qui riprodotto è tratto da A. DADINUS ALTESERRAE, 'De fictionibus', cit., I.1.1: «*Etsi, fisiones videantur abhorrentes a iure, quod est ars aequi et boni, cuius obiectum est studium veritatis et fisiones, tamquam legum prestigiae et larvae veritatis detestandae sint, quan iurisprudencia sit vera, non fucata et simulata philosophia: infinitae tamen propemodum fisiones iure civili introductae sunt optimo consilio, ut per eas perveniantur ad ius et aequum, non dispari arte a nautica, qua aversi tendunt ad portum. Fisiones scilicet sunt eximii, colores, quibus veritas fucata non corrumpitur, sed potius illuminatur*».

«Il diritto civile si rallegra delle finzioni: perché tante finzioni si verificano qua e là nel diritto civile; tanto che bisogna dire che sono concentrate in questo diritto come nel suo regno e non puoi eliminarle senza perdere la parte più bella del diritto civile. Nel diritto non sono da biasimare le finzioni che sono prive di inganno, perché in questo consiste l'economia del diritto: usare la frode, senza frode, allora non è frode; come dice Dione Crisostomo: ἄλλ'οικονομίαν τινὰ ἢ σοφίαν»⁹⁶.

Piuttosto la *factio* è anzitutto una costruzione di pensiero, sebbene qualificata relativamente tardi come figura retorica; come tale, è uno strumento per rappresentare un luogo di senso, qualcosa che manca, come una parola, una fattispecie, un rapporto⁹⁷. Viene

⁹⁶ A. DADINUS ALTESERRAE, ‘*De fictionibus*’, cit., I.3.10: «*Ius civile gaudet fictionibus: tot enim passim fictiones occurrunt in iure civili, ut eas in hoc iure, tamquam in suo regno, versari dicendum fit, nec illas explodere possis, quin pulcherrimam partem iuris civilis e medio tollas: nec fictiones in iure vituperandae, quae dolo carent, & in quibus consistit oeconomia iuris, uti fraudem, si absit dolus non esse fraudem ἄλλ'οικονομίαν τινὰ ἢ σοφίαν, ait Chrysostomus, de sacerdot. lib. I cap. 14*». Questa citazione da me tradotta (come nella nota che precede) è anche ripresa da J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., XII.

⁹⁷ Non tanto dissimile da quella del Cuiacio e dell’Altaserra è la prospettiva di U. ROBBE, *La ‘factio iuris’ e la funzione di adempimento della condizione nel Diritto Romano*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, IV, Milano, 1978, 625 ss., spec. 664 ss. Il Robbe prende le mosse da un confronto tra Unger e Jhering. Per J. UNGER, *Die Verträge zu Gunstigen Dritter*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, 10, 1971, 11 s.: «il diritto fa finzioni per raggiungere uno scopo, la cui realizzazione è desiderabile, in modo che l’armonia dell’intero edificio non sia turbata, per non introdurre disposizioni che siano in urto coi principi fondamentali del diritto; in tal caso il diritto piega i fatti alle sue regole: sono finzioni pratiche. Ma accanto a queste vi sono pure delle finzioni teoriche che crea la scienza, sia che abbiano una tendenza didattica, cioè servano a raccogliere in unico principio direttivo una pluralità di norme per facilitarne la conoscenza, sia che abbiano una tendenza costruttiva, cioè valgano a dare il punto di mezzo tenente insieme un gruppo di fenomeni della vita giuridica, ad indicare il nocciolo d’una propria configurazione del rapporto giuridico. Ora a quest’ultime appartiene la finzione della persona giuridica. Essa è una finzione costruttiva, è

fuori in questo modo la natura retorica della fattispecie di cui, tipico esempio, è il sostantivo ‘*persona*’, un *topos* polisemico che sin dagli ordinamenti antichi è posto alla base dei concetti di soggettività in diritto sia sostanziale che processuale⁹⁸.

Ad ogni modo, Eneccio descrive la *factio* con una filastrocca: «*At factio ponit, aliquid factum esse, quod factum non est, vel non factum, quod factum est tamen*». Rileverebbe una *factio iuris* quando ‘si assume fatto qualcosa che non è stato fatto, o che non si sia fatto qualcosa che è stato fatto’⁹⁹.

il prodotto non d’una speculazione aprioristica, ma il risultato di un’acuta concezione giuridica del già dato, un’artistica spiegazione dei rapporti esistenti, la formula per un gruppo di fenomeni». Per R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig, 1989-1907, rist., Aalen, 1968, 306 ss. e nt. 422^a: «le finzioni storiche rappresentano una forma particolare del progresso nella storia e rilegano i rapporti nuovi alle antiche istituzioni; le finzioni dogmatiche, invece, [...] sono il risultato di un’operazione teoretica della mente. Esse rendono, mediante comparazione, perspicua un’intera serie di procedimenti, sorreggendo opportunamente il lavoro giuridico; ed a differenza delle altre, contengono un principio eminentemente creatore. Le finzioni dogmatiche tendono solo a facilitare una concezione giuridica come quella della esistenza delle persone giuridiche, che sottomette in effetti il nostro pensiero a questo stesso lavoro, di rappresentarci il rapporto di fatto altrimenti che non sia in realtà, di rappresentarci come soggetto, non i membri isolati della corporazione, ma un essere immaginario: la corporazione».

⁹⁸ Si rinvia per questo problema a R. ORESTANO, «*Persona*» e «*persone giuridiche*» nell’età moderna, in *Persone giuridiche e storia del diritto*, a cura di L. Pepe, Torino, 2004; e ora O. SACCHI, *Antica Persona. Alle radici della soggettività in diritto romano tra costruzione retorica e pensiero patristico*, Napoli, 2012, 1-278; ID., «*Eripitur “persona” manet res*». *Esperienza storico-giuridica di “persona” dalla maschera classica al postumano*, in *Persona*, I-II, 2019, 47-137 (anche sul web).

⁹⁹ J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., X. Nella scia di Eneccio, si possono citare J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, London, 1885, 609 s.; M. BRETONE, *Finzioni*, cit., 295-314, spec. 299; C. CHEVALIER, ‘*Fictio*’, cit., 19, per i quali la finzione giuridica consiste «nel simulare o assumere che qualche cosa che certamente era, non era; e che qualcosa che certamente non era, era»; ciò per ‘precostituire’ i presupposti di fatto necessari per l’applicazione di una

Già da questo si capisce che lo stesso Eneccio non vedeva la *fictio* come una rappresentazione falsa della realtà. Nel giureconsulto sembra piuttosto prevalere l'idea di una costruzione, o figura retorica, utile per la rappresentazione di un qualcosa (appunto *res* in senso retorico) altrimenti non rappresentabile. L'esatto opposto quindi dell'*error facti* che pure si definisce come una falsa rappresentazione della realtà.

All'inizio del Novecento, riassumendo le determinazioni della letteratura precedente¹⁰⁰, il primo a tentare una classificazione delle *fictiones* fu il Macchiarelli che ne distinse di vario tipo: una *fictio* ‘induttiva’ e ‘positiva’ (si suppone esistente l'inesistente); ‘privativa’ o ‘negativa’ (si suppone inesistente l'esistente); ‘traslativa’ o ‘estensiva’ (si suppone qualcosa diversamente da com'è); che a sua volta sarebbe distinguibile, in base all'elemento presupposto, in ‘personale’, ‘locale’, ‘reale’ e ‘temporale’¹⁰¹.

Tutto questo sembra però solo complicare una questione già complessa di per sé. Del resto, il considerevole sforzo ermeneutico (o dogmatico) per trovare in chiave sistematica l'elemento accomunante tra fenomeni ‘finzionistici’, o ‘sostitutivi’, molto diversi tra loro – quali ad es. le cd. ‘entificazioni’ (come l'*hereditas iacens* o il *peculium*); figure giurisprudenziali come la cd. *ficta traditio*; o *regulae* costruite usando lo schema finzionistico (come *conceptus pro iam nato habetur*) – apparirebbe finanche superfluo, pensando più semplicemente (in termini storico-giuridici) alla *fictio* come a una

determinata fattispecie come nella *fictio legis Corneliae*, nel *postliminium* e nella *fictio rescissae capitis deminutionis*. Cfr. ancora C. CHEVALIER, ‘*Fictio*’, cit., 20, nt. 39.

¹⁰⁰ Cfr. BARTOLO DA SASSOFERRATO, ‘*In primam Digesti novem partem commentaria*’, Lugduni, 1581, 29 («*Si is qui pro emptore*»); riletto criticamente da A. ALCIATO, ‘*De usucapionibus et usurpationibus*’ (102-109), in ‘*Omnium Do. Andreae Alciati mediolanensis iureconsulti clarissimi operum in sex tomos*’, VI, Basileae, 1571, 241. Su cui E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 19, nt. 34.

¹⁰¹ A. MACCHIARELLI, voce ‘*fictio iuris*’, in *Enc. giur.*, VI, Milano, 1903, 551 ss. Su cui E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 19, nt. 34.

figura retorica progressivamente perfezionatasi grazie all’acume della giurisprudenza, prima pontificale e poi laica, che trasformò nel corso del tempo l’attività pratica del diritto in una *scientia iuris* grazie al metodo anomalista che, proprio per questa ragione, forse si potrebbe dire, esso stesso, anche ‘eurematico’, perché frutto di un’astrazione teorica, che è un’operazione tipica del ragionamento logico dialettico¹⁰².

Ancora utile appare quindi la descrizione di tale fattispecie dell’*Einuccio*, costruita sull’autorità del Cuiacio, e data portando l’esempio della *fictio legis Corneliae* (una *fictio* oggi inquadrata dalla dottrina romanistica tra le cd. finzioni legislative¹⁰³). Traducendo

¹⁰² Si v. ad esempio E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 422-479, spec. 477; e anche 491, dove l’a. precisa il significato dell’aspetto ‘sostitutivo’ che sarebbe l’elemento caratterizzante dello schema finzionistico (nell’ottica di una lettura dogmatica della fattispecie): «A mio avviso, [...], perché un dato fenomeno possa essere correttamente qualificato come finzione, deve, infatti, essere indicato nella potenziale ‘alternatività’ di due forme, delle quali, l’una è sostituyente dell’altra e non, semplicemente, a questa sostituita. Ove, invece, questa potenziale alternatività difetti, essendosi appunto una forma sostituita ad un’altra più antica, la quale cessa di essere esperibile, non si è, a mio avviso, in presenza di una finzione».

¹⁰³ La *fictio legis Corneliae*, ascrivibile all’età sillana (forse 81 a.C.), stabiliva che «in caso di morte del cittadino durante la prigionia, lo stesso si considerava morto al momento della cattura, soprattutto a fini successorii». Così G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall’età arcaica al principato*³, Torino, 1995, 250. Per l’elaborazione della figura nella dottrina romanistica novecentesca v. esaustivamente, con ragguglio di bibl. e probl., E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 352-373; sulla *fictio legis Corneliae* si v. L. D’AMATI, *Considerazioni in tema di ‘actio utilis rescissa capitis deminutione’*, in *D@S*, 8, 2009, 1 ss.; e da ultima C.M. SÁNCHEZ, M. ELLART, *Die ‘fictio legis Corneliae’ in P. Berol. 11753 A + 21294 A*, in *Arch. Pap.*, 67.1, 2021 (sul web). Tale *fictio* è posta da G. TUZET, *Finzioni*, cit., 5 nella categoria delle ‘finzioni giustificative’ (ossia, «utilizzate per giustificare una conseguenza giuridica che non potrebbe essere raggiunta altrimenti»). Il suo scopo fu di assicurare la successione del cittadino morto in cattività che si considerava deceduto come se fosse stato *in civitatem*. Si risolse così il problema posto dalla disciplina del *postliminium* per cui persone (o cose) cadute in mano al

liberamente: «Molte sono le finzioni nelle leggi e nel diritto, quasi come se fosse stato necessario ammettere i fatti in un certo modo, perché così esigono la ragione, l’equità e la convenienza»¹⁰⁴. D’altra parte, il significato della parola *fictio*, come detto, non è solo quello di ‘finzione’ nel senso di ‘falsificare’, ma anche quello di ‘costruzione’, ‘creazione’ o ‘modello’ (dal verbo ‘modellare’ come ‘dare forma’¹⁰⁵). Ciò dà ragione del fatto che questo strumento consentì ai giuristi di introdurre molte nuove fattispecie nell’ordinamento giuridico e ciò spiega perché studiosi come Brenkmann o Eineccio abbiano riconosciuto nella fattispecie natura *eurematica*¹⁰⁶.

nemico non perdevano il loro status giuridico, ma lo riacquistavano col ritorno *in civitatem*. Per far valere il testamento del prigioniero che fosse morto *in hostium potestate* la *lex Cornelia* stabilì che il prigioniero si dovesse considerare come morto *in potestatem* in modo da salvare la validità del suo testamento; una soluzione dettata da motivi di opportunità e giustizia (ritenuta quindi più conveniente), ottenuta modificando l’aspetto fattuale senza cambiare il quadro normativo. Si v. F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della ‘fictio iuris’*, Padova, 1979, 26-28 (in G. TUZET, *Finzioni*, cit., 6 da cui traggio).

¹⁰⁴ Così J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., XII: «*Fictiones multae sunt in iure et legibus, et ficticiae etiam rationes multae, quasi introduci oportuit, et admitti, rerum, ut ratio et aequitas postulat, expediendorum gratia*». Per altri esempi di *fictiones* v. però Gai 4.34-38 su cui E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 259 ss. e ora C. CHEVALIER, ‘*Fictio*’, cit., 18 ss.

¹⁰⁵ Cfr. A. WALDE, J.B. HOFMANN, voce ‘*fingō*’, in *Lateinische Etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, 1930-58, 501-502 che accredita *fingere* (col significato di ‘knete’, ‘bilde’, ‘forme’, ‘gestalte’) già in Ennio (239-169 a.C.) nel significato più generico di ‘impastare’ (*keteten*), ‘specificare’ (*vorgeben*). Si v. *ex multis* Cato *agr.* 76.3; Ov. *trist.* 2.489; Cic. *fin.* 4.7; Quint. *inst. or.* 8.3.30.

¹⁰⁶ La radice etimologica è nel sanscrito *dih* = *d* (la luce) + *i* (con continuità) + *h* (togliere); nel senso di ‘modellare’, ‘formare’, ‘foggiare’, ‘macchiare’; ossia ‘creare una forma che occupa spazio sottratto alla luce’. In latino *d* = *f*; *i* = *i* e *h* = *c*. Quindi *fingo*, *-ere* = ‘modellare’, ‘foggiare’, ‘simulare’; *fictio*, *-onis* = ‘creazione’, ‘supposizione’, ‘finzione’. Così F. RENDICH, *Dizionario etimologico comparato delle lingue classiche indoeuropee. Indoeuropeo, sanscrito-greco-latino*, Roma, 2010, 162. Cfr. A. ERNOUT, A. MEILLET, voce ‘*fingō*’, in *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1979, 235-236, spec. 236, si trova: «*fictio*: formation,

Del resto, si deve a questo schema di pensiero, anche l’uso plurisecolare delle *formulae* di legge (a cui sarà dedicato il prossimo paragrafo) dove la *fictio*, nella struttura della fattispecie, assume valore costitutivo¹⁰⁷. Ad ogni modo, la parola *fictio* è accreditata da Quintiliano – forse per la prima volta classificata formalmente in latino come parola del gergo retorico nell’ambito delle prove di ragionamento (*de argumentis*) riguardanti l’entimema nell’accezione di *sententia cum ratione* (*inst. or.* 5.10.1-2) – che ne ricostruisce l’etimologia citando il favolista Fedro, per il quale: ‘il nome si plasma (o si costruisce) aggiungendo o togliendo delle lettere’ (*inst. or.* 6.3.53: *haec tam frigida quam est nominum fictio adiectis detractis mutatis litteris*)¹⁰⁸. Il retore usa i termini *fictione* e *fictio* anche per definire la prosopopea e le argomentazioni ‘colorite’ come quelle utilizzate nelle cause di cui l’oratore si assume la difesa¹⁰⁹.

création; [...]; en particulier dans la langue de la rhétorique “supposition, fiction”; [...]; terme de droit *fictio legis*. Le nom n’apparaît pas avant l’époque impériale, surtout fréquent chez Quintilien, qui l’a peut-être inventé.

¹⁰⁷ Sulle *formulae ficticiae* si v. S. RICCOBONO, «*Formulae ficticiae*», cit., 3 ss.; ID., *Corso di diritto romano, II. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano*, Milano, 1933-34, 211 s.; L. DI LELLA, ‘*Formulae ficticiae*’. *Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984; R. SOTTY, *Les ‘actiones’ qualifiées d’utiles’ en droit classique*, in *Labeo*, 25, 1979, 139 ss.; F. MERCOGLIANO, ‘*Actiones ficticiae*’. *Tipologie e datazione*, Napoli, 2001.

¹⁰⁸ Phaedr. 4.15.1: *Prometheus [tum materia eadem usus formauit recens] a fictione ueretri linguam mulieris. Adfinitatem traxit inde obscaenitas.*

¹⁰⁹ Quint. *inst. or.* 5.10.97-99: *Lex: “qui parentes non aluerit, unciatur”. Non alit quis, et vincula nibilo minus recusat. Utitur fictione, si miles, si infans sit, si rei publicae causa absit. Et illa contra optionem fortium: “si tyrannidem petas, si templorum eversionem”. 98. Plurimum ea res virium habet contra scriptum. Utitur his Cicero pro Caecina: “Unde tu aut familia aut procurator tuus. Si me vilicus tuus solus deceisset [...] si vero ne habeas quidem servum praeter eum qui me dececerit”, et alia in eodem libro plurima. 99. Verum eadem fictio valet et ad qualitates: “si L. Catilina cum suo consilio nefariorum hominum quos secum eduxit hac de re posset indicare, condemnaret L. Murenam”; et {ad} amplificationem: “si hoc tibi inter cenam et in illis inmanibus poculis tuis accidisset”. Sic et: “si res publica uocem haberet”. Per la prosopopea v. Quint. *inst. or.* 11.1.39: *Verum etiam in iis causis quibus**

Il termine *fictio*, *-onis*, viene infatti dalla forma verbale *finco*, *fingere* che significa ‘formare’, ‘plasmare’. A parte Fedro, citato da Quintiliano, di cui si è già detto, Lattanzio usa la parola per rappresentare la creazione dell’uomo (Lact. *inst.* 2.10.13: *fictio hominis*). A favore dell’ipotesi di una consapevolezza tarda della *fictio* come tecnicismo retorico-giuridico, depone infine anche l’espressione *ficticiis actionibus*, dato che nei *Tituli* ulpianei questa potrebbe essere *apax legomenon*¹¹⁰.

Detto questo, condivido quanto scrive Ernesto Bianchi nella *Premessa* del suo ponderoso studio sulla *fictio iuris*: «Il riferimento principe (*scil.* dev’essere), quindi, quello della cosciente deformazione di una fattispecie concreta cui si riconnette una conseguenza giuridica propria di altra fattispecie»¹¹¹.

Allargando la prospettiva, aggiungerei che la *fictio iuris* sia stata forse, se non il più efficace, di sicuro lo strumento più usato per applicare in diritto romano lo schema dell’analogia in chiave anomalistica.

Lo conferma Gaio che nelle sue *Institutiones*, dopo aver precisato la distinzione tra le azioni che valgono per forza e virtù proprie (*vis ac potestate habere*) – ossia quando si pretende che si debba avere *ex iure civili* del denaro o una qualche cosa (come in Gai 4.33 per le *actiones commodati, fideiuciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles*) –,

*advocamur eadem differentia diligenter est custodienda. Vtimur enim fictione personarum et velut ore alieno loquimur, dandique sunt iis quibus vocem accommodamus sui mores. Cfr. Cic. de inv. 1.19.27: Argumentum est ficta res, quae tamen fieri potuit. Huiusmodi apud Terentium: “Nam is postquam excessit ex ephebis, [Sosia] [...]”, dove troviamo la definizione di *argumentum* come una costruzione astratta (*est ficta res*), tuttavia verosimile (*quae tamen fieri potuit*).*

¹¹⁰ Tit. Ulp. 28.12: *Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.* Così E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 285 e *passim*.

¹¹¹ E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 32.

comincia a esporre le *actiones* pretorie concesse applicando lo schema della *fictione* (*ad condicionis fictionem*); ossia, quando si agiva in base all’editto per ottenere dal pretore la *bonorum possessio*¹¹². Le testimonianze sulle azioni fittizie tratte dal manuale di Gaio (circostanza di cui sembra consapevole lo stesso giurista) non esauriscono tuttavia la fattispecie¹¹³.

Ad esempio è a tutti nota la *fictione legis Corneliae*, da inquadrare nel *genus* delle finzioni giuridiche, come *species* di finzione ‘giustificativa’, che può dirsi un *topos* della cultura giuridica di ogni tempo, se è vero che viene ricordata anche oggi, tra i filosofi del diritto, come esempio efficace di finzione giuridica in contrasto con altri esempi definiti ‘grotteschi’. Come nel caso della ‘finzione’

¹¹² Il giurista parla di ‘finzioni’ d’altro genere (Gai 4.34: *alterius generis fictiones*) come quando si chiedeva al pretore il possesso dei beni fingendosi erede (*facto se herede agit*), come nei casi dell’*actio Serviana* o dell’*actio Rutiliana*, quando il compratore fingeva di essere titolare del bene comprato come erede (Gai 4.35). Lo stesso si è detto per l’*actio Publiciana* dove si fingeva l’usucapione (Gai 4.36) e per l’*actio furti* quando si agiva contro uno straniero o era lo stesso straniero ad agire (Gai. 4.37). Ancora, era lo stesso quando si agiva per il danno aquiliano (*ex lege Aquilia*) dove, in circostanze analoghe alla precedente si ‘fingeva’ che lo straniero avesse cittadinanza romana (Gai 4.37: *civitas Romana peregrino fingitur*). Cfr. F. MUSUMECI, ‘*Lex Aquilia ex capite tertio*’ e lesione fisica del ‘*liber homo bona fide serviens*’, in *Antologia del Digesto giustiniano. Scritti in ricordo di G. Negri*, a cura di L. Maganzani, Napoli, 2023, 105 ss. [= in *Index*, 49, 2021, 289 ss.]; e ora per una rassegna del tema in chiave di tradizione romanistica si v. M.F. CURSI, *Una storia della polifunzionalità della responsabilità civile: dalla ‘poena’ ai punitive damages*, in *Storia Metodo Cultura*, 2, 2023, 1 ss.

¹¹³ Sempre grazie al manuale di Gaio sappiamo che si usava l’*actio ficticia* quando si fingeva che l’avversario non avesse subito una *capitis deminutio minima* come nel caso di una donna sposata mediante *coemptio*; o di una persona di sesso maschile (*masculus*) adrogata (Gai 4.38: *aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse*). Pur trattandosi della richiesta di una somma di denaro, Gaio cita infine come esempio di *fictione*, lo schema concesso al pubblicano per cui si ‘fingeva’ che la somma dovuta e non pagata, fosse stata data in pegno (Gai 4.32: *ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur*). Si v. anche *supra*, ntt. 87 e 89.

escogitata da una corte inglese nel 1774 che stabilì con sentenza che l'isola di Minorca fosse una parte della città di Londra¹¹⁴.

Rilevano però modalità finzionistiche anche quando si immagina che abbia la proprietà di un bene (*in bonis habere*) colui che può far valere l'azione per ottenerlo (la cd. finzione pretoria)¹¹⁵; ovvero quando si finge che non abbia preso dei beni (o uno solo), chi dev'essere obbligato a restituirli. Come nel caso di una disposizione fedecommissaria in materia di eredità o di legato (rilevando qui una finzione giurisprudenziale e una legislativa)¹¹⁶. Un altro esempio riguarda la rilevanza giuridica del perimento di cose che cessano di esserlo nel rapporto giuridico, ma non in natura. Casi tipici sono poi quelli della *societas* che in diritto romano si considerava estinta per mancanza sopravvenuta di persone, di cose o della volontà di un socio; ovvero, nel caso di un'*aditio actionis*¹¹⁷.

Ancora, rileva una *fictio* quando si considerano esistenti cose che non lo sono più. Come nel caso nell'*aestimatio* di *res* oggetto di usufrutto consumate, deteriorate o fungibili, disposto per

¹¹⁴ G. TUZET, *Finzioni*, cit., 5 con bibl. ivi.

¹¹⁵ Paul. 4 *ad Sab.* D. 50.17.15: *Is, qui actionem habet ad rem recipendam, ipsam rem habere videtur*, (per G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 80 il frammento sarebbe stato riscritto dai compilatori; su [*habere videtur*] v. C. SANFILIPPO, *Il ‘metus’ nei negozi giuridici*, in *Annali dell'Università di Camerino. Sez. giur.*, 7, 1934, 103 e *passim*); Mod. 7 *reg.* D. 41.1.52: *Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amitentes ad recipendam eam actionem habemus* (per G. BESELER, *Beiträge*, IV, cit., 80 il frammento sarebbe una parafrasi dei compilatori; G.H. MAIER, *Prätorische Bereicherungsklagen. Romanistische Beiträge zur Rechtsgeschichte*, V, Berlin-Leipzig, 1932, 52 ss. ipotizza che i compilatori abbiano sostituito (*metus causa mancipio datam*) con '*rem*'; C. SANFILIPPO, *Il ‘metus’*, cit., 103 considera il segmento [*in – intellegimur*] insitico). Sulle cd. finzioni pretorie v. E. BIANCHI, '*Fictio*', cit., 259 ss. e ora M. BRETONNE, *Finzioni*, cit., 297 e *passim*.

¹¹⁶ Ulp. 4 *fid.* D. 36.1.17(16).

¹¹⁷ Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.63.10.

senatoconsulto nell’eventualità che l’usufruttuario prestasse garanzia (la cd. *cautio quasi usufructuaria*) al nudo proprietario (cd. finzione legislativa)¹¹⁸. Di più, si può parlare di *fiction* anche a proposito della perpetuità della dote. Sciolto il matrimonio, sebbene questa rilevi nella funzione stessa dell’istituto, nessuno penserebbe di considerarla ancora perpetua¹¹⁹.

Significativa è la *fiction* sulla regola dell’efficacia *ex tunc* dell’accettazione d’eredità. Procedendo all’*aditio hereditatis* si finge infatti che l’erede sia diventato tale al momento della morte del *de cuius*.

Una caratteristica di questa figura, già colta peraltro dall’Altaserra, è che essa è suscettibile di farne scaturire altre¹²⁰. Una

¹¹⁸ Ulp. 18 *ad Sab. D.* 7.5.1: *Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari* (ipotizzano ritocchi triboniani per i segmenti ‘*omnium – quas*’ e ‘*vel minuuntur*’ E. LEVY, E. RABEL, ‘*Index interpolationum*’, I, Weimar, 1929, 99); Gai. 7 *ad ed. prov. D.* 7.5.2 pr.-1: pr. *Sed de pecunia recte caveri oportet his, a quibus eius pecuniae usus fructus legatus erit. 1. Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi* (per i rimaneggiamenti di Triboniano come ‘*remedio introducto*’ e con qualche dubbio ‘*sed – haberi?*’ si v. ancora E. LEVY, E. RABEL, ‘*Index*’, I, cit., 99). Cfr. per questo anche I. 4.2. Sulle cd. finzioni ‘legislative’ v. E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 347 ss.

¹¹⁹ Paul. 40 *ad Sab. D.* 23.3.1: *Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.*

¹²⁰ A. DADINUS ALTESERRAE, ‘*De fictionibus*’, cit., IV.2.169 ss. Lo studio dell’Altaserra (pubblicato nel 1659) è stato inspiegabilmente sottovalutato dalla dottrina più recente, nonostante A. MACCHIARELLI, voce ‘*fiction*’, cit., 539 ne avesse colto esattamente il senso: «È difficile esporre una completa ed esatta nozione storica della finzione giuridica; perché la *fiction iuris* non tratta uno di quegli istituti speciali del diritto pubblico o privato, che sorsero in una data epoca, e progredirono o caddero poi, ma perché riguarda tutta la struttura ed organismo del diritto, tutta la fisiologia giuridica, nella quale vi ha tanti punti ancora oscuri». Traggio la citazione da E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 3, nt. 5 il quale, apoditticamente, a proposito del trattato dell’Altaserra si esprime a mio sommo avviso in

di queste fu la regola del servo ereditario che poteva stipulare per il futuro erede. Proculo negò tale possibilità perché il *servus*, stipulando prima dell'accettazione dell'erede, avrebbe agito da estraneo. Cassio invece l'ammise adducendo la regola (*factio*) per cui l'erede succede al tempo della morte del *de cuius* (*videretur ex mortis tempore defuncto successisse*); con la motivazione (*color*) che è dal tempo della morte del *de cuius* che la famiglia dell'erede si reputa in lutto (*quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur*)¹²¹. Ancora, si può menzionare la norma per cui il cd. *tempus vacuus*, ossia quello intercorrente prima o dopo l'accettazione di eredità, si ritenesse imputabile all'erede per la prescrizione; implicita in questa finzione sarebbe la norma per cui il *tempus ad usucapionem* iniziato dal defunto può perfezionarsi anche prima dell'accettazione di eredità¹²².

Analogo discorso può farsi, infine, per tutte le ipotesi di riconoscimento di valore retroattivo alle condizioni causali (come nel caso della costituzione delle fattispecie di legato o del diritto di accrescimento in caso di coeredità)¹²³. In questi casi, il mancato

termini non propriamente generosi (p. 9, nt. 13): «Alcune monografie del settecento, opere indubbiamente di alta erudizione, pur se prive di valore scientifico (fra le quali spicca certamente quella di Altaserra [...])». Più comprensibile è invece il giudizio sfavorevole del Glück in chiave dogmatica (o ideologica), sulle ‘finzioni di finzioni’, ritenuto l'errore in cui cadrebbe chi ammette finzioni di cui non vi è traccia nella legge. Cfr. C.F. VON GLÜCK, *Commento*, cit., 220 s.

¹²¹ J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., XI.

¹²² Paul. 32 *ad Sab.* D. 41.3.31.5: *Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit*; Nerat. 5 *reg.* D. 41.3.40: *Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est*; Papin. 23 *quaest.* D. 41.3.44.3: *Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat: sed haec iure singulari recepta sunt*. Per i rimaneggiamenti al frammento di Nerazio si v. E. LEVY, E. RABEL, ‘*Index*’, III, cit., 205; per Papiniano v. ancora E. LEVY, E. RABEL, ‘*Index*’, III, cit., 206.

¹²³ J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., XI.

esplicito supporto di una legge a monte, non sembra aver costituito per i giuristi un limite per l'*inventio* e la considerazione della fattispecie.

6. ‘*Formulae*’

Anche le *formulae* sono costruzioni di pensiero utilizzate dai giuristi romani sin dall’età repubblicana (come i *colores* e le *fictiones*) per ammorbidire la rigidità della legge (*in emolliendo iuris civilis rigore*)¹²⁴. Ma si deve precisare. Vale lo stesso discorso fatto per le *fictiones*. Si può ragionevolmente parlare di giurisprudenza eurematica specialmente per le *formulae* escogitate dopo la desacralizzazione del diritto o, per dirla col Bretone, dopo il superamento del *Symbolrealismus* della cultura giuridica arcaica, per effetto della rivoluzione culturale del II secolo a.C.¹²⁵ Almeno da

¹²⁴ J.Go. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., V.

¹²⁵ M. BREONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 2004, 227 riferendosi a Wieacker. Franz Wieacker individua almeno due fasi del ‘classico’ della giurisprudenza romana ripartite in due segmenti temporali: III-I a.C. e I a.C.-III d.C. Cfr. per questo F. WIEACKER, *Vom römischen Recht*, Stuttgart, 1961, 161 ss., 163-4, 171-5, 182-6 che intende ‘classico’ come: «il punto più alto raggiunto da una manifestazione della vita in uno svolgimento storico concluso» e quale «concetto morfologico applicabile a qualsiasi esperienza storica», in due momenti distinti. Il primo, fino all’epoca di Q. Mucio Scevola *pont. max.* caratterizzato da una classicità preletteraria. Il secondo, collocato nello spazio temporale che va dall’epoca postmuciana fino ai Severi, che contempla una giurisprudenza ritenuta letteraria. È molto interessante rileggere Wieacker che viene letto da Bretone (M. BREONE, *Diritto e tempo*, cit., 227): «È classica la giurisprudenza fra il terzo e il primo secolo perché ha sviluppato l’intero patrimonio del *ius civile* e ha creato la ‘tecnica riformatrice’ del pretore; ha inventato le forme argomentative fondamentali; ha condotto l’astrazione giuridica sino al punto di superare il *Symbolrealismus* della cultura giuridica arcaica». La cd. giurisprudenza letteraria «è classica in quanto letteratura, per la maestria con la quale domina il patrimonio giuridico dei *veteres*; per l’adeguatezza dell’argomentare; per la semplicità stilistica, ma anche per la cura del dettaglio;

quando, cioè, a Roma si cominciò a studiare la retorica greca anche per la formazione giuridica¹²⁶. In questo quadro, l’uso delle *formulae*,

per l’eleganza del discorso; per l’orizzonte universalistico entro il quale si muove». La schematizzazione di Wieacker è stata criticata da Mario Bretone che a sua volta riprende una posizione di W. KUNKEL, *Recensione a F. WIEACKER, Über das Klassische in der römischen Jurisprudenz*, in *ZSS*, 69(1), 1952, 465-468 che non riuscì a convincersi della possibilità di individuare nei giuristi romani una ‘classicità preletteraria’ anteposta a un ‘classico’ vero e proprio. Il problema andrebbe ulteriormente approfondito perché col Bretone non mi sentirei di escludere la scuola serviana dalla fase del cd. ‘primo classico’. Parla di due fasi classiche della giurisprudenza romana anche F. SCHULZ, *Storia*, cit., 183-184 individuando però, come ‘linea di divisione’, l’ascesa di Adriano; e, come fattore storico discriminante, il fenomeno della burocratizzazione imperiale. Wieacker fissando come *dies ad quem* per il segmento ‘preletterario’ Q. Mucio *pont. max.* (morto assassinato nell’82 a.C.) dimostra di subire ancora l’influenza dei pandettisti (Ferrini e Pernice). Non così Bretone che include la scuola serviana nella fase del cd. ‘primo classico’; in questo concordando con Schulz che allarga lo spazio temporale di operatività di questo ‘primo’ classico ai giuristi della scuola serviana, abbassandone tuttavia, come detto, il termine finale all’epoca dell’ascesa al trono di Adriano (F. SCHULZ, *Storia*, cit., 183). Anche Fritz Pringsheim, pensava a ‘due classici’, ma secondo una scansione che va fino ad Adriano e da Adriano a Diocleziano; sul punto si rinvia alle lucide considerazioni di A. GUARINO, *Autobiografia di un romanista*, in *Labeo*, 7, 1961, 388.

¹²⁶ Le prime esperienze di retorica in senso assoluto sarebbero state maturate, secondo Aristotele, nei processi sulla restituzione dei beni confiscati dai tiranni siciliani della dinastia di Terone ad Agrigento (471 a.C.) e di Gerone a Siracusa (463 a.C.). A partire dal 460 a.C., si dice che comparvero a Siracusa i primi professori di retorica come Corace e il suo allievo Tisia. H-I. MARROU, *Storia dell’educazione*, cit., 85; ma si v. anche M. NILSSON, *La scuola nell’età ellenistica*, Firenze, 1973. Secondo la tradizione l’iniziatore (εὐρητής) sarebbe stato l’agrigentino Empedocle nel V sec. a.C., che fu maestro di Gorgia. Cfr. Diog. Laert. 8.57. La sistemazione scientifica, per me più direttamente riconducibile a Cicerone, cominciò tuttavia con Ermagora di Temno nel II sec. a.C., di cui Aristodemo di Nisa può essere stato un vettore, dato che insegnò retorica a Rodi nel I secolo a.C. (H-I. MARROU, *Storia dell’educazione*, cit., 221), la grande città universitaria molto frequentata dall’*élite* romana dell’epoca. Cratete di Mallo, direttore della scuola di Pergamo, secondo Suet. *gramm. et rhet.* 2, fu il primo a introdurre a Roma la filologia (tra il 169 e il 167 a.C.). Vanno menzionati i famosi

appare, uno dei principali strumenti retorici usati dai giuristi romani per esplicitare la loro attività ermeneutica (ossia il metodo dialettico di matrice stoica) in chiave anomalista¹²⁷.

tre ambasciatori filosofi (Carneade, Diogene e Critolao) giunti a Roma nel 155 a.C.; e infine Panezio, esponente di spicco del circolo scipionico, facente capo a Scipione Emiliano (morto nel 129 a.C.). Insieme agli aspetti tecnici specifici di tale disciplina, arrivò a Roma per queste strade anche il dibattito degli Alessandrini sulla disputa tra analogisti e anomalisti; i primi, come noto, sostenitori della regolarità della grammatica, riflesso della regolarità del mondo e della mente umana; i secondi, alla ricerca delle irregolarità e delle eccezioni (su cui v. Varrone nel *de lingua Latina*). Il primo retore stipendiato dallo stato fu Quintiliano nel I secolo (senza dimenticare almeno Seneca e Plinio il Giovane). Ma è significativo che Frontone, maestro di Marco Aurelio, e anche uomo di stato, rimproveri all’allievo di aver abbandonato la filosofia per la retorica (B. MARIANO, *Scuola e controscuola nell’antica Roma*, Firenze, 1974, 16 e *passim*). Una fase ulteriore dell’affermazione della retorica a Roma, vide protagonista Ermogene di Tarso (ca. 160-225 d.C.), attivo sotto Marco Aurelio, che segnò la fase della seconda sofistica o neo-retorica col dibattito tra Asianesimo e Atticismo. In generale si v. R. BARTHES, *La retorica antica. Alle origini del linguaggio letterario e delle tecniche di comunicazione*¹¹, Milano, 2011, 111-112 e *passim*.

¹²⁷ Per un’introduzione generale alla materia, con ind. bibl. di riferimento, si v. R. MARTINI, *Antica retorica giudiziaria (gli ‘status causae’)*, in *D@S*, 3, 2004, (sul web) da cui si evince che la prima teorizzazione degli *status causae* non è anteriore a Ermagora. Si v. L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli “status” nella retorica greca e romana*, Hildesheim, 1986; EAD., *Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli ‘status’*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età del Pontefici alla Scuola di Servio*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996, 209 e nt. 1; A.C. BRAET, *The Classical Doctrine of Status and the Rhetorical Theory of Argumentation*, in *Philosophy and Rhetoric*, 20, 1987, 79-93. L’espressione *hermeneuma* è in *Sen. contr.* 9.3.14, adoperata con riferimento alla disciplina retorica del suo tempo, oggetto d’insegnamento sebbene mal pagata (*numquam magnas mercedes accepisse eos qui hermeneumata docerent*); ma è anche adoperata nel titolo dei cd. *Hermeneumata Pseudodositheana* su cui v. ora L. PEPPE, *Fortuna*, cit., 627-656. Per un confronto con il pensiero stoico si v. *Diog. Laert.* 7.41-42. Per l’anomalismo dei giuristi romani si rinvia a O. SACCHI, *L’ars hermeneumatica dei giuristi romani tra propensione analogista e anomalista nel diritto*, in *Scritti per A. Corbino*, VI, a cura di I. Piro, Tricase (LE), 2016, 381-426; e ora anche ID., *Il giurista romano come ‘saggio artefice’*

Sin dalle origini abbiamo l’attestazione dell’uso di formule sacrali e sacerdotali espresse anche in forma oracolare; delle formule dei giuramenti, come nel caso della formula del cd. Vaso di Duenos, che risale al VII/ VI secolo a.C.; per non dire della rigida osservanza della lettera della legge che portò le *legis actiones* a una graduale disapplicazione perché, come dice il Gaio veronese, *paulatim in odium venerunt*¹²⁸. Queste, insieme ad altre, sono tutte evidenze note ai romanisti che parlano per questo di un formalismo arcaico tipico dei romani. Ma, pur fondamentali per lo sviluppo del diritto romano arcaico, non farei rientrare queste formule nell’attività eurematica in senso stretto perché questa deve presupporre in un giurista (anche laico) la conoscenza e la sperimentazione consapevole di schemi retorici.

Fino alla cd. laicizzazione del diritto (fine III sec. a.C.); ossia fino a quando come dice Livio (9.46.5) il *ius civile* rimase a Roma *repositum in penetralibus pontificum* (fine IV sec. a.C.) – dopo circa un secolo di transizione di cui parla Pomponio quando la *scientia interpretandi*, pur appannaggio del collegio pontificale, venne amministrata da un pontefice eletto da questo collegio che ogni anno doveva assistere i privati (Pomp. *l. sing. ench.* D. 1.2.2.6)¹²⁹ –

e il suo ruolo politico-sociale tra ‘ars’ e technè: qualche riflessione sull’idea del ‘ius’ come logos da Cicerone a Ulpiano, in ‘Ius hominum causa constitutum’. Studi in onore di A. Palma, III, a cura di F. Fasolino, Torino, 1604-1634.

¹²⁸ Gai 4.30. Per il cd. Vaso di Duenos si v. O. SACCHI, *Il ‘Trivaso del Quirinale’. Implicazioni giuridico-culturali legate alla destinazione fruizione dell’oggetto*, in *RIDA*, 3.48, 2001, 277 e *passim*. Per il diritto pontificale v. Liv. 9.46.5. Ma v. anche *infra*, ntt. 129, 130 e 131.

¹²⁹ Secondo Pomponio, per circa un secolo dopo la promulgazione delle XII tavole (450 a.C.), entrambe le attività (negoziale e giudiziale) furono svolte seguendo le regole del collegio pontificale, grazie a un pontefice appositamente nominato. Pomp. 1.2.2.6: *Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.* Si tratta di una storia ben nota. In un primo tempo, le formule giudiziali furono escogitate nella segretezza del

non parlerei quindi già di giurisprudenza eurematica in senso stretto, ma ancora del *Symbolrealismus* tipico della cultura giuridico-romana arcaica (Wieacker, Bretone).

Per la prima età repubblicana (e fin dalle origini) penserei quindi a un approccio ‘topico’ e non ‘sistematico’ al diritto. Mentre, riterrei appropriata l’espressione giurisprudenza ‘eurematica’, non prima dei *Tripertita* di Sesto Elio (con il corredo di *lex*, *interpretatio* e *actiones* intorno al 200 a.C.); dei primi libri di *ius civile* di P. Mucio, Bruto e Manilio, fino agli *opoi* o *definitiones* di Q. Mucio, del I a.C.¹³⁰

collegio pontificale. Presto però, secondo la tradizione, furono pubblicate grazie a Gneo Flavio, un liberto di Appio Claudio, che le consegnò al popolo. Un evento certificato anche dai compilatori giustinianeî che inserirono l’*Enchiridion* di Pomponio nel Digesto e che contribuì in modo decisivo alla costruzione dei fondamenti stessi del diritto romano. Cfr. Pomp. D. 1.2.2.7: *Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam rede-gisset has actiones, Gnaeus Flavius scribe eius libertini filius subreptum librum populo tradidit [...]*. Si può dire allora che le *formulae* elaborate in ambito pretorio rappresentino in campo giuridico, sin dalle origini, anzitutto l’espressione più piena dell’attività rispondente a Roma (*interpretandi scientia et actiones*) formatasi, secondo la tradizione, come detto grazie alla *disputatio fori*: una sorta di messa a punto del testo di legge approvato, in funzione della sua applicabilità pratica. Pomp. 1.2.2.5: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.* [Trad. it. a cura di S. SCHIPANI, ‘*Iustinian?*’, I, cit., 81 s.: «Approvate tali leggi (così come suole naturalmente avvenire che l’interpretazione richieda l’autorità dei giuristi), comincio ad essere necessaria la discussione nel foro. Questa discussione e questo diritto, che, senza essere fonte scritta, venne messo insieme dai giuristi, non è chiamato con una denominazione propria, così come le altre parti del diritto vengono designate con nomi propri che sono stati ad esse attribuiti, ma viene chiamato con il nome comune di ‘diritto civile’»]. Sul tema si v. ora anche M. BRETONE, *Finzioni*, cit., 295-314.

¹³⁰ Per non dire delle prime formule negoziali arcaiche (*sponsio* e *manipatio*) e almeno delle formule sepolcrali già ampiamente attestate epigraficamente dal II secolo a.C. (*H.M.H.N.S*) (su cui si v. O. SACCHI, *Il passaggio dal sepolcro gentilizio al*

In campo retorico, per un primo approccio sistematico alla materia, aspetterei invece almeno l'*Erenniana* e il *De inventione*. Opere inconcepibili senza un'impostazione retorica di matrice ellenistica riconducibile almeno ad Ermagora di Temno (II a.C.). Come espressioni di attività eurematica rientrerebbero invece, a pieno titolo in tale nozione, solo le *formulae* della procedura formulare che, dalla metà del III secolo a.C., cominciarono gradatamente ad affiancarsi alla procedura per *legis actiones* (come è risultato definitivamente chiaro dopo la scoperta del Gaio veronese)¹³¹. Ne fa fede Cicerone in *Top.* 8.33: *At si stipulationum aut iudiciorum formulas partiare, non est vitiosum in re infinita praetermittere aliquid*. L'articolazione in formule (*formulas partiare*), era il modo di chiamare il procedimento diairetico (*diarresis*) che dava supporto all'attività negoziale (*stipulationes*); o all'attività forense (*iudicia*), quindi all'*agere*; entrambe ritenute materie senza limiti (*in re infinita*),

sepolcro familiare e la successiva distinzione tra sepolcri familiari e sepolcri ereditari, in *Ricerche sull'organizzazione gentilizia romana*, III, Napoli, 1995, 171-218), fino alle stesse *Notae iuris* di Probo (di I secolo).

¹³¹ Escluderei in senso stretto le *legis actiones* perché il meccanismo che dava effettività giuridica a queste formule arcaiche che *in odio venerunt*, si basava sulla stretta applicazione della norma Tab. 6.1: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nupassit, ita ius esto*. Appaiono diverse quindi dalle formule escogitate dai pretori per *inflectere* il *ius ad aequitatem*, ossia gli schemi retorico-giuridici elaborati per la procedura formulare (solo nel 342 d.C., come noto, definitivamente abolita da Costante e Costanzo, figli di Costantino). Le *legis actiones*, con la loro eccessiva rigidità, sono raccontate dalle fonti come il riflesso di un approccio al *ius* fondato su un'idea del giuridico ancora troppo vincolata a un principio di esatta corrispondenza alla legge, espressione ancora di una concezione olistica, esclusiva e monopolistica del potere. Pur nei limiti di una retorica espressa in una contesa giudiziaria, memorabile è l'invettiva di Cicerone, in *pro Mur.* 11.25-13.29, prima sul monopolio pontificale della scienza giuridica, rotto dalla pubblicazione delle *formulae* da parte di Gneo Flavio, poi sulla degenerazione dell'attività dei giureconsulti quando si riduce nell'ostentazione di una disciplina esercitata solo con rigidità e sofismi (*iuris civilis rigore ac subtilitate*).

perché soggette al dominio della mente, quindi ambiti particolarmente adatti all'applicazione del metodo anomalistico.

Lo conferma Varr. *ling. Lat.* 6.6.42: *Sed et cum cogitamus quid et eam rem agitamus in mente, agimus, et cum pronuntiamus, agimus. Itaque ab eo orator agere dicitur causam et augures augurium agere dicuntur, quom in eo plura dicant quam faciant.* Cioè: ‘quando pensiamo (*cogitamus*) qualche cosa e la rimurginiamo (*agitamus*) nella mente, ciò vuol dire che agiamo (*agimus*); come l’oratore che sostiene una causa (*agere causam*) o l’augure che trae gli auspici (*augurium agere*), anche se questi sembra che parlino più che fare (*plura dicant quam faciant*)’. Comunque è sufficiente ricordare, per l’età repubblicana, un celebre passo ciceroniano tratto dalla *pro Roscio Comoedo*, già ricordato dal giureconsulto seicentesco Hertius, dove viene descritta l’importante funzione svolta dalle *formulae* sin dall’età più antica per lo sviluppo del diritto romano e in particolare per l’attività dei pretori:

Cic. *pro Roscio Com.* 8.24 (77-76 a.C.): *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*¹³².

Per l’età dei Severi si può citare il *liber singularis de conceptione formularum* del giurista Paolo¹³³.

¹³² Si v. anche Cic. *pro R. Com.* 5.13: *Stipulatus es [...] ubi, quo die, quo tempore, quo praesente? quis spondidisse me dicit? Nemo.* [14] *Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controversiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse videar cur secundum Roscium iudicari debeat.*

¹³³ Ricorda J.N. HERTIUS, ‘*De iurisprudencia*’, cit., 20 che il giurista Paolo fu l’autore di un *liber singularis de conceptione formularum* che ispirò il *De formulis et sollemnibus Populi romani verbis libri VIII*, Parisiis, 1583, di Barnaba Brissonius. Sull’opera di tale giurista si v. ora G. COSSA, ‘*Inlus Paulus. Libri singulares*’, I, Roma-

A questo punto anche per le *formulae* si potrebbe ripetere la stessa domanda posta per il *color*: topica o sistematica? La questione è complessa e non può essere approfondita in questa sede, ma certamente si può dire che la giurisprudenza classica cominciò a diventare ‘sistematica’ quando riuscì ad emanciparsi dalla concezione (filosofica) antica di scienza giuridica, secondo il modello aristotelico¹³⁴.

I giuristi repubblicani fondarono il *ius civile* seguendo un’idea di ‘sistematizzazione’ che poté realizzarsi solo dopo un processo graduale, ma costante, di distacco dall’idea del valore imperativo ed esclusivo della legge. In questo fu determinante il metodo dialettico

Bristol, 2022, 41-48. Sulla menzione dei compilatori di opere monografiche intitolate *de formula hypothecaria* o *ad formulam hypothecariam* ai giuristi Gaio e Marcello, che avrebbero potuto chiamarsi in età classica *ad formulam Servianam* o *de formula Serviana* v. per Gaio *Index Flor.* XX.13 e Gai. *l. sing. de form. hyp.* D. 20.3.2; per Marciano cfr. *Index Flor.* XXIX.13 e Marc. *l. sing. de form. hyp.* D. 20.3.1, un’opera citata anche in *Schol. Sin.* 5.2. Secondo lo Schulz per Marciano, così come per Gaio, si tratterebbe di edizioni postclassiche avute a disposizione dai compilatori, data la presenza nel titolo di tali opere della parola *hypoteca*. Mentre gli originali dell’età classica avrebbero potuto intitolarsi *ad formulam Servianam* ovvero *de formula Serviana*. Cfr. F. SCHULZ, *History*, cit., 202.

¹³⁴ Ne discute anche J.GO. HEINECCIUS, ‘*Praefationem*’, cit., IV che si sofferma sulla celebre nozione di giurisprudenza (‘saggezza’, *πρόνησις* elaborata da Aristotele (in *Eth. Nic.* VI 1141,24-36 fino a 1142a, 1-31) che è alla base della distinzione, come detto, di matrice filosofica, tra giurisprudenza legislatoria, consultatrice e giudiziale: «*Aristoteles, philosophus in his rebus acutissimus, prudentiam περί πόλιν; uti vocat, vel civilem, duorum generum esse, ait, quorum alterum, ἀρχιτεκτονικόν, in legibus sapienter ferendis consistere, ac proinde et νομοθετικόν seu LEGISLATORIUM, vocari posse, statuit; alterum, quod in singularis vertetur, πολιτικε, seu civilis nomine designat. Hanc porro prudentiam modo in agendo, modo, in consulendo consistere observat, ac proinde illam πρακτικὴν, vel, ut alibi loquitur, δικαστικὴν IUDICIALEM; hanc βουλευτικὴν, seu CONSULTATRICEM, adpellitat. Addit philosophus, hanc illa priorem; illam huius finem ac veluti scopum esse.*».

appreso dai Greci, ma lo fu anche la procedura *per concepta verba* che rese il giurista romano protagonista del processo civile¹³⁵.

Comunque troviamo, sin dall'età repubblicana, i negozi di vendita degli animali da pascolo, che Varrone definì *formulae antiquae* o *priscae*¹³⁶; ovvero, le *leges venditionis* di Catone per il commercio delle olive (Cato *agr.* 146.1-3); dell'uva (Cato *agr.* 147); del vino (Cato *agr.* 148.1-2); del *pabulum hibernum* (Cato *agr.* 149.1-2); o del *fructum ovium* (Cato *agr.* 150.1-2)¹³⁷.

La procedura formulare poi, come detto, con l'elaborazione di *formulae* nuove e sempre più elaborate, almeno rispetto alle più rudimentali *legis actiones*, accompagnò il grande cambiamento che portò alla trasformazione dell'idea del *ius* come *nomos* in *ius* come *logos*¹³⁸. Il culmine di questo processo si raggiunse, ad esempio, con

¹³⁵ Sarà così fino a quando, con l'affermazione della *cognitio extra ordinem*, l'imperatore e le cancellerie imperiali, non potranno opporre a questa supremazia uno strumento altrettanto forte nel conflitto (che nel tempo si fece sempre più aspro) tra il potere imperiale e i suoi giuristi. Si v. per questo anche *infra*, nt. 36 (in fine). Forse fu questa una delle ragioni del perché, solo con i giuristi della generazione di Ulpiano e Modestino, la giurisprudenza romana potrà dire, ormai, di aver acquisito la consapevolezza di esercitare, secondo il modello ellenistico, una scienza a cui si poteva riconoscere una dignità pari, e certamente non inferiore, a quella dei ('veri') filosofi. Cfr. Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.1. Si v. ora sul tema, con rif. di bibl. essenziale, O. SACCHI, *Il giurista*, cit., 1604 ss.

¹³⁶ Varr. *de re rust.* 2.2.5.

¹³⁷ Cfr. con ampia bibl. di riferimento si v. ora M. CARBONE, *L'emersione dell'«emptio» consensuale e le «leges venditionis» di Catone*, Milano, 2017, 67 ss. (sul web). Collezioni di *formulae* del periodo classico cd. 'preletterario' sono menzionate in Cic. *de leg.* 1.4.14 e attestate dall'esistenza di una raccolta di *formulae* di M. Manilio usata anche da Varrone (*de re rust.* 2.3.5; 2.4.5; 2.5.11) e dai formulari catoniani. Cfr. per tutto F. SCHULZ, *Storia*, cit., 165.

¹³⁸ Grazie alle *formulae* giudiziali fu possibile infatti assecondare (come detto grazie alla *disputatio fori*) il grande cambiamento che trasformò il sapere giuridico da una pratica empirica volta ad applicare la legge in scienza del diritto. Cfr. Pomp. D. 1.2.2.13: *Post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

le *formulae* a trasposizione di soggetti e con la nozione di *formula incerta* finalizzata all'accertamento della proprietà¹³⁹. Con la *lex Aebutia de formulis* (II secolo a.C.) la redazione della *formula* e dell'*exceptio* divennero inoltre un onere delle parti, impossibile da assolvere senza un aiuto professionale¹⁴⁰. Ma tutto questo è universalmente noto. Aggiungerei soltanto che, nella prospettiva suggerita dal Brenkmann o dall'Eineccio, l'*inventio* di *formulae* per agire in giudizio (come detto, l'*āgere* dei giuristi romani) o per l'attività negoziale (il *cavēre*), corredati di *remedia* e *consilia*, potrebbero leggersi, in chiave ‘eurematica’, come uno degli aspetti fondamentali (in senso più ampio *respondere* o *cavēre*) dell'attività svolta dalla giurisprudenza romana per lo sviluppo stesso del diritto romano, se non dalle origini, almeno sin dall'età repubblicana e fino alla fine dell'età classica¹⁴¹.

Anche per le *formulae*, così come per le *fictiones*, si ricavano indicazioni suggestive dai vari significati della parola assunti nel tempo¹⁴². Molto in breve si può dire che da un'accezione generica

¹³⁹ Gai 4.54: *Illud satis apparet in incertis formulis plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed QUIDQVID PARET aduersarium DARE FACERE OPORTERE intendatur, nemo potest plus intendere. idem iuris est, et si in rem incertae partis actio data sit, uelut talis: QVANTAM PARTEM PARET IN EO FVNDQ, QVO DE AGITUR, actoris ESSE. quod genus actionis in paucissimis causis dari solet; 131a: illa incerta actione.*

¹⁴⁰ Per questo v. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 98 ss. In questa fase storica l'uso delle *formulae* è tanto diffuso che diventa, come è ovvio, anche uno strumento del linguaggio tecnico del legislatore. Sulla *lex Aebutia*, collocata cronologicamente dopo i *Tripertita* di Sesto Elio e prima del 125 a.C. (Cic. *de orat.* 1.36.166; *de dom.* 53.126; *Rhet. ad Her.* 2.13.19), v. con bibl. e probl. G. ROTONDI, ‘*Leges*’, cit., 304-305.

¹⁴¹ Sulle difficoltà di inquadrare il *respondere* anche in rapporto alla cd. ‘letteratura problematica’ si v. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 405 s. e *passim*.

¹⁴² Etimologicamente si pensa a una derivazione da *forma* cfr. A. ERNOUT, A. MEILLET, voce ‘*forma*’, in *Dictionnaire*, cit., 247 nel significato secondario di ‘forme’, ‘règle’ o ‘système’: «spécialement dans la langue du droit ‘modèle juridique’ (primitivement ‘loi rédigée et publiée in forma’), ‘formula’». Nella lingua

e assai risalente del vocabolo, dove *formula* conserva ancora un significato di ‘bellezza’ (Plauto), si passa con Cicerone a una declinazione più tecnica, di connotazione retorico-giuridica (*formulas partiare*). Già nella *lex agraria* del 111 a.C. si rileva, con certezza, l’uso di *formulae* anche nel legislatore¹⁴³. In età neroniana,

filosofica *forma* corrisponderebbe a *species*, εἶδος, come in Quint. *inst. or.* 5.10.62. Nel linguaggio retorico si pensa corrispondente al greco χαρακτήρ. Ritenuta possibile una derivazione dal greco μορφή attraverso un intermediario etrusco, come termine tecnico di un’industria fiorente in Etruria. Molto antica infatti si ritiene la definizione contenuta in una glossa del vocabolario festino: Fest. voce ‘*Forma*’ (Lindsay, p. 73,23): *significat modo faciem cuiusque rei, modo calidam, ut, cum exta, quae dantur, deforma appellantur. Et Cato ait de quodam aedificio (inc. 23): ‘aestate frigido, hieme formido’.* Item *forma appellatur puls miliacia ex melle.*

¹⁴³ Si v. per questo ora O. SACCHI, *La formula ‘utei quoi optuma lege’ nella l. 27 della ‘lex agraria’ del 111 a.C.: elementi per una rilettura politica e giuridico-costituzionale*, in *IVRA*, 70, 2022, 247 ss. Sulle XII tavole il discorso è molto più complesso perché riguarda la possibilità di ricostruire il testo originario di questa raccolta di leggi. Cfr. F. WIEACKER, *Die XII Tafeln in irhem Jahrbundert*, in *Les Origines de la République*, Vandoeuvres-Genève, 1967, integrato da J. DELZ, *Der Griechische Einfluß auf die Zwölfafelngesetzgebung*, in *MH*, 23, 1966, oltre naturalmente i contributi della dottrina romanistica successiva tra cui si citano fra l’altro M. DUCOS, *L’influence grecque sur la loi des Douze Tables*, Paris, 1978; M. BREONE, *Storia del diritto romano*³, Roma-Bari, 1987, 76 ss.; R. MARTINI, *XII tavole e diritto greco*, in *Labeo*, 45.1, 1999, 20 ss.; L. KOFANOV, *Diritto greco antico e le leggi delle XII tavole: problema delle assimilazioni e dell’influsso*, in *Drevnee Pravo-Ius antiquum*, 1.9, 2002, 38-50. Per la questione delle XII tavole in generale si v. F.M. D’IPPOLITO, *Le XII tavole: il testo e la politica*, in *Storia di Roma*, I, Torino, 1988, 397 ss.; ID., *Problemi storico-esegetici delle XII tavole*, Napoli, 2003 9-192; G. FRANCIOSI, *Per la storia dell’usucapione immobiliare in Roma antica. Un capitolo della storia delle dodici tavole*, in *SDHI*, 69, 2003, 127-147; U. AGNATI, *‘Leges Duodecim Tabularum’*. *Le tradizioni letteraria e giuridica*. ‘*Tabulae*’ I-VI, Cagliari, 2002, 9-26 e *passim*. Si v. ora anche le opere collettive curate da M. HUMBERT, *Le Dodici Tavole. Dai ‘decemviri’ agli umanisti*, Pavia, 2005, 3-582 e M.F. CURSI, *XII Tavole. Testo e commento*, I-II, Napoli, 2018.

la parola sembra invece assestarsi sul significato di ‘lettera della legge’ in opposizione a ‘ciò che è giusto’¹⁴⁴.

ABSTRACT

L’alta considerazione che la romanistica europea, fino almeno alla metà del ‘900, ebbe del genere eurematico o cautelare (l’*in iure cavere* in senso ciceroniano), come categoria generale qualificante l’*interpretatio iuris* romana lungo tutto l’arco della sua esperienza (come Brenkman ed Eineccius), o solo fino all’ultimo secolo della repubblica (come Pernice, Ferrini e Glück), offrono lo spunto per indagare sulla sua migliore prospettiva di inquadramento storico. Essa trova conferma nei dieci frammenti dei *Digesta* tratti da *liber sing. de heurematicis* di Modestino e in testimonianze di ‘attività eurematica’ di altri giuristi dove l’uso di *colores*, *fictiones*, *formulae*, *consilia* e *cautiones* quali strumenti retorici per favorire l’applicazione della legge, sono spesso adoperati per la salvaguardia e l’affermazione del *bonum et aequum* anche oltre i limiti della legge stessa. Dopo aver inquadrato storicamente l’opera di Modestino, la prima parte di questa ricerca è dedicata al concetto di

¹⁴⁴ In Plauto (255-50/184 a.C.) la parola *formula* è utilizzata (forse ancora in senso volgare) per dire ‘bellezza’: Plaut. *Pers.* 229: *temperi hanc vigilare oportet formulam atque aetatulam*. In Cicerone il vocabolo *formula* acquista invece un pieno significato retorico, quindi tecnico, di ‘regola’, ‘norma’, ‘modello’, ‘metodo’: Cic. *orat.* 36: *quid est pro praescriptum aliquod aut formulam exprimas?*; Cic. *off.* 3.19: *formulam quaedam constituenda*; Front. *aq.* 2: *pro formula administrationis*; come ‘paradigma’ si può citare ancora Varr. *ling. Lat.* 9.103; e come ‘testo giuridico’, infine, ancora Cic. *de orat.* 2.178; *de leg.* 1.14: *ut stipulationum et iudiciorum formulas componam*. Solo in età augustea *formula* presenta un significato più preciso di ‘dettato della legge’: Prop. 4.8.74: *nostrae formula legis*; Liv. 34.57.8: *ex formula iuris antiqui*; presentando in età neroniana, con Sen. *de clem.* 2.7.3: *non sub formula sed ex aequo iudicant*, un significato di ‘lettera della legge’ in contrasto con ‘ciò che è giusto’: Petr. 117.9: *Secundum hanc formulam imperamus Eumolpo*.

giurisprudenza eurematica e alle figure del *color* e della *fictio*. Nella seconda parte, saranno approfondite le figure dei *consilia*, delle *cautiones* e i frammenti del *de heurematicis* di Modestino, anche con qualche cenno all’attività ‘eurematica’ degli altri giuristi.

The high regard that European Romanistics, until at least the mid-20th century, had of the eurematic or cautionary genre (the *in iure cavere* in the Ciceronian sense) as a general category qualifying Roman *interpretatio iuris* throughout its experience (such as Brenkman and Einneccius), or only until the last century of the republic (such as Pernice, Ferrini, and Glück), offer the cue to investigate the best perspective for the historical framing of this experience. It finds confirmation in the ten fragments of the *Digesta* taken from the *liber sing. de heurematicis* by Modestinus and in evidence of eurematic activity by other jurists where the use of *colores*, *fictiones*, *formulae*, *consilia* and *cautiones*, as rhetorical tools to further the application of the law, appear to be widely used also for the safeguarding and affirmation of *bonum et aequum* even beyond the limits of the law itself. After an historically framing of the work of Modestino, the first part of this research is dedicated to the concept of heurematic jurisprudence and to the figures of *color* and *fictio*. The second part will be sharpened the figures of the *consilia*, *cautiones* and the fragments of Modestinus’ *de heurematicis*, also with some mention of the “eurematic” activity of other jurists.

PAROLE CHIAVE

color – *fictio* – *formula* – *consilium* – *cautio* – *liber sing. de heurematicis* di Modestino

OSVALDO SACCHI
osvaldo.sacchi@unicampania.it