



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)
(seconda parte)**

Numero XVIII – Anno 2025

www.teoriaestoriadelldirittoprivato.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)
(seconda parte)**

«*Non enim tam auctoritatis
in disputando quam rationis
momenta quaerenda sunt.*»
Cicerone**

SOMMARIO: 7. *Consilia* – 8. *Iurisprudentia cavens* – 9. *Cautiones* – 10. I frammenti del *de heurematicis* di Modestino – 11. ‘*Quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit*’ – 12. Cenni sull’attività ‘eurematica’ degli altri giuristi – 13. Osservazioni conclusive.

7. Consilia

I *consilia* erano dei suggerimenti, o pareri, espressi in funzione ‘rimediale’, offerti dai giuristi a chi avesse necessità di tutelarsi dall’empietà altrui o intendesse intraprendere affari temendo di incorrere nel rigore della legge. Eneccio li colloca nel primo *caput* dell’attività eurematica insieme alle altre figure retoriche (dette *remedia*) usate dai giuristi per temperare la rigidità della legge (*in*

** Cic. *de nat. deor.* 1.5.10.

emolliendo iuris civilis rigore) e per mantenere il *ius* nei limiti del *bonum et aequum* (*inflectere ius ad aequitatem*).

Nel *consilium* (così come nella *cautio*) l’attività eurematica rileva più sul piano pratico che teorico; si potrebbe dire, con terminologia attuale, un’attività di taglio notarile. Il fatto che nei dieci frammenti del *de heurematicis* di Modestino del Digesto si riscontrano per lo più *consilia* e *cautiones*, non significa però che il tratto specifico di quest’opera, nel quadro generale della letteratura giuridica romana, sia stato quello di raccogliere solo pareri riguardanti attività di questo tipo. Elementi decisivi per confermare un’ipotesi del genere non ve ne sono. Al contrario, come si vedrà meglio più avanti, se è possibile assumere (come Cannata) che all’epoca di Modestino la figura del *tabellio* non si fosse ancora affermata (il vocabolo in Ulp. *de off. proc.* D. 48.19.9.4 è molto probabilmente insiticio), appare ragionevole pensare che, in età severiana, quest’attività di consulenza fosse ancora una *species* di un genere eurematico più ampio. Cosa di cui peraltro i giureconsulti ‘eleganti’ come detto erano convinti.

Ad ogni modo, troviamo, in uno dei dieci frammenti del *de heurematicis* di Modestino, l’ipotesi di uno *iussum domini* conferito da una donna che dà disposizione a un terzo perché faccia credito a un suo sottoposto¹. Si tratta di un responso dove il giurista discute

¹ Mod. *l. sing. de heur.* D. 16.1.25 pr.-1: pr. *Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenebitur.* 1. *Quod si pro eo fideiusserit, exceptione senatus consulti Velleiani indicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit.* [Trad. it. a cura di S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III (libri 12-19), Milano, 2007, 233: «Se una padrona abbia autorizzato che fosse fatto un prestito al suo servo, sarà tenuta con un’azione onoraria. 1. Ma, se abbia dato fideiussione per lui, convenuta in giudizio, potrà difendersi contro il creditore con l’eccezione del senatoconsulto Velleiano, a meno che non abbia fatto ciò per un suo proprio affare.]. Sul frammento si v. già J. SCHILTER, *Herennius Modestinus sive fragmenta libri singularis quem ΠΕΡΙ ΕΥΡΕΜΑΤΙΚΩΝ id est De cautelis*, Argentorati, 1687, 23-29 massimato così da Bartolo: «*Iussus non est intercessio: sed fideiussio*»; E. MERILLIO, *Ad librum singularem Modestini de Eurematicis*,

dell’eventuale responsabilità personale e diretta della donna nei confronti di un terzo, in caso di conferimento di un mandato di

in *Observationum libri VIII*, Neapoli, 1720, 272; H. BRENNKMAN, *De eurematicis diatriba: sive, in Herennii Modestini librum singularem ΠΕΡΙ ΕΥΡΕΜΑΤΙΚΩΝ commentarius*, Lugduni Batavorum, 1711, 45-54. Il segmento [*nisi – fecerit*], sebbene con qualche riserva, è considerato un’aggiunta postclassica da G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, in *BIDR*, 28, 1915, 229, nt. 2; F. PRINGSHEIM, ‘*Animus donandi*’, in *ZSS*, 42, 1921, 294, n. 4 (cfr. E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum*, I, Weimar, 1929, 262). Esclude il carattere insiticio del segmento in questione Maria Miceli (v. in nota che segue) ritenendo apodittici i dubbi espressi dal Bortolucci. Più complessa è invece la questione rispetto al Pringsheim su cui v. A. GUARINO, *Autobiografia di un romanista*, in *Labeo*, 7, 1961, 387 s. dove le motivazioni del romanista tedesco sono specificate e discusse dallo studioso napoletano: «[...] l’*animus* non è affatto, per la giurisprudenza classica, un requisito essenziale degli atti o dei rapporti giuridici (in particolare della donazione, della novazione, del matrimonio, del possesso), ma è una istanza esclusivamente o principalmente postclassica, che si insinua nei testi classici per via di glosse e di interpolazioni. Il mondo giuridico classico rifuggiva dalle giustificazioni a base di *aequitas*, di *natura*, di *animus*: erano giustificazioni non ignote ai giuristi, ma rigorosamente escluse dalla considerazione pura del diritto, del *ius*. La prova più insigne della corruzione postclassica, occidentale e orientale, è appunto nella elevazione di quelle giustificazioni a sistema e nella sovrapposizione di quel sistema al *ius*». Il Guarino (*Autobiografia*, cit., 388) ribatte: «Proprio come il P. stesso ha tanto finemente precisato [...], di diritti classici ve ne sono stati due: quello sino ad Adriano e quello da Adriano a Diocleziano. Le conclusioni del P. colgono forse, nella sua essenza, la fisionomia del primo, non del secondo diritto classico. In questa seconda fase del periodo classico l’*aequitas*, il *bonum et aequum*, la *iustitia* sono divenuti ormai, nel pensiero della giurisprudenza, valori concettuali abbastanza precisi, che si pongono in antitesi con il *ius* e tendono a superarlo; [...]; e quanto all’*animus*, la giurisprudenza del periodo “adrianeo” non lo trascura, ma lo pone studiatamente in evidenza per giustificare le sue interpretazioni della vita del diritto. [...]. Perché in questa fase [...] la giurisprudenza romana combatte, senza darlo a parere, la sua grande battaglia contro il potere imperiale dilagante e contro quella insidiosa manifestazione tecnico-giuridica, che è la *cognitio extra ordinem*». Appare preferibile quindi la posizione della Miceli sulla genuinità del segmento in questione.

credito. La stessa sarebbe stata tenuta a un’azione onoraria *quod iussu* (una forma quindi di rappresentanza diretta).

Invece, prestando fideiussione per il servo, questa non sarebbe stata conveniente in giudizio, potendo opporre al creditore un’*exceptio senatusconsulti Velleiani*, che sanciva un divieto per le donne di *intercessio pro aliis*, sempre che la stessa non avesse prestato una garanzia *pro suo negotio*².

La *ratio* era che lo *iussum dominae* presupponesse che la donna non avesse inteso intercedere *pro alio*; ma avesse agito, tramite il suo sottoposto, *pro se*³. La soluzione di Modestino è nel § 1: prestando fideiussione a favore del servo, la donna avrebbe posto in essere un’*intercessio pro alio* e quindi l’atto sarebbe rientrato nel regime disciplinatorio del SC. Velleiano; a meno che, come detto, questa non avesse dimostrato di aver agito nel suo esclusivo interesse (*pro suo negotio hoc fecerit*)⁴. Questo perché l’*actio quod iussu* poteva essere

² Si v. in generale con bibl. G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini: contributo allo studio della rappresentanza*. Corso di diritto romano, Milano, 2008, 126; ma anche (in part. sull’*actio quod iussu* e la rappresentanza) M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza» in diritto romano*, I, Milano, 2008, 87 ss. Viene qui in rilievo il tema molto studiato dell’*intercessio pro aliis* elaborato dai giuristi in base al SC. Velleiano che vietava alle *mulieres* di *intercedere pro aliis*, ossia di prestare garanzie reali o personali, ma anche di obbligarsi in solido (*intercessio cululativa*) o di sostituirsi al debitore (*intercessio privativa*). Il testo è riportato in Ulp. 29 *ad ed. D.* 16.1.2.1. Cfr. anche Gai 3.180-181; Iul. 4 *ad Urs. Fer. D.* 16.1.16.1; Mar. 3 *reg.* 12.6.40; Ulp. 29. *ad ed. D.* 16.1.8.14-15; C. 4.29.22; 4.29.23.1-2; 5.53.3. pr.; Nov. 134.8; 118.5. Sul SC. Velleiano v. P. BUONGIORNO, F. RUGGIO, *Per una datazione del «senatus consultum Velleianum»*, in RDR, 5, 2005, 1 ss., spec. 1, nt. 2 per bibl. di riferimento (anche sul web).

³ G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum*, cit., 126, nt. 70.

⁴ G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum*, cit., 127, nt. 72. Si v. anche D. MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione dello «iussum domini»*, in *Labeo*, 42, 1996, 366 dove si precisa: «[...] nell’ipotesi considerata da Modestino nel caso di *iussus l’exceptio S.C. Velleiani* non potrà essere opposta. Lo impediscono ragioni sostanziali, in quanto lo *iussus* non è una dichiarazione di obbligarsi per altri; e vi ostano altresì ragioni procedurali: la tecnica con cui è formulata l’*actio pretoria quod*

esperita solo nel caso in cui un *dominus* avesse conferito uno *iussum* al proprio sottoposto. Quindi se un *dominus* avesse prestato una *fideiussio*, questi non poteva essere convenuto in giudizio tramite la suddetta azione onoraria; anche se, trattandosi di trattandosi di un negozio diverso, sarebbe venuta in rilievo una sua responsabilità nella qualità di fideiussore, che andava ad aggiungersi a quella del debitore. Diverso il caso di una *domina* che avesse posto in essere uno *iussum* per far credito al proprio *servus*; questa poteva rispondere di un’eventuale inadempienza tramite l’*actio quod iussu*; mentre, come detto, se prestava una fideiussione ed era convenuta in giudizio, poteva eccepire *ex SC. Velleiano* il divieto di *intercessio pro aliis* (sempre che, ripeto, non avesse dichiarato di aver agito nel suo interesse).

Sempre dall’opera *de heurematicis* è tratto un altro *consilium* (definito da Brenkman *suprema cautela quam in Pandectis superstitem habemus, circa fideicommissa restitutionem occupata est*) dato da Modestino all’erede fiduciario per renderlo edotto sulla possibilità di essere costretto a restituire un’eredità accettata anche contro la sua volontà⁵. Il caso è questo. L’erede incaricato di restituire tutta

iussu trasforma l’obbligazione propria del sottoposto in un’obbligazione della donna». Aggiungendo nella stessa pagina in nt. 72: «[...] il frammento mostra di avere caratteristiche tali da rientrare armonicamente in quella che lo Schulz [...] considera un’opera “on legal discoveries, i.e. in the remedies to be prescribed in given cases of difficulty”». La studiosa cita da F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*², Oxford, 1953, 242.

⁵ Mod. *l. sing. de heur.* D. 36.1.47(45): «L’erede incaricato di restituire tutta l’eredità, il quale non vuole ritenere la quarta, ma vuole fedelmente eseguire la volontà del defunto, dovrà spontaneamente adire l’eredità e restituirla in forza del Trebelliano. Tuttavia lo consiglierai piuttosto di dichiarare sospetta l’eredità e lasciare che il pretore lo costringa ad adirla. E nel vero, in tal caso si reputa che abbia restituito in forza del <Trebelliano/Pegasiano>, ed a cagione dell’esposto timore circa l’eredità, tutte le azioni si trasferiscono in quello che la ricevette». Trad. it. di F. FORAMITI, *Corpo del diritto civile*, I-VI, Napoli, 1844, IV: 286. Su questo frammento v. già J. SCHILTER, *Herennius*, cit., 103-111; così massimato da

l'eredità che non volesse ritenere la quarta legittima, pur intendendo eseguire la volontà del defunto, avrebbe dovuto spontaneamente accettare l'eredità e restituirla in forza di quanto disposto dal SC. Trebelliano; ma, tenuto conto di quanto previsto dalla riforma del SC. Pegasiano, Modestino consiglia di dichiarare sospetta l'eredità, adducendo il pretesto di un eccessivo indebitamento, per costringere il pretore a fare accettare l'erede incaricato. In questa circostanza si reputava che questi avesse restituito l'eredità in forza del Trebelliano; e, in ragione del manifestato timore di adire l'eredità, tutte le azioni sarebbero state trasferite al soggetto che l'avesse ricevuta⁶. Da cui la cautela: *pro*

Bartolo e Alessandro: «*Qui quartam Trebellianicam retinere non vult, consultius facit coacte, quam si sponte adiret*»; E. MERILLIO, *Ad librum*, cit., 272-273 che ne coglie la complessità: «*cum heres totam hereditatem restituere rogatus esset, totamque vellet restituere, locus fuit SCto Pegasiano. Ulpiano lib. sing. reg. tit. 25 et et ita scripserat Modestinus: Sua sponte adire debebit hereditatem, quasi ex Pegasiano eam restiturus, ut alibi ostendimus. Sed consilium Modestini fuit, ut heres suspectam diceret hereditatem, et coactus adiret: quo casu ex SCto Pegasiano simul et Trebelliano hereditatem restitueret, utroque SCto in hac specie concurrente. ubi et rationem assert Justinianus (scil. Inst. 2.23), cur potius ex Trebelliano, aut ex utroque SCto, quam ex Pegasiano tantum, restitui debuerit hereditas*»; come del resto H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 215-239. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur*, I, Graz, 1960, col. 719, nt. 3 (ristampa dell'ed. Lipsiae 1889) accoglie tale lezione e indica come interpolato il segmento *ipso Trebelliano* che sostituisce *Pegasiano* nel frammento originario di Modestino. Cfr. E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum*, III, Weimar, 1935, 10 dove, accogliendosi il suggerimento di Lenel, è segnalata solo la sostituzione [*ipso Trebelliano*] con [*Pegasiano*]. Sulla riforma trebelliana e le modifiche introdotte dal SC. Pegasiano cfr. U. MANTHE, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin, 1989, 85-101 e *passim*; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997, 81 ss., spec. 119, nt. 255, 131-132 e nt. 294. V. anche la nota che segue.

⁶ Per apprezzare la portata dell'*inventio* di Modestino occorre specificare il quadro normativo in cui s'inquadrava la questione. Anzitutto si v. ora R. LAMBERTINI, *D. 36.1.47(45): il consiglio di Modestino all'onerato di fedecommesso universale*, in *Studi in onore di E. Bassanelli*, Milano, 1995, 817-834; F. BERTOLDI, *L'heres fiduciarius* in una prospettiva storico-comparatistica, in *Studi Urbinati. Fiducia, trusts, affidamenti. Un*

herede fiduciario, qui integram hereditatem restituere vult; ne actionibus hereditariis teneatur.

percorso storico-comparatistico, a cura di M. L. Biccari, 83, 2015, 157-235 (sul web). Il fedecommissario poneva in essere una situazione giuridica e formale dove la *fiducia* era essenziale. Come è noto tale istituto nacque per consentire che venisse trasferita la proprietà dei beni di un *de cuius* a dei beneficiari dalla legge ritenuti incapaci, come donne, *Latini iuniani, celibi, orbi, peregrini, postumi alieni, personae intertae, civitates, municipia* e *corporationes*. Cfr. Gai 2.242; 2.287; Tit. Ulp. 25.13; I. 2.20.25. Su cui v. F. BERTOLDI, *L'heres*, cit., 167. Era questa dunque un'altra forma di negozio indiretto. Oltre che la fiducia nel fatto che il fedecommissario facesse pervenire i beni agli effettivi beneficiari, era essenziale anche l'accettazione di eredità che era condicio per rendere effettivo il fedecommissario (v. Gai 2.252). Riconosciuto il fedecommissario, chi riceveva l'eredità era nella posizione di un acquirente, perché l'eredità veniva alienata *pro forma* (i beni materiali mediante vendita *nummo uno*), con annesse una serie di *stipulationes emptae* e *venditae hereditatis* volte ad abilitare il fedecommissario a gestire i *nomina* (riscuotere debiti e saldare crediti). La disciplina era simile al *legatum partitionis* su cui v. A. METRO, *Il legatum partitionis*, in *Labeo*, 9, 1963, 291 ss. Il SC. *Trebellianum* (55 d.C.) e *Pegasianum* (forse 72 d.C.) furono due riforme emanate per disciplinare questa materia a fronte di inconvenienti e difficoltà insorte nella pratica per l'applicazione di questo istituto (così F. BERTOLDI, *L'heres*, cit., 169 con adeguato supporto di bibl.). Col Trebelliano fu disposto che i *nomina* passassero al fedecommissario senza *stipulationes* e a questo furono accordate le azioni che gli sarebbero spettate se fosse stato erede (*fictio legis*). Così si riconobbe al fiduciario la facoltà di esperire come erede l'*exceptio restitutae hereditatis*: Iul. 40 *dig.* D. 36.1.28.7; e per la *rei vindicatio* dell'intera eredità una *fideicommissaria hereditatis petitio*, che era un'*actio in rem*, insieme a delle *actiones utiles* esperibili *loco heredis*: Gai 2.253. Il Pegasiano (Gai 2.254), per incoraggiare gli eredi ad accettare l'eredità, dispose che la quota di un quarto, a imitazione della *lex Falcidia*, dovesse comunque spettare all'erede, rispettandosi così il disposto del Trebelliano. Il Pegasiano dispose però anche la previsione di una serie di *stipulationes partis* e *pro partis*, con cui le parti si obbligavano a partecipare a crediti e debiti in proporzione alla porzione di eredità loro spettante. E inoltre che l'erede non potesse rifiutarsi di adire l'eredità, in quanto il Pretore avrebbe potuto costringerlo ad accettare, per dare luogo al fedecommissario; nonché, per gli incapaci a succedere *ex lege Iulia et Papia*, una *incapacitas* a ricevere per fedecommissario: Gai 2.286; 2.286a.

Un altro aspetto particolare dell’attività di consulenza, detta *consilium*, riguardava le ipotesi di iniquità scaturenti da un’interpretazione letterale della legge⁷. Eneccio la spiega così: ‘i giuristi che non pensano che l’equità sia separabile dalla legge, ogni volta che questa sembri essere un po’ più dura e ingiusta, tendono ad appigliarsi alla sua interpretazione letterale, suggerendo solo di agire in modo non contrario alla legge (κατὰ τὸ ῥητὸν)’. In altre parole, chi agisce, dovrebbe essere protetto proprio dal rigore della legge che a volte può essere ingiusta o ingiustamente interpretata per ignoranza o malizia.

Fondamentale a questo riguardo è quanto ammoniscono Paolo e Ulpiano. Scrive Paolo: ‘fa qualcosa contro la legge chi fa ciò che essa proibisce; ma fa qualcosa in frode alla legge colui che, fatte salve le parole, ne raggiunge il senso’⁸. Ulpiano precisa: ‘si froda la legge quando si fa qualcosa che essa non vuole che sia fatto, pur senza proibirlo; perché la parola dista dal pensiero quanto la frode di legge dista dalla violazione di legge’⁹. Ancora, Paolo sentenzia: ‘non tutto ciò che è lecito è onesto’¹⁰. Si stigmatizzava così l’uso

⁷ Sul significato di *consilium* come ‘attività di consulenza’ v. già Enn. ann. 222.

⁸ Paul. *l. sing. ad legem Cincian* D. 1.3.29: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*

⁹ Ulp. 4 *ad ed.* D. 1.3.30: *Frans enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.* Sospetta che *enim* sia un’inserzione postclassica o triboniana I. PFAFF, *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis habere*, Wien, 1892, 133, nt. 2.

¹⁰ Paul. 62 *ad ed.* D. 50.17.144 pr.: *Non omne quod licet honestum est*; su cui v. ora anche O. SACCHI, *Lo scudo riflettente di Perseo. Archetipi del giuridico nel cinema contemporaneo*², Napoli, 2019, 25 ss. Ma, sul rapporto tra morale e diritto si v. anche Gai 2 *de test. ad ed. urb.* D. 50.17.55: *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*; Paul. 64 *ad ed.* D. 50.17.51: *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*; Paul. 65 *ad ed.* D. 50.17.155: *Non videtur vim facere, qui iure suo utitur*; Pomp. 8 *ad Q. Muc.* D. 50.17.203: *Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.* Su cui v. E. ALBERTARIO, *Etica e diritto nel mondo classico latino*, in *Studi di diritto romano. Storia metodologica esegesi*, 5, Milano, 1937, 8.

spregiudicato e capzioso delle *subtilitates*, cioè di ogni interpretazione sofisticata della legge. Il principio, come è noto, viene enunciato già da Cicerone che, nel *de officiis*, ne rappresenta la sostanza con le famose parole: *summum ius summa iniuria*¹¹.

Semplificando: se la modernità ci ha resi assuefatti all’idea che nel concetto romano di *ius* si possano mettere insieme diritto e legge, va sempre ricordato che sono due concetti diversi. L’operatore giuridico non dovrebbe mai dimenticare che *non tutto ciò che è scritto in un testo di legge è per ciò solo giusto*¹².

¹¹ Ter. Heaut. 4.5: *Ius summum saepe summa est malitia*; Cic. *de off.* 1.10.33: *Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud “summum ius summa iniuria” factum est iam tritum sermone proverbium*. Si v. sul punto J. STROUX, *Summum ius summa iniuria, ein Kapitel aus der geschichte der interpretatio iuris*, versione dal tedesco di G. Funaioli con Prefazione di S. Riccobono, in *AUPA*, 12, 1929, 639-691; si v. anche G. PASQUALI, *Summum ius summa iniuria*, in *Pagine stravaganti*, II, Firenze, 1968, 336-340. Sul tema O. SACCHI, *Ius pluribus modis dicitur. Per una genealogia della nozione di diritto come giustizia*, in *La forza del diritto, il diritto della forza*, 7. *L’Era di Antigone. Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli*, Milano, 2014, 72 ss.; e ora N. IRTI, *Destino di Nomos*, in M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019, 115-158. Merita particolare menzione il commento di Giambattista Vico della frase ciceroniana nel § 22 delle *Institutiones Oratoriae*: «*Verba servire legibus, non leges verbis: fraudem legi enim facere legi, religiosum se ostentare verborum et legislatoris mentem contemnere, et proditoris instar esse, qui iure protegitur et rationem iuris oppugnat. Legislatoris dignitatem defendi oportere, ne quod istum in genere disposuit in specie iniquum fiet. Itaque recedendum a verbis legis ut legislatoris voluntas custodiatur*». La citazione è tratta da un intervento di Marcello Gigante pubblicato negli Atti del Convegno «*Retorica e filosofia in Giambattista Vico*», 19 marzo 1990, dal titolo *Retorica e filosofia in Giambattista Vico. Le «Institutiones Oratoriae»*. Un bilancio critico, con Introduzione di Tullio Gregory, Napoli, 1994, 30.

¹² In questo quadro si pone anche il problema del *nomotropismo*, ossia dell’*agire-in-funzione-di-una-legge*, di cui si è occupato O. SACCHI, *Nomotropismo e dignità della persona umana al tempo del Coronavirus Covid-19*, in *L’emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico* 1-2, a cura di L. Chieffi, Sesto S. Giovanni, 2021, 1: 123-139. Sembra infatti essersi diffusa nel nostro tempo un’ossessione di normare ogni comportamento delle persone fin nei più minimi dettagli. Non è un problema

Aggiungerei soltanto che, come detto, dispensare *consilia*, quale declinazione dell'*in iure cavere* o (in senso più ampio) come manifestazione di attività eurematica (*cognitio atque interpretatio*), restò nell'immaginario collettivo sin dall'età repubblicana motivo di grande prestigio per i giuristi¹³.

8. *Iurisprudentia cavens*

Possiamo passare adesso alle *cautiones* definite da Eneccio come l'*alterum ἐρηματιχῶν caput*. Si tratta dell'attività cautelare svolta *adversus ipsum ius civile cavillationesque et incommoda*, detta da Hertius

solo della nostra contemporaneità. È noto l'amaro commento di Tac. *ann.* 3.27.3 sull'eccesso di normazione dell'età sillana per cui 'in uno Stato travolto dalla corruzione, le leggi si moltiplicano': *et corruptissima re publica plurimae leges*; che fa il paio con quanto dice Scipione Emiliano (II a.C.) citato in Cic. *de re p.* 1.31.47: *et talis est quaeque res publica, qualis eius aut natura aut voluntas qui illam regit* (ossia, 'ciascuno Stato riflette l'indole o la disposizione di chi lo regge'. Una produzione normativa pletorica e superficiale, ma anche 'spudorata' (cioè poco dignitosa) può quindi essere causa di impoverimento culturale, etico e anche di peggioramento dei rapporti sociali. Il problema del nesso tra *pudor* e *dignitas* in relazione all'attività normativa anche nella prospettiva antica è stato studiato ora da O. SACCHI, «*Pudor in melius mutet*» (Tac. *ann.* 3.54). *Il valore etico-giuridico di pudor nel pensiero di G. Vico e in diritto romano*, in *Il pudore delle cose, la responsabilità delle azioni*. 11. *L'Era di Antigone. Quaderni del Dipartimento di Scienze Politiche "Jean Monnet" dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*, Milano, 2019, 89 ss., spec. 121-124 e *passim*.

¹³ Si ripete qui, per comodità, una fonte già molto nota, ma decisiva per il tema che si sta trattando: Cic. *de off.* 2.19.65 (45 a.C.): *Nam in iure cavere, consilio invariare atque hoc scientiae genere prodesset 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 si v. già J.GO. HEINECCIUS, *Praefationem de iurisprudentia heurematica* (pp. I-XXII), in S. STRYKII, *Praelectiones Viadrinae de Cautelis Contractuum Necessariis* (1684), Berolini, 1753, XXVI-584, p. XVI.

*iurisprudentia cavens*¹⁴, ma definita ‘eurematica’ già dall’olandese Brenkman¹⁵.

Con essa si apprezza l’importanza che il senso pratico dei romani ebbe per lo sviluppo della scienza giuridica, avendo ad oggetto l’inventio di dinamiche giuridiche (dal verbo *cavere*) il cui scopo concerneva il *consulere* (‘provvedere’) e il *prospicere* (‘prevedere’). Quest’attività consisteva nel fornire assistenza giuridica (*respondere*) allo scopo di facilitare la pratica negoziale dei privati (*qua privati in civitate uterentur*), affinché si svolgesse senza errori e nel rispetto della legge (*altero CAUTIONES, in explicandis negotiis civilibus observandae, comprehendebantur*). In quanto tale, essa assicurava anche adeguata tutela in giudizio. Capitava lo stesso nella *causa ratiocinalis* (argomentativa) che riguardava il *genus* degli *status* legali di cui si parla nella nota testimonianza della *Rhetorica ad Herennium* in 2.12.18, dove assumeva rilievo la disamina dei precedenti giurisprudenziali e giudiziali. Una competenza che poteva essere solo quella di un giurista. E questo capitava in quelle cause non sostenute da una norma giuridica espressa, ma che si potevano decidere applicando una norma per analogia, quindi in senso anomalista.

In questi casi, ai frequentatori delle scuole di retorica dell’ultimo secolo della repubblica, si insegnava un *modus operandi* molto dettagliato. Anzitutto ci si doveva accertare se, in cose maggiori, minori o simili, fosse stato precedentemente già scritto qualcosa o giudicato. Poi si doveva verificare se, il caso da cui si argomentava, fosse simile o dissimile rispetto all’argomento *de quo*. In terzo luogo, accertarsi anche se, di proposito, nessuno avesse scritto del caso, avendo ritenuto inutile prevederlo (*quod noluit cavere*); ovvero, se questo fosse stato già ritenuto sufficientemente disciplinato, per

¹⁴ J.N. HERTIUS, *De iurisprudentia cavente*, Giessen, 1706, 5; F. SCHULZ, *Storia*, cit., 95-103.

¹⁵ H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 15.

analogia con altri casi simili già verificatisi (*quod satis cautum putarit propter ceterorum scriptorum similitudinem*)¹⁶.

Caso tipico dell’età postclassica fu la *cautio iudicii sistendi causa* con cui si nominava, in funzione cautelare, un fideiussore che svolgeva la stessa funzione che il *vindex* della *in ius vocatio* o il garante vadimoniale esercitavano nel processo formulare¹⁷. Era questo il

¹⁶ La questione è così spiegata in [MARCO TULLIO CICERONE], *La Retorica a Gaio Herennio*, a cura di F. Cancelli, Milano, 1992, 368, nt. 28: «Non si ha una legge per il caso; con il ragionamento, sillogismo, che tra l’altro si valeva pure della aborrita dialettica, non però di quella delle anfibolie, si cerca nel complesso delle leggi di compire la lacuna, ricorrendo alla relazione analogica, di disposizioni espresse nei gradi: maggiore minore simile, verificando pure se la materia del caso non fosse stata regolata volutamente, o perché altrimenti prevista o perché si volesse lasciarla fuori della tutela giuridica – o della obbligazione delle parti». Sul punto v. anche R. MARTINI, *Antica retorica*, cit., n. 14 e nt. 56; S. GALEOTTI, *Interpretazione giurisprudenziale e nomopoiesi*, in *D&S*, 8, 2009, (anche sul web).

¹⁷ Cfr. H. BRENNKMAN, *De eurematicis*, cit., 15. Il *fideiussor iudicio sistendi causa* era il fideiussore giudiziale, ossia colui che, in età postclassica, garantiva all’attore la comparizione e la presenza in giudizio *usque ad terminum litis* del convenuto (anche denominato *fideiussor praesentiae*), svolgendo grosso modo quella funzione cautelare che spettava anteriormente, nel processo formulare, al *vindex* della *in ius vocatio* o al garante vadimoniale. Il suo intervento, da un lato, serviva ad assicurare la regolare prosecuzione del processo; dall’altro, permetteva di creare un nuovo credito, munito di azione, in capo all’attore, da far valere in caso di mancata *exhibitio* del *reus*. Per tale duplice finalità i compilatori del Digesto, accogliendo e forse rielaborando Ulp. 70 *ad ed.* D. 46.5.1. pr.-3, hanno presentato le *stipulationes* (ivi incluse le *fideiussiones*) *quae fiunt iudicio sistendi causa* come un unico tipo della categoria delle *stipulationes praetoriae communes*. Per tutto, con rif. bibl., si v. A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica*, Napoli, 2009, 14 (anche sul web). Per le fonti relative a sintagmi come ‘*idonea cautio*’, ‘*idonea cautela*’, ‘*recte cavere*’, ‘*idonee cavere(-i)*’, ‘*fragilitas cautionis*’ v. R. DE RUGGIERO, «*Satisfactio*» e «*pignoratitio*» nelle stipulazioni pretorie, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, II, Napoli, 1906, 115 ss., nt. 2, che traggio sempre da A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio*, cit., 3, nt. 4. Sul significato giuridico di ‘*cautio*’ nel senso di «ogni e qualunque garanzia contro futuri pregiudizi economici» si v. S. CRUZ, *Da «solutio». Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins I. Épocas arcaica e clássica*, Coimbra,

significato tecnico del *cavēre*, come noto, uno dei *tria verba* della giurisprudenza romana, di cui troviamo una prima delucidazione nel libro delle ‘definizioni’ di Q. Mucio (altra opera giuridica, come il *de heurematicis* di Modestino, intitolata con una parola greca mancando un adeguato corrispondente in latino): Q. Muc. *l. sing.* ὄρων D. 50.17.73.4: *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*¹⁸.

Traducendo liberamente, occorre che la legge fosse interpretata nel modo giusto perché il *cavēre* non consisteva solo nell’impegnarsi nei patti, nel richiamarsi alla legge o nella semplice redazione di un negozio¹⁹; ma era uno spazio di attività (come

1962, 289 e ntt. 494, 496; sempre tratto da A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio*, cit., 3, nt. 5.

¹⁸ Ai celebri *tria verba* della giurisprudenza romana, come detto, fa già riferimento Cicerone in testimonianze ben note ricordate anche da Eneccio. Cfr. J.Go. HEINECCIUS, *Praefationem*, cit., XVI che cita il *De oratore* per descrivere l’attività della cd. *iurisprudentia cavens*; ossia quella parte della giurisprudenza eurematica riguardante le *cautiones* negoziali, affiancata a quella dei *remedia* e dei *consilia*: «può definirsi tale [*scil.* giureconsulto] l’uomo esperto di leggi e di quelle consuetudini su cui si appoggiano i cittadini di uno Stato, che sa dare pareri in materia di diritto, trattare cause e indicare i punti da evitarsi nelle cause stesse» [Trad. it. G. Norcio in M. TULLIO CICERONE, *Opere retoriche*, I, Torino, 1976, 201]. Cicerone definisce la figura del giureconsulto citando S. Elio (cos. nel 198 a.C.), ma anche M. Manilio (cos. nel 149 a.C.) e P. Mucio (cos. nel 133 a.C.), due dei tre ‘canonici’ fondatori (con Bruto) del *ius civile*: Cic. *de orat.* 1.48.212 (55 a.C.). Ricordo che Pomponio nel suo *Enchiridion* cita Sesto Elio, come colui che con i *Tripertita* pose i *cunabula iuris*; mentre P. Mucio e M. Manilio, sono ricordati tra coloro che *fundaverunt ius civile*, avendo con le loro opere dato impulso alla rivoluzione culturale che gettò le basi per la creazione a Roma di una scienza giuridica autonoma. Cfr. Pomp. D. 1.2.2.38-39. Su cui v. F. M. D’IPPOLITO, F. LUCREZI, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*³, Napoli, 2012, 105.

¹⁹ Troviamo testimonianza del *cavēre* in Plaut. *Epid.* 1.2.291 dove *Epidicus* definisce *optimus* un uomo di capace di *recte cavēre*, ossia di tenere insieme *iura* e *leges* (*hic poterit cavere recte, iura qui et leges tenet*). È noto poi quanto scrive Cicerone al giurista Trebazio esortandolo a ‘stare in guardia’ lui che fa questo di mestiere: *fam.* 7.6 (54 a.C.): *Tu, qui ceteris cavere didicisti, in Britannia ne ab essedariis decipiariis*

anche la *disputatio fori* di Pomponio; o gli incontri quotidiani nel tempio della Pace per esercitare la *technē loghikē* di Galeno) dove i giuristi esercitavano il loro sapere in confronto dialettico, svolgendo nel contempo anche un servizio utile per la comunità²⁰.

Mi limito solo a ricordare l’ampio e costante uso nel tempo del verbo *caveo* (-es, *cāvi*, *cautum*, *cavēre*) in declinazione giuridica, nel significato di ‘garanzia’, ma anche di ‘ciò che è sancito’ (da una legge o altro provvedimento equivalente, inclusa l’attività di interpretazione dei giuristi sin da età repubblicana). Sono ben conosciuti, sia l’*in iure cavēre* di Cicerone, che il *cautum est* del Gaio

caveto et, quoniam Medeam coepi agere, illud semper memento: qui ipse sibi sapiens prodesset non quit, nequidquam sapit. Risulta poi diffuso il topos di paragonare l’esercizio del *cavēre* nel mestiere di giureconsulto a quello del comandante militare. Lo si trova in Cic. *pro Mur.* 9.22 (63 a.C.): *tu caves ne tui consultores, ille ne urbes aut castra capiantur* e in 9.19: *Servius hic nobiscum hanc urba nam militiam respondendi, scribendi, cavendi plenam sollicitudinis* riferito all’amico Servio che esercitò l’attività del *consulere* (*pro Mur.* 13.28) in modo esemplare. Anche Ovidio usa la stessa immagine retorica per descrivere l’attività degli amanti (*amor.* 1.9: *Militat omnis amans, et habet sua castra Cupido; Attice, crede mihi, militat omnis amans*) paragonando le strategie dell’innamorato (dette da H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 14 *amoris technas artesque*) all’attività del giureconsulto impegnato a cercare *cautiones* senza curarsi del proprio interesse: *ars am.* 1, 83: *Illo saepe loco capitur consultus Amori, Quique aliis cavet, non cavet ipse sibi.*

²⁰ Questa prassi, che si svolgeva nel foro, sarebbe nata quindi per chiarire come dovesse applicarsi la legge decemvirale e forse anche per questo Pomponio ne parla come una pratica tradizionale molto antica. Una volta approvata la legge, con la *disputatio fori*, il dato normativo veniva, se così si può dire, testato nella pratica e in questo modo perfezionato. Cfr. per questo ora L. KOFANOV, *Il ruolo dei responsa dei giuristi nella disputatio forensis*, in *Casistica e Giurisprudenza* (Roma 22-23 febbraio 2013), a cura di L. Vacca, Napoli, 2014, 73-90. Su questa strada però già A. CORBINO, *Nota minima in margine ai valori di “ius”*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, I, Varsovie, 2000, 179 ss., spec. 182. Per gli incontri quotidiani al tempo di Galeno (ca. 130 – ca. 220 d.C.), cfr. V. SCARANO USSANI, *L’ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997, 111-149, ma anche 54.

veronese, riferito indifferentemente all'interpretazione creatrice dei giuristi; a un trattato (*foedus*) o a una legge²¹.

Anche il *cavēre* subì profonde modificazioni nel corso dell'esperienza giuridica romana, ma non è difficile rendersi conto del perché anche le *cautiones* siano state considerate alla stregua di *eurēmata*. Oltre ad essere delle modalità escogitate per dirimere conflitti tra privati o per svolgere l'attività negoziale senza incorrere in errore (*in captionem*)²²; rientravano in tale categoria anche le soluzioni tecniche suggerite ai governanti per trattare gli affari della *res publica* o per risolvere dispute scientifiche.

Frutto dell'ingegno dei singoli giuristi, ma consolidate nella consuetudine giurisprudenziale e forense, molte di queste soluzioni furono anche recepite dall'attività giurisdizionale e normativa di Senato e Pretori. Questo ha fatto pensare che rientrassero in tale categoria anche i *consilia* dati dai giuristi a chi esercitava una funzione giurisdicente²³. Ancora Cicerone, infatti, attesta che i *iudices*

²¹ Il verbo *caveo* in Ter. Eun. 782 è impiegato in senso atecnico come 'luogo sicuro' (*ipse sibi cavit loco*). In Cic. *de orat.* 1.48.212 *in iure cavere* vale come 'assistere nelle questioni giuridiche' in giudizio (*in iure*); in Cic. *de lege agr.* 2.58 ha il senso di 'tutela di un trattato' (*de quibus foedere cautum est*). Per Cic. *de off.* 2.19.65 v. *retro* in nt. 13 e *infra* in nt. 86. In Gaio *cavēre* è usato nel senso di 'sancito da una legge' in Gai 1.3 (*lex Hortensia*), 13 e 47 (*lex Aelia Sentia*), 78 (*lex Minicia*), 85 (*lex* in genere), 111 (*Lex XII Tabularum*), 3.217 (*lex Aquilia de damno*); in 1.68 come 'sancito dal disposto di un senatoconsulto'; infine per riconoscere valore di legge a una norma riconosciuta come tale per effetto dell'interpretazione formativa dei giuristi (come in Gai 1.145 e 1.165). Cfr. per tutto K.E. GOETZ, voce *caveo*, in *ThLL*, III, Lipsiae, 1916-1912, coll. 636,72-640,50. Cfr. però in generale F. CANCELLI, *L'assistenza nel processo o l'in iure cavere della giurisprudenza repubblicana*, Roma, 1974.

²² Alcune di queste cautele furono dette nel corso del tempo necessarie, altre utili, altre *abundantes*, altre *noxiae*, *iustae*, *iniustae*, *iniquissime*: ovvero nuove, *veteres* od obsolete. Cfr. per tutto J.Go. HEINECCIUS, *Praefationem*, cit., XVII.

²³ Cfr. su questo F. SCHULZ, *Storia*, cit., 200-221, e *passim*. Del resto, il grande studioso tedesco nel suggestivo paragrafo dedicato alla giurisprudenza cautelare

erano soliti assumere normalmente anche dei giuristi nei loro *consilia*²⁴. E dice lo stesso per i magistrati²⁵.

Inoltre è noto che i giuristi romani collaborarono alla redazione degli editti (pretorio, edilizio e provinciale) e, come avveniva normalmente, anche alla redazione di *formulae* che le singole parti non avrebbero potuto predisporre (almeno dalla *lex Aebutia* intorno al 125 a.C.) senza un aiuto professionale²⁶. Anche qui gli esempi da fare sarebbero molti. Tra i tanti ricordiamo almeno la *cautio Muciana*; le *cautiones usufructuaria* e *quasi usufructuaria*²⁷; la *cautio damni infecti*; ancora, le *cautiones de dolo*, *ratihabitionis*, *iudicii sistendi causa* (su cui si è detto), le *cautiones moratoriae*, etc.

A questo riguardo, non vi è chi non abbia ravvisato (Brenkman) la differenza tra *cautiones* e *remedia* nel fatto che le prime, come cautele escogitate da singoli giuristi, solo una volta recepite, prendessero il nome di ‘rimedi’ giurisprudenziali; mentre *remedium* nel tempo sarebbe diventata una parola tecnica anche per indicare l’attività normativa del Senato, dei Pretori e del *Princeps*²⁸. Così si legge nella *pro Cluentio* che la penna acuminata dei censori fu mitigata proprio dai ‘rimedi’ dei giuristi²⁹.

(per cui v. le pagine 224-226) sembra forse porsi, quasi inconsapevolmente, nella scia di Brenkman ed Eineccio.

²⁴ Cic. *top.* 17.65: *Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant.* Su cui v. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 102-104.

²⁵ Cic. *pro Flacc.* 32.77; *de orat.* 1.36.166; 1.37.168.

²⁶ F. SCHULZ, *Storia*, cit., 98 ss. che cita Th. MOMMSEN, *M. Valerius Probus de notis antiquis* (XXV), in *Gesammelte Schriften*, VII, Berlin, 1817-1903, 206 ss., spec. 212; e P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, Erster Teil, *Bis auf die Catonen*, Berlin, 1888, 241. Per la datazione della *lex Aebutia* v. G. ROTONDI, *Leges*, cit., 305.

²⁷ H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 16.

²⁸ H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 16.

²⁹ Cic. *pro Cluent.* 44.123 (66 a.C.): *ne censorium stilum, cuius mucronem multis remediis*

Si vede però in Gai 7 *ad ed. prov.* D. 7.5.2.1 (*se remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi*) come, in tema di *cautio quasi usufructuaria*, l'attività cautelare dei giuristi abbia interagito positivamente con quella normativa del Senato³⁰. E ancora, si può constatare che l'attività ‘rimediale’ del pretore (*remedium edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum*) fu recepita in una costituzione dell'imperatore Gordiano (quando, come detto, Modestino era ancora attivo come respondente)³¹; mentre, in materia di donazione tra coniugi, l'*inventio* di *actiones utiles* fu una novità di Alessandro Severo³².

9. *Cautiones*

Sin qui ho ricordato solo alcuni, dei tanti casi possibili, che confermano quanto fondamentale sia stata l'attività ‘eurematica’ dei giuristi romani sin dalle origini. Come detto, gli *euremata* in senso ampio furono davvero determinanti per lo sviluppo del diritto romano, almeno fino alla fine dell'età classica e almeno quanto l'attività del pretore (con l'Editto) o del legislatore repubblicano o imperiale (con i senatoconsulti e le *constitutiones principum*). In più, l'attività cautelare, che si affianca a quella rimediale/consiliare,

maiores nostri rettuderunt.

³⁰ Si v. anche Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.1 e D. 7.5.5 pr.-2.

³¹ C. 7.72.2: *Est iurisdictionis tenor promptissimus indemnitationis remedium edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum, ut, quotiens separationem bonorum postulant, causa cognita impetrent. Praeoptabis igitur convenientem desiderii tui fructum, si te non heredum fidem secutum, sed ex necessitate ad iudicium eos provocare demonstraveris** [Imp. Gordianus A. Ariston].

³² C. 5.16.7: *Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es, collata in maritum donatio ipso iure irrita est. Sed si matrimonium iure non valuit, licet ipso iure donatio tenuerit, quia tamen indigna persona eius fuit, qui nec maritus potest dici, utiles actiones super revocandis his tibi competunt** [Imp. Alexander Severus A. Theodotae. (PP. k. Oct. Lupo et Maximo cons.) (a. 232)].

ebbe la particolarità di potersi cogliere anche nella funzione di ausilio concreta, e attiva, offerta ai privati per la redazione pratica di atti negoziali. Tale attività favoriva un’applicazione corretta della legge e possiamo considerarla, come detto, molto vicina a quella oggi svolta dai notai³³.

Questo tipo di attività, prevalentemente di natura negoziale, esauritasi la spinta propulsiva tipica delle età repubblicana e classica (quando i giuristi furono impegnati nella costruzione dei fondamenti stessi del *ius*) sarà declassata in età giustiniana e moderna a categoria residuale; e quindi, ribattezzata, come detto, da Hertius *jurisprudencia cavens* e, infine dal Glück, come giurisprudenza ‘eurematica’ in senso stretto.

Emblematico in questo senso può essere un noto passo delle *Institutiones* di Giustiniano, in un’epoca in cui il ruolo dei *tabelliones*

³³ Si v. per questo soprattutto M. AMELOTI, *Alle origini del notariato romano*, in M. AMELOTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Roma, 1975, 1 ss.; ancora M. AMELOTI, voce *Notaio (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1978, 553 ss.; ID., *Prima della carta bollata – La fonte giustiniana in una legge del 537*, in *CNN Attività*, 3, 1992, n. 6, 84 ss.; ID., *Fides, fides publica in età romana*, in *Hinc publica fides. Il notaio e l’amministrazione della giustizia. Atti del Convegno internazionale di studi storici, organizzato dal Consiglio notarile di Genova sotto l’egida del Consiglio nazionale del notariato* (Genova, capitale europea della cultura, 8-9 ottobre 2004), a cura di V. Piergiovanni, Milano, 2006, 10 ss. [= M. AMELOTI, *Altri scritti giuridici*, a cura di M. Pavese, Torino, 2014, 32 ss.]. Ma v. anche H. A. HANKUM, *Les tabellions romains, ancêtre directs des notaires modernes*, in *Atlas du notariat. Le notariat dans le monde: huit siècles de notariat latin, quatre décennies d’union internationale*, Deventer, 1989, 5 ss. [= H. A. HANKUM, *Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, con nota introduttiva, suppl. bibl. e indice delle fonti di J. E. Spruit, Napoli, 2007, 141 ss.]; e ora F. PULITANÒ, *L’età romana classica. Funzione notarile e giuristi*, in *Tabellius, notarius, notaio: quale funzione? Una vicenda bimillenaria*, a cura di A. Bassani e F. Pulitanò, Milano, 2022, 11-39 (anche sul web) che si occupa del tema già in ID., *Alle origini della funzione notarile*, in *Mediazione notarile. Forme e linguaggi tra medioevo ed età Moderna (Quaderni di Studi di Storia Medioevale e di Diplomatica)*, 6, Milano-Torino, 2022, 5 ss.

si può dire ormai istituzionalizzato³⁴. Definita *bellissima cautio* da Eneccio, nel caso di specie, l'imperatore suggerisce come agire a un padre che temeva di redigere un atto inefficace in materia di sostituzione pupillare. Questa *cautio* (a cui Giustiniano conferì valore di legge) fa riferimento non solo all'*an* (*vulgarem quidem substitutionem palam facere*), ma soprattutto al *quomodo*. Si consiglia così a un padre come disporre una sostituzione volgare palese nella prima parte del testamento (l'*an*): se anche il pupillo diventi erede, ma poi dovesse morire prima della pubertà, si nomini il sostituto (*et in primis testamenti partibus debet, illam autem substitutionem, per quam et si heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur*); poi si consiglia anche come redigere tale disposizione (il *quomodo*): cioè, separatamente nella parte inferiore dell'atto, sigillando questa parte del documento con lino e cera in modo autonomo; avendo disposto però, nella prima parte del testamento, che le tavole inferiori non avrebbero dovuto aprirsi finché il figlio fosse stato in vita e ancora impubere (*separatim in inferioribus partibus scribere eamque partem proprio lino propriaque cera consignare, et in priore parte testamenti cavere ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc impubere aperiantur*).

Testimonianze di simili accorgimenti pratici (*in imo cera*, ossia ‘sul fondo della cera’) si rilevano però anche riferiti a giuristi di età repubblicana. La qual cosa sembra confermare che anche le

³⁴ I. 2.16.3: «Se uno sia così pauroso da temere che il pupillo figlio suo, per il semplice fatto che gli è stato palesemente dato un sostituto, sia dopo la morte esposto al pericolo di insidie, deve fare una sostituzione volgare palese nella prima parte del testamento, e quella sostituzione per cui anche se il pupillo sia diventato erede ma poi sia morto prima della pubertà è chiamato il sostituto, deve scriverla separatamente nella parte inferiore, e quella parte deve sigillare con lino e cera in modo autonomo, disponendo nella prima parte del testamento che le tavole inferiori non vengano aperte vivo ed ancora impubere il figlio. È chiaro, però, che la sostituzione del figlio impubere non ha minor valore se scritta nelle stesse tavole con le quali uno avesse istituito il proprio erede, sebbene questo sia pericoloso per il pupillo». Trad. it. di E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1975, 78.

cautiones o i *consilia* dati in funzione negoziale, fino a una certa epoca, siano state considerate parte integrante di un’attività eurematica in un senso più ampio; come nella ricostruzione del Brenkman o dell’Eineccio.

Degno di nota è un passo di Gellio che riferisce della formula di giuramento per compiere l’*adrogatio* tradizionalmente attribuita a Quinto Mucio³⁵; a dimostrazione di quanto diceva Cicerone sulla necessità che in età repubblicana un pontefice dovesse dimostrarsi esperto anche di diritto civile (*pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosceret*)³⁶. In diverse condizioni di tempo e di luogo, della stessa specie è la cautela suggerita da Modestino nel caso in cui un titolare intendesse sollevare dalla dazione di mallevadori il procuratore assente (*si procuratorem absentem dominus satisfactione relevare velit*)³⁷.

³⁵ Gell. 5.19.7: *iusque iurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando iuraretur.*

³⁶ Cic. de leg. 2.19.47 (52-51 a.C.): *Velut in hoc ipso genere, quam magnum illud Scaevolae faciunt, pontifices ambo et eidem iuris peritissimi! «Sae<pe>» inquit Publi filius «ex patre audivi, pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosceret».*

³⁷ Mod. l. sing. de heur. D. 3.3.65: *Si procuratorem absentem dominus satisfactione relevare velit, litteras suas ad adversarium derigere debet, quibus significet, quem adversus eum procuratorem et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum quod cum eo actum sit: hoc enim casu litteris eius adprobatis velut praesentis procuratorem intervenire intellegendum est. Itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator expertus est, ratum esse debet.* [Trad. it. a cura di S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta sen Pandectae. Testo e traduzione*, I (libri 1-4), Milano, 2005, 247: «Se il titolare voglia sollevare dalla dazione di garanti il procuratore che è assente, dovrà indirizzare all’avversario una lettera con la quale precisi chi ha costituito procuratore contro di lui e per quale causa, e che ratificherà quanto compiuto con questi; in questo caso, infatti, riconosciuta come autentica la sua lettera, si considera che quello interviene come procuratore di un titolare presente. Pertanto, anche se per volontà successivamente mutata abbia voluto che non fosse procuratore, tuttavia deve essere ratificato il giudizio svolto come procuratore».]. Per tale frammento v. J. SCHILTER, *Herennius*, cit., 11-23 con la *summa ex Bartolo*: «*Procurator de cuius mandato constat, non cavet de rato. Item, revocatio mandati quae in*

La dottrina inquadra questo frammento nei modi di costituzione del *procurator ad litem*³⁸. Di regola, se rispettate, queste modalità comportavano l’esonero per il *procurator* dalla prestazione di una *cautio ratam rem dominium habiturum*. Nel caso di specie Modestino suggerisce però un modo per difendersi dagli effetti negativi di un *falsus procurator*. Sarebbe bastato indirizzare alla controparte una lettera con l’indicazione di chi è stato costituito procuratore contro di lui e per quale causa; aggiungendo la precisazione che, in un secondo tempo, si sarebbe ratificato il suo operato (*quibus significet, quem adversus eum procuratorem et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum quod cum eo actum sit*).

Riconosciuto come valido tale atto, si sarebbe considerato che il soggetto designato fosse intervenuto come procuratore di un titolare presente (*litteras suas ad adversarium derigere debet, quibus significet, quem adversus eum procuratorem et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum quod cum eo actum sit: hoc enim casu litteris eius adprobatis velut praesentis procuratorem intervenire intellegendum est*)³⁹.

Molto interessante in questo quadro è il sintagma *iuris studiosis*

notitiam iudicis vel adversarii non pervenit, iudicium nullum non reddit»; e anche la cautela conseguente: «*Pro procuratore, qui satisfactione relevari velit*». C. BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, II, Roma, 1891, 94; F. EISELE, *Cognitor und Procurator*, Freiburg-Tübingen, 1881, 170 segnala il segmento ‘*hoc – debet*’ come un’interpolazione di Triboniano, in base a C. 2.56.1 (a. 294); (per tutto v. E. LEVY, E. RABEL, *Index*, I, cit., 38).

³⁸ Sulle *cautiones* richieste al *procurator ad litem* per garantire la riferibilità al *dominus negotii* degli atti compiuti, sottoponendosi, in caso contrario, all’obbligo di pagare le somme di denaro pattuite v. anche Gai 4.97-99 e Gai 4.101. Su cui v. M. MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane dell’età preclassica e classica*, in *IVRA*, 53, 2005, 57 ss., spec. 115-121 nt. 179 e *passim*; ancora sul tema v. G. COPPOLA BISAZZA, *In tema di sostituzione volontaria a procurator*, in *Studi per G. Nicosia*, I, Milano, 2007, 508, nt. 55.

³⁹ Si v. ora in argomento anche G. DONATUTI, *Studi sul procurator*. 1. *Dell’obbligo di dare la “cautio ratam rem dominium habiturum”*, in *AG*, 89, 1923, estr. 1 ss.; F. SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947, 79 ss. e 83 ss.

in Ulp. D. 48.19.9.4 di cui si diceva all’inizio⁴⁰. In questa nota testimonianza (dove Mommsen emenda *tabellionibus* con *pragmaticis*), tale espressione come detto, secondo il Cannata, indicherebbe la professione del redattore di atti privati, prima che in età giustiniana tale figura si istituzionalizzasse come *tabellio*⁴¹. Questo chiama in causa ancora Modestino, dato che la Viarengo, nella scia di Behrends, non esclude che tale giurista abbia collaborato come *adsector* del *legatus Augusti propraetore provinciae Dalmatiae*. Ciò può significare che questi sia stato, non solo allievo (*studiosus*) di Ulpiano, ma anche *iuris studiosus* nel senso indicato dal Cannata, ossia un redattore professionale di atti privati (molto tempo prima che tale figura prendesse il nome tecnico di *tabellio*) e che in questa qualità si sia rivolto al maestro per chiedere lumi⁴².

Un altro esempio di soluzione pratica suggerita da un giurista nella qualità di *iuris studiosus*, prima della comparsa in età giustiniana dei *tabelliones*, si ritrova in un escerto del *liber singularis*

⁴⁰ Ulp. *de off. proc.* D. 48.19.9.4: *Nonnumquam non advocacionibus cui interdicatur, sed foro. Plus est autem foro quam advocacionibus interdicere, si quidem huic omnino forensibus negotiis accommodare se non permittatur. Solet autem ita vel iuris studiosis interdici vel advocatis vel tabellionibus.* C. A. CANNATA, *Qualche considerazione sull’ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, II, Torino, 2012 (già in *Cunabula iuris. Studi per G. Broggin*, Milano, 2002, 435. Sull’uso dell’espressione *iuris studiosus* come ‘redattore di atti privati’ v. anche M. BRUTTI, *Inlvs Paulus. Decretorum libri tres. Imperialium sententiarum libri sex*, Roma, 2020, 7, nt. 14, che commenta Paul. *l. sing. off. adsess.* D. 1.22.1. Traggo da L. PEPPE, *Fortuna*, cit., 650, nt. 92. Sul tema si v. ora A. RAGGI, *Iuris studiosi, iuris periti, esperti di diritto romano in Asia Minore nell’Alto impero: alcune riflessioni*, in *Codex*, 4, 2023, 157-174.

⁴¹ Sulla figura del *tabellio* e in generale sui *tabelliones* dell’età giustiniana si v. ora E. MARELLI, *L’età giustiniana. I tabelliones nella legislazione di Giustiniano*, in *Tabellius*, cit., 41-63. Ma v. anche *retro* in nt. 33.

⁴² Cfr. O. BEHREND, *Der assessor zur Zeit der klassischen Rechtswissenschaft*, in *ZSS*, 86, 1969, 192-226, spec. 205; G. VIARENGO, *Herennius Modestinus*, cit., 6 e nt. 24-27.

de *ambiguitatibus* di Salvio Giuliano (ca. 100 – 169 d.C.). È suggestivo che anche tale giurista, molto probabilmente in età giovanile, abbia scritto una monografia *de ambiguitatibus*, di cui i *Digesta* conservano solo tre frammenti⁴³. Uno di questi riguarda proprio un’attività cautelare di taglio notarile: Iul. *liber sing. de ambig.* D. 34.5.13.5⁴⁴. Questo frammento è stato di recente attentamente indagato⁴⁵.

Sono per noi significativi i §§ 5 e 6. Nel primo, in tema di *stipulatio*, dopo una complessa disamina letterale di varie formulazioni negoziali, il giovane giurista consiglia come debba essere formulata esattamente la promessa affinché, l’attività in essa dedotta, venga compiuta dal promittente. Nell’ipotesi di una clausola penale da apporre a una prestazione alternativa, per essere sicuri che la penale sia attivabile anche nel caso in cui solo una delle due prestazioni fosse stata compiuta, Giuliano suggerisce la formulazione migliore per evitare ambiguità e quindi stipulare a basso rischio di contenzioso⁴⁶.

Nel secondo il giurista tratta del tenore letterale dell’istituzione di erede, in particolare del modo migliore per redigerla nel caso in cui, il testatore, non voglia che un estraneo gli diventi erede, fuori dai casi in cui gli diventi erede un figlio maschio o femmina. La soluzione suggerita gioca sull’aggiunta di due ‘né’ esattamente

⁴³ Per il *De ambiguitatibus* si v. ora l’ampia trattazione di F. BATTAGLIA, *Iuliani de ambiguitatibus liber singularis. Una monografia romana di lingua del diritto tra esegesi e storiografia*, Pavia, 2017, 1 ss. (anche sul web).

⁴⁴ Per gli altri frammenti si v. ancora F. BATTAGLIA, *Iuliani*, cit., 61, nt. 190; 11; e per i rilievi esegetici 70-71; F. PULITANÒ, *L’età*, cit., 19 e nt. 22. sul *De ambiguitatibus* si v. 51-58 e *passim*. e anche R. SIGNORINI, *D. 34.5 “De rebus dubiis”. Profili sistematici e rassegna casistica*, Milano, 2014, 12 e nt. 22.

⁴⁵ Si v. ancora F. PULITANÒ, *L’età*, cit., 19-21.

⁴⁶ Iul. D. 34.5.13.5: *Si quis autem plura in stipulatum deducat, quorum unum fieri velit, ita comprehendere debet: “Illud aut illud fieri spondes? si nihil eorum factum erit, tantum dabis?”*. Sul punto cfr. V. SCARANO USSANI, *L’utilità e la certezza: compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, 188; F. PULITANÒ, *L’età*, cit., 20.

coordinati nella formulazione di specie. Meglio scrivere ‘se non mi sarà erede né un figlio, né una figlia’; piuttosto che ‘se non mi sarà erede un figlio o una figlia, sia erede Seio’⁴⁷.

Questo perché la seconda formulazione non sarebbe valsa a escludere la concorrenza dell’estraneo, anche nel caso che questi avesse avuto figli; in quanto, secondo la lettera della clausola così formulata, Seio sarebbe diventato erede, insieme al figlio maschio, in mancanza di una femmina e viceversa⁴⁸.

Ancora, si può ricordare il caso di un legato di usufrutto nel commento di Gaio alla *lex Iulia et Papia*:

Gai. 5 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 33.1.8: *In singulos annos relictum legatum simile est usui fructui, cum morte finiatur. Sane capitis deminutione non finitur, cum usus fructus finiatur: et usus fructus ita legari potest: “Titio usum fructum fundi lego et quotiensque capite minutus erit, eundem usum fructum ei do”*.

Anche questa testimonianza viene inquadrata, opportunamente, come un’attività cautelare di tipo notarile *ante litteram*⁴⁹. Nell’ipotesi

⁴⁷ Iul. D. 34.5.13.6: *Item si pater familias in testamento ita scripserit: “Si quis mihi filius aut filia genitur, heres mihi esto: si mihi filius aut filia heres non erit, Seius heres esto”, non satis voluntatem suam declaravit, si non aliter extraneum heredem esse volet, quam si neque filius neque filia heres sit: hoc enim modo concipi oportet: “si mihi neque filius neque filia heres erit”. Potest autem interdum superior scriptura esse necessaria, si quis, cum filium et filiam habeat, utrumque heredem instituere velit, sed sive alter heres futurus sit, extraneum miscere, sive neuter, extraneum substituere. Sed proclivior est sententia testatoris sic esse interpretanda, ut, si filius sive filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit.*

⁴⁸ Traggo da F. PULITANÒ, *L’età*, cit., 20-21 ove bibl. di riferimento. Per i rimaneggiamenti giustiniani v. con bibl. E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum*, II, Weimar, 1931, 301.

⁴⁹ Si v. per questo ora F. PULITANÒ, *L’età*, cit., 23-24. Per ulteriori ragguagli sul tema v. M. AMELOTTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1996, 456 ss., M. KASER, *Zum Fruchtterwerb des Usufruktuars*, in *Studi Scherillo*, 1,

di un legato di rendita consistente nella corresponsione di singole annualità, Gaio si chiede quali possano essere le conseguenze di un mutamento dello stato giuridico del beneficiario. Posto che la morte del legatario estinguerebbe il lascito, analogamente a quanto accadrebbe se si trattasse di un usufrutto; in caso di mutamento di status, il legato di rendita non ne sarebbe inficiato, a differenza del legato di usufrutto che, essendo legato alla persona, perderebbe efficacia in caso di *capitis deminutio* del beneficiario. Così il giurista dell’età antonina suggerisce una formula in grado di evitare l’estinzione dell’usufrutto nel caso di un mutamento di *status* giuridico dell’usufruttuario. Sarebbe stato sufficiente che questa eventualità fosse stata espressamente specificata dal disponente nel modo che segue: «ogni qual volta egli subirà un mutamento dello status giuridico, a lui dò lo stesso usufrutto»⁵⁰.

10. Gli altri frammenti del *de heurematicis* di Modestino

Delineato a grandi linee (si spera con sufficiente chiarezza) il quadro di operatività della cd. giurisprudenza ‘eurematica’, almeno nell’ottica dei giureconsulti ‘eleganti’, è venuto il momento di dare anche un rapido sguardo agli altri frammenti del *de heurematicis* di Modestino raccolti nei *Digesta*. La maggior parte riguarda manifestazioni di attività cautelare in campo negoziale, in particolare *cautiones* o *consilia*. Così questo discepolo molto autorevole di Ulpiano suggerisce, ad esempio, il tipo di negozio migliore per disporre la sostituzione pupillare (come scrive Johannes Schilter: *pro eo, qui puberi e impuberi invicem vult substituere*)⁵¹.

Milano, 1972, 405 ss.; C. SCHNABEL, *Der solutionis causa adiectus im römischen Recht*, München, 2015, 47 e nr. 265.

⁵⁰ Trad. it. a cura di A. PETRUCCI, A. SACCOCCIO, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, V.2 (libri 33-36), Milano, 2021, 6.

⁵¹ J. SCHILTER, *Herennius*, cit., 60-75, con relativa *summa Alexandri*. «*Substitutio vulgaris expressa continet tacitam pupillarem: et contra pupillaris expressa continet tacitam*

La questione è stata molto studiata in dottrina⁵².

Ebbene, per risolvere il problema della disposizione di sostituzione reciproca a un figlio pubere e a uno impubere (che poteva essere considerata bivalente), Modestino identifica *tria genera substitutionum: vulgaris, duplex* e *reciproche*⁵³. La *cd. sostituzione tacita*

vulgarem: et substitutio reciproca facta duobus impuberibus continet utramque: sed facta disparibus, continet vulgarem tantum; et ideo separatim est cuilibet substituendum, ut sic in personapupilli contineatur utraque: et ne relinquatur voluntatis quaestio: tunc est etiam tutius, ut in persona pupilli utraque scilicet vulgaris et pupillaris exprimatur; H. BRENNMAN, *De eurematicis*, cit., 100-171; E. MERILLIO, *Ad librum*, cit., 272; e ora, con dettaglio di bibl. e fonti, G. VIARENGO, *Studi*, cit., 130-136.

⁵² Un precedente notissimo è la *cd. Causa Curiana*, una controversia giudiziaria di cui parla Cicerone in *de orat.* 1.39.180, dove si stabilì il principio per cui una *sostituzione pupillare inutile valesse come sostituzione volgare*. Essa fu discussa davanti al collegio dei centumviri nel 94 a.C., competenti per materia, e vide protagonisti Manio Curio e Marco Coponio. Il primo fu nominato, come *heres extraneus*, sostituto dell'erede testamentario istituito per primo. Coponio, nella qualità di *heres ab intestato*, e quale *agnatus proximus* non nominato nel testamento, cita in giudizio Curio innanzi ai centumviri. Cicerone stesso descrive la tesi di Q. Mucio Scevola *pont. max.* (che da giurista difese la tesi di Marco Coponio) per cui, interpretando alla lettera il diritto testamentario vigente, sostenendo che un uomo nominato erede al posto di un figlio postumo nato, e poi morto prima di uscire di tutela, non avrebbe avuto diritto all'eredità, in quanto il figlio postumo non essendo nato, non avrebbe potuto dirsi neanche morto. Secondo Mucio, il postumo non nato, non poteva essere considerato primo erede; e dunque non avrebbe potuto subentrare a questi quale erede sostituto. Lucio Licinio Crasso, retore e avvocato di Manio Curio, difese la posizione del *substituto pupillaris*, sostenendo che la volontà del testatore fosse stata che 'se il testatore non avesse avuto un figlio che fosse vissuto fino a uscire di tutela, l'erede sarebbe stato Manio Curio'. I giudici decisero, appunto, che la sostituzione pupillare inutile valesse come sostituzione volgare (*cd. conversione del negozio*). Sul piano retorico la controversia va inquadrata nello *status* legale *verba-voluntas* su cui v. R. MARTINI, *Antica retorica giudiziaria (gli status causae)*, in *D&S*, 3, 2004, n. 12.

⁵³ Si v. sul punto G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Torino, 2010, 134 di cui seguo la tripartizione enunciata nel testo diversamente da P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, *Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milano, 1963, XVI-1076, spec. 218 che invece, seguendo il dato

bivalente è così chiamata perché, a prescindere dalla sostituzione disposta, si poteva sempre giungere in via interpretativa all'altra⁵⁴. In Modestino (nel *principium*) si legge che questa soluzione affermata nella prassi (*hoc iure utimur*) fu recepita in un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero dove si stabilì, come limite di applicazione della norma sulle sostituzioni reciproche, che la condizione giuridica dell'erede e del sostituto fossero equiparate⁵⁵.

testuale, si limita solo al riscontro di una sostituzione espressa, una tacita bivalente e altre tacite reciproche. Sul punto è certamente da condividere l'esortazione di G. NEGRI, voce *Sostituzione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 127 che, in una materia così infida e complessa come questa, suggerisce di procedere verificando caso per caso, piuttosto che cercando delle sistemazioni in base a principi generali che si presume dotati di particolare valore euristico.

⁵⁴ Era questa la condizione specifica di un caso ‘perplesso’ una categoria di figure giuridiche studiata da G.W. VON LEIBNIZ, *I casi perplessi in diritto (De casibus perplexis in iure)*, saggio introduttivo, traduzione e note di Carmelo Massimo de Iuliis, Milano, 2014, 104 ss.; su cui v. anche O. SACCHI, *La regula iuris e i casi perplexi di Leibniz: algoritmo di buona decisione o presidio di verità nel diritto?*, in *RIDA*, 63, 2016, 113 ss.

⁵⁵ Mod. *l. sing. de heur.* D. 28.6.4 pr.-2: pr. *Iam hoc iure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur, sive filius heres non exstiterit sive exstiterit et impubes decesserit. 1. Quod ius ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur: nam si pater duos filios impuberes heredes instituat eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri divus Pius constituit. 2. Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo “eosque invicem substituo” sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem Severus et Antoninus constituit: incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituiere debebit, ut, si pubes heres non exstiterit, impubes ei substituat, si autem impubes heres exstiterit et intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituat: quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur, ne, si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quaestionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona sensisse intellegatur: ita enim in altero utraque substitutio intellegitur, si voluntas parentis non refragetur. Vel certe evitandae quaestionis gratia specialiter in utrumque casum impuberi substituat fratrem: “Sive heres non erit sive erit et intra pubertatis annos decesserit”. Sui sospetti di manipolazione postclassica di tale escerto del Digesto giustiniano si v. *infra* in nt. 59.*

In altre parole la sostituzione disposta come pupillare (*vulgaris* come per primo afferma Modestino⁵⁶), in caso di premorienza dell’impubere al testatore, avrebbe potuto dispiegare i suoi effetti anche come sostituzione volgare o viceversa, se la morte dell’impubere in potestà fosse intervenuta dopo l’apertura della successione, ma prima del raggiungimento della pubertà⁵⁷. La stessa regola sarebbe stata già fissata in precedenza da Antonino Pio nelle ipotesi di sostituzione reciproca di impuberi (sostituzione tacita bivalente)⁵⁸. Modestino cita però anche una costituzione di Settimio Severo e Antonino Caracalla del 204 d.C. dove fu stabilito che la sostituzione volgare disponesse gli stessi effetti di quella pupillare solo sussistendo la condizione dell’uguaglianza di condizione tra l’erede e il suo sostituto⁵⁹.

⁵⁶ *Duplex* sarebbe la sostituzione stabilita con la doppia formula volgare e pupillare suggerita da Modestino nel passo in questione. Così G. VIARENGO, *Studi*, cit., 128 e 125 dove la studiosa ritiene il frammento tratto dal *liber singularis de heurematicis* anche: «decisivo ai fini della ricostruzione dell’istituto». Il giurista torna sul tema della sostituzione anche in Mod. 2 *pand.* D. 28.6.1pr.-3 e Mod. 1 *diff.* D. 28.6.3. Diversamente B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano, 1955, 233; G. L. FALCHI, *Interpretazione tipica della ‘Causa Curiana’*, in *SDHI*, 46, 1980, 414; G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, 450, configurano *vulgaris* la sostituzione *simplex*, mentre *pupillaris* quella *duplex*.

⁵⁷ Cfr. F. WIEAKER, *La «causa Curiana» e gli orientamenti della giurisprudenza coeva*, in *Antologia giuridica romanistica e antiquaria*, I, Milano, 1968, 130; V. GIUFFRÈ, *L’utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione*, Napoli, 1965, 122; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 456; e ora G. VIARENGO, *Studi*, cit., 133.

⁵⁸ Cfr. il § 1 del frammento citato *supra* in nt. 55.

⁵⁹ Su eventuali interpolazioni del testo dell’intero frammento e sull’identificazione della costituzione di Severo e Caracalla (di cui al § 2) si rinvia a P. VOGLI, *Diritto*², cit., 218 e V. GIUFFRÈ, *L’utilizzazione*, cit., 123 che l’identificano in C. 6.26.2 (Imp. Severus et Antoninus A.A. Phronimae, a. 204); ma già O. LENEL, *Palingenesia*, cit., 719, nt. 1. Questo fa pensare che Modestino sia stato indotto a prendere posizione sul tema perché sollecitato dalla novità della costituzione imperiale. Per la letteratura precedente v. G. BESELER, *Romanistische studien*, in *ZSS*, 47, 1927, 59 che ritiene insitici i segmenti [*quod – nam*]

Il dubbio allora, che risolve il problema posto dalla costituzione di Severo e Caracalla, riguarda la seguente questione: se il testatore dispone una sostituzione reciproca a un figlio pubere e a uno impubere, poteva questa considerarsi bivalente? Una norma del *Codex Iustinianus* stabilì che la sostituzione dovesse considerarsi solo volgare, per la differente condizione giuridica degli istituiti (perché solo per l’impubere sarebbe stata *duplex*; mentre per il pubere avrebbe potuto essere solo *vulgaris*). Modestino, tempo prima, consigliò invece di procedere utilizzando la sostituzione con formula duplice; per evitare eventuali controversie, sarebbe stato meglio sostituire esplicitamente il fratello all’impubere in entrambi i casi; sia che l’impubere non diventasse erede; sia che, diventato erede, questi morisse prima della pubertà⁶⁰.

Un altro *consilium* di Modestino riguarda il cd. *legatum statuta libertatis* o *conditionalis*. Quando in un legato disposto per dare la libertà a un servo, il testatore poneva la condizione *si heredi rationes reddidisse*, ma in un secondo momento proibiva all’onerato di rendere conto, è come se avesse voluto rendere pura la libertà, dato che la seconda disposizione revocava la prima.

Modestino riflette quindi sull’opportunità (ma anche sul modo) di cancellare una disposizione *mortis causa* a titolo particolare trasformando, come detto, un *legatum pro libertate* da condizionale a puro. Il giurista (e con lui i giustiniani) prende così posizione (su un tema molto dibattuto dai giuristi classici sin dall’età tardo repubblicana) a favore del *favor libertatis*. Lo Schilter riassume in questo modo la questione rubricandola nella *Cautela IX* (qui citata

(suggerendo al suo posto un *item*) e tutto il frammento da *incongruens* alla fine; A. FABER, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, Lugduni, 1658, 32,10 considera interpolato il frammento da *ut, si* alla fine; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* 2, Firenze, 1908, 566, nt. 5 valuta postclassico il segmento da *ita enim* alla fine (cfr. E. LEVY, E. RABEL, *Index*, II, cit., 199). Ma v. ora su tutto G. VIARENGO, *Studi*, cit., 134-135.

⁶⁰ Ancora G. VIARENGO, *Studi*, cit., 135.

dal suo commento al *De heurematicis* di Modestino intitolato anche *De cautelis*): «*Pro libertate quomodo conditionalis in puram a testatore converti possit*»⁶¹.

⁶¹ Mod. *l. sing. de heur.* D. 35.1.53: *Si quis servum liberum esse iusserit, si heredi rationes reddidisset, posteaque eum rationes reddere vetuerit quasi puram facturum libertatem, competit ex testamento libertas*. [Trad. it. di F. FORAMITI, *Corpo*, IV, cit., 142: «Se un testatore lasciò la libertà ad un servo sotto questa condizione: *Se renderà i conti all'erede*; e poscia gli proibì di rendere i conti per rendere pura la libertà; la libertà gli compete in forza del testamento»]. Il frammento è considerato dall'*Index interpolationum* sostanzialmente genuino. Cfr. inoltre J. SCHILTER, *Herennius*, cit., 97-103, spec. 98 dove l'a. annota anche la *summa Bartoli*: «*Ademto onere in vim conditionis apposit, emolumentum non videtur ademtum*» e la *Cautela IX* riportata nel testo «*Ad usum fori hodierni redacta*». Sulla questione si v. anche E. MERILLIO, *Ad librum*, cit., 272 che nota come il *dominus*, ponendo la condizione *si heredi rationes reddidisset*, è come se avesse ordinato allo schiavo di essere libero a sua volontà, una volta che gli eredi avessero presentato il conto determinando il verificarsi della condizione: «*ut si dominus servum testamento liberum esse iusserit, sub ea condicione, si rationes redderet; & postea velit ei pure libertatem relinquere, satis sit condicionem adimere, non etiam necesse sit pure libertatem relinquere*»; H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 203-214, a sua volta, dedica diverse pagine di commento a questo estratto dal *liber de heurematicis* di Modestino. Per spiegarne la natura ‘eurematica’ imposta la questione allargandone la portata discutendo di come in età severiana Ulpiano e poi Modestino abbiano ammorbidito la rigidità della regola dell’irrevocabilità delle disposizioni *mortis causa*. Cita pertanto la glossa festina sulla condizione dello *statu liber* (*De eurematicis*, cit., 208): Fest. voce *Statu liber* (Lindsay, p. 414): *Statu liber est, qui testamento certa condicione proposita iubetur esse liber: et si per heredem est, quo minus statu liber praestare possit, quod praestare debet, nihilominus liber esse videtur*; e poco dopo, a p. 209, cita Cic. *de off.* 1.18.59-61; mentre a p. 211 menziona Sen. *epist.* 95. Nel caso di specie, l’apertura di Modestino verso una prevalenza della sostanza sul formalismo per ragioni equitative, giustificerebbe il carattere ‘eurematico’ del *consilium*; e spinge il Brenkman a dire (*De eurematicis*, cit., 207): «*Sed & Modestinus noster Ulpiano praeceptori adsensus est contra summum illum juris rigorem. Quia tamen & Iulianus & Papinianus, superstitionis propemodum auctoritatis jurisconsulti, pro contraria sententia stabant, maluit hanc suam opinionem in Librum Ευρηματικῶν referre. Nec dubito etiam, quin pro more suo formulam hic composuerit, ad evitandam huiusmodi disputationis aleam. Quamvis autem illa in hac Lege non appareat, omissa proculdubio a Justiniani Juris Architectis, quoniam eo tempore tam scrupulosa*

Un'altra questione che tratta Modestino nel suo libro riguarda il tema della restituzione della dote a carico di un terzo (*stipulatio de dote reddenda ab extraneo interposita*), in caso di divorzio della donna e di eventuale successivo matrimonio, il giurista illustra il comportamento da adottare circa la necessità che il creditore dovesse prestare (o non prestare) un nuovo consenso per costituire la dote (*pro dote cum matrimonio expresse redintegranda*)⁶².

subtilitas nihil pensi habebatur, facti tamen species satis ostendit, qualis circiter fuisse censenda ibi. Lo studioso olandese, inoltre, ipotizza anche una *formula* che Modestino potrebbe aver suggerito nel suo *consilium*, ma che i compilatori potrebbero aver deciso di non riportare dall'opera originale (*De eurematicis*, cit., 214): «SERVUM QUEM REDDITIS HEREDI MEI RATIONIBUS LIBERUM ESSE JUSSERAM, RATIONES REDDERE VETO, STATIMQUE EUM TESTAMENTO LIBERUM ESSE VOLO: aut simile quid. Sed nihil hic pro certo determinare ausim». Cfr. in ogni caso sul tema anche Mod. 9 diff. D. 40.7.25: *Statuliberos venundari posse leges duodecim tabularum putaverunt: duris autem condicionibus in venditione minime onerandi sunt, veluti ne intra loca serviant neve umquam manumittantur*, Mod. 9 reg. D. 40.7.26 pr.-1: pr. *Libertate servo sub conditione rationis redditae testamento data heres non solum scriptam rationem exigit, verum etiam quae sine scriptura ab eo administrata est. 1. Servus iussus redditae ratione ad libertatem pervenire, licet nullam administraverit rationem, nibilo minus erit liber*, Mod. 8 reg. D. 48.18.14: *Statuliber in delicto repertus sperandae libertatis praerogativa non ut servus ob ambiguum condicionis, sed ut liber puniendus est*. Sul dibattito giurisprudenziale si v. ora, con ampio ragguaglio di bibl. e fonti, A. MILAZZO, *Statuliber ex die?*, in RDR, 14, 2014, 1-22.

⁶² Mod. *l. sing. de heur.* D. 23.3.63: *Stipulatio de dote reddenda ab extraneo interposita facto divortio statim committitur nec redintegrato matrimonio actio stipulatori quaesita interdidit: denuo igitur consentiente stipulatore dos constituenda est, ne sequenti matrimonio mulier indotata sit: si modo ea dos non ab ipsa projecta sit, quam alius permissu eius stipulatus est, tunc enim consensus eius non est necessarius*. [Trad. it. a cura di S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, IV (libri 20-27), Milano, 2011, 205: «La stipulazione relativa alla restituzione della dote interposta da un estraneo, una volta fatto il divorzio, diviene subito efficace né, ripristinato il matrimonio, l'azione ottenuta dal creditore viene meno; dunque, con un nuovo consenso del creditore, si deve costituire la dote, affinché la donna non ne resti priva nel successivo matrimonio, purché non sia provenuta dalla donna stessa quella dote che un altro, con il di lei permesso, si è fatto promettere con stipulazione: allora, infatti, il suo consenso non è necessario»]. La menzione dell'*extraneus* in questo

Diverso è il caso dell’istituzione di erede di un servo dotale rispetto all’obbligo del marito di ordinare al servo se accettare o rifiutare l’eredità, che espone il marito al rischio di accettare un’eredità scomoda. Il *consilium* è volto a contemperare l’eventuale interesse della moglie ad accettare l’eredità e l’interesse del marito a non ordinare di accettare una successione sconosciuta, o di essere a questo obbligato dalla moglie con l’*actio dotis*.

Modestino suggerisce quindi il seguente stratagemma. In primo luogo accertarsi preventivamente se la moglie intenda accettare o rifiutare l’eredità, facendo in modo che questa lo dichiari davanti a testimoni. Dopodiché, nel caso che moglie dichiari di accettare, il servo può essere restituito dal marito alla moglie a condizione che, dopo che questi abbia accettato l’eredità per ordine di lei, gli sia di nuovo restituito⁶³.

frammento (v. la frase *ab extraneo interposita*) è considerata interpolata da E. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, 12, nt. 6; ripreso da A. GUARINO, «*Extraneus*», in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli, 1995, 421 ss., spec. 435 e nt. 47 (anche sul web). Per un inquadramento più ampio della fattispecie v. però J. SCHILTER, *Herennius*, cit., 29-44, così massimata dai glossatori: «*Actionem alteri quaesitam ex facto meo, sibi auferre non possum sine voluntate sua; nisi meo nomine e ad meam utilitatem quaesita sit*»; H. BRENKMAN, *De heurematicis*, cit., 55-71. E. LEVY, *Der Hergang*, cit., 12, nt. 6 considera insiticio anche il periodo da *denuo* alla fine; in questo seguito da G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in *ZSS*, 45, 1925, 443. Infine, considerano un’interpolazione postclassica la parte che comincia con *si modo* fino alla fine: M. PAMPALONI, *Contributo alla determinazione degli emblemi nelle Pandette*, in *Arch. giur.*, 56, 1896, 18, nt. 41; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano 1. Diritto di famiglia*, Roma, 1925, 309 (cfr. E. LEVY, E. RABEL, *Index*, II, cit., 59).

⁶³ Mod. *l. sing. de heur.* D. 24.3.58: *Servus dotalis heres ab aliquo institutus mariti iussu vel adire vel repudiare debet hereditatem. Sed ne maritus aut facile repudiando vel temere suscipiendo incognitam successionem dotis iudicio uxori suae obligetur, consulendum est mulierem coram testibus interrogari, utrum velit omittere an acquirere hereditatem. Et si repudiare se dixerit, facile mariti iussu repudiabit. Quod si hereditatem agnoscere maluerit, reddendus est a marito servus uxori ea condicione, ut, cum iussu eius adierit, rursum marito retradatur. Ita et mariti sollicitudini consuletur et uxoris desiderio parebitur.* [Trad. it. a cura di S. SCHIPANI, *Iustiniani*, IV, cit., 297: «Un servo dotale, istituito erede, da

Ulteriore questione riguarda l'opportunità di aggiungere un curatore al tutore legato da qualche vincolo di parentela o affinità col pupillo o che sia patrono di un suo liberto (in caso di tutela legittima esercitata sul liberto impubere). Di fronte al sospetto che sarebbe meglio rimuovere tale tutore, Modestino suggerisce di affiancare una curatela al tutore sospettato, piuttosto che esporre

qualcuno, deve accettare o rifiutare l'eredità per ordine del marito. Affinché, però, il marito, o rifiutando facilmente o accettando avventatamente una successione sconosciuta, non sia obbligato in base all'azione dotale nei confronti della propria moglie, si deve consigliare <al marito> di interrogare la moglie, in presenza di testimoni, se voglia tralasciare oppure acquistare l'eredità. E se la stessa abbia detto di volerla rifiutare, per ordine del marito <il servo> la rifiuterà senz'altro. Se invece abbia preferito accettare l'eredità, il servo deve essere restituito dal marito alla moglie a questa condizione, che, dopo che egli abbia accettato l'eredità per ordine di lei, sia di nuovo restituito al marito medesimo. In questo modo, sia si provvederà alla preoccupazione del marito, sia si asseconderà il desiderio della moglie]. Su cui si v. ancora J. SCHILTER, *Herennius*, cit., 44-51; che riporta la massima di Bartolo: «*In rebus quae ad alienum commodum geruntur, consilium est illius voluntatem exquirere, ut gestor se à periculo gestionis se exoneret*»; e propone la relativa cautela: «*Pro marito, omniaque domino utili ad restituendum obnoxio, ne ex gestione obligetur condomino, cui restituere tenetur*». Cfr. ancora H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 72-87; ma soprattutto E. MERILLO, *Ad librum*, cit., 272: «*deprehendi potest contracta fiducia, cum quid ea condicione mancipabantur, ut postea manciparetur*» che già coglie la sostituzione giustiniana della parola *remancipetur* con *retradatur*, come poi rileverà O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I: 718, nt. 5 (che sostituisce anche *dotis* con *rei uxoriae*); ma v. anche O. GRANDEWITZ, *Interpolationem in den Pandekten*, in *ZSS*, 7, 1886, 49. Anche G. BESELER, *Beiträge*, cit., 75 sostituisce *remancipetur* con *retradatur*, ma ritiene insicuro anche il segmento da *ita et* alla fine. Ritengono interpolato il periodo da *sed ne* alla fine, E. ALBERTARIO, *La connessione della dote con gli oneri del matrimonio*, in *RIL*, 58, 1925, 829 e, sebbene con qualche dubbio, P. BONFANTE, *Corso*, cit., 326, nt. 4; in questo seguito da A. BERGER, *Streifzüge durch das römische Sklavenrecht*, in *Philologus*, 73, 1914, nt. 83. (cfr. LEVY, E. RABEL, *Index*, II, cit., 102). Sulla differente disciplina in età classica tra il regime del servo comune e quello dotale si v. anche A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und funktion der Actio rei uxoriae*, Wien, 1969, 34-35 e nt. 8.

tale soggetto all’onta di un’eventuale rimozione⁶⁴. Sembrerebbe questo un suggerimento rivolto al magistrato o funzionario a cui spetterebbe di rimuovere il tutore, volto ad evitare che venisse macchiata l’onorabilità del tutore nei casi in cui lo stesso risultato pratico potesse ottenersi affiancandogli un curatore. Tale cautela quindi potrebbe indurre a pensare che buona parte della letteratura *de officio* dei giuristi romani sia leggibile come un costante strumento per suggerire a magistrati e funzionari di adottare misure rispettose

⁶⁴ Mod. *l. sing. de beur.* D. 26.10.9: *Si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo coniunctus sit vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit et quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factum est curatorem ei potius adiungi quam eundem cum notata fide et existimatione removeri.* [Trad. it. a cura di S. SCHIPANI, *Iustiniani*, IV, cit., 413: «Se il tutore sia legato al pupillo da qualche vincolo di parentela o di affinità, oppure se il patrono gestisce la tutela del pupillo suo liberto, e si consideri che qualcuno di essi debba essere rimosso dalla tutela, la miglior cosa da fare è quella di aggiungergli un curatore, piuttosto che egli sia rimosso con onta per la sua affidabilità e reputazione»]. Cfr. sul punto J. SCHILTER, *Herennius*, cit., 53-60; H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 88-99. Il frammento è ritenuto genuino da G. FALCONE, *La definizione di obligatio, tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino, 2017, 46, il quale sottolinea l’uso delle parole *vinculo necessitudinis* da parte del giurista severiano per definire il vincolo nascente da obbligazione in capo al tutore equiparato a quello nascente da affinità. Per un dettagliato approfondimento del termine *existimatio* nel senso di ‘reputazione’, ‘onorabilità’ si v. ora S. CASTAGNETTI, *Alcuni aspetti del lavoro subordinato alla luce di Neratio, 1 responsorum D. 38.1.50*, in *TSDP*, 15, 2022, 4 s. e nt. 9. Il segmento [*vel si – gerit*] è ritenuto insiticio da R. TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien*, Leipzig-Berlin, 1913, 30, nt. 15 e 50; S. SOLAZZI, *Curator impuberis*, Roma, 1917, 8; R. LAPRAT, *Le crimen suspecti tutoris*, Nancy, 1926, 231; S. PEROZZI, *Istituzioni*², I, Firenze, 1906, 501, nt. 2. Di opinione contraria fu tuttavia A. BERGER, *Streifzüge*, cit., 55, nt. 2. La parola [*potius*] e il periodo [*quam – removeri*] sono valutate interpolazioni da S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli, 1929, 216 ss. il quale sostituisce anche a [*curatorem*] (*tutorem adiunctum*): v. S. SOLAZZI, *La restitutio in integrum del pupillo*, in *BIDR*, 28, 1915, 161, nt. 2; ID., *Sulla regola “Tutorem habenti tutor dari non potest”*, in *RIL*, 52, 1919, 228 (cfr. anche E. LEVY, E. RABEL, *Index*, II, cit., 146).

della *dignitas* (o di altre posizioni sociali dei soggetti coinvolti) sempre restando nei limiti della legge.

Un altro frammento del *de heurematicis* di Modestino riguarda un parere, ancora di natura cautelare, espresso in tema di *aditio hereditatis* del pupillo, dove il giurista espone i rischi (con conseguenziali rimedi) di un’attività negoziale⁶⁵. Nel caso in cui un tutore ordinasse al servo pupillare di accettare l’eredità con lettera, qualora questi (il tutore) fosse morto prima dell’accettazione del servo, un creditore ereditario, non essendosi perfezionata l’accettazione d’eredità, non avrebbe potuto far valere nei confronti del pupillo il suo credito⁶⁶.

11. ‘*Quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit*’

Come si vede, in linea di massima, a parte alcuni *consilia* suggeriti per prevenire il contegno malizioso altrui esortando a maggiore prudenza⁶⁷, la maggior parte dei frammenti escerpti dai

⁶⁵ G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum*, cit., 40, nt. 52.

⁶⁶ Mod. *l. sing. de heur.* D. 29.2.50: *Si per epistulam servo pupilli tutor hereditatem adire iusserit, si post subscriptam epistulam tutor moriatur, antequam ex epistula servus adiret, nemo dicturus est obligari postea pupillum hereditati*. [Trad. it. di G. VIGNALI, *Corpo del diritto*, fasc. 67, Napoli, 1858, 770: «Se il tutore, per lettera, ordinò al servo del pupillo di adire l’eredità, se dopo sottoscritta la lettera muore il tutore, pria che in forza della lettera il servo adisse, niuno è per dire che dappoi il pupillo sia obbligato verso l’eredità»]. Su cui J. SCHILTER, *Herennius*, cit., 76-84; così doppiamente massimato da Bartolo: «*Morte tutoris revocatur mandatum factum ab eo*» ed «*Epistula de adeunda hereditate a tutore scripta, non abet effectum, si tutor moritur ante adita hereditatem*»; con relativa cautela: «*Pro tutore novo, ne ex prioris mandato obligetur pupillus de adita hereditate*»; H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 172-183. Ma si v. anche P. VOGLI, *Diritto*², cit., 638. Si ritiene il frammento sostanzialmente classico tranne la sostituzione di [*postea*] con [*servi cretione*] suggerita da S. SOLAZZI, *I modi di accettazione dell’eredità in diritto romano*, in *Studi Pavia*, 5, 1919, 5, nt. 22. Cfr. E. LEVY, E. RABEL, *Index*, II, cit., 214.

⁶⁷ J.Go. HEINECCIUS, *Praefationem*, cit., VI.

Compilatori dal *de heurematicis* di Modestino, come detto, riguarda *consilia* o *cautiones* che potrebbero dirsi di taglio ‘notarile’: *inventis, sive consiliis, quae Modestinus invenerat, ut facilius aut totius negotia explicari possent*⁶⁸. La ragione forse si spiega pensando a una scelta dei brani condizionata dall’impostazione data ai *Digesta* da Giustiniano, mosso dalla volontà di costruire un sistema ‘chiuso’ di norme modificabili solo con legge. Tuttavia, almeno due *consilia* già citati – D. 26.10.9 (un invito, forse al magistrato competente, ad usare prudenza preferendo di affiancare un curatore al tutore sospetto, piuttosto che procedere alla sua rimozione macchiandone così l’onorabilità) e D. 36.1.47(45), una cautela suggerita all’erede fiduciario (*qui integram hereditatem restituere vult; ne actionibus hereditariis teneatur*) –, dimostrano che l’attività eurematica di Modestino non si limitasse solo a un’assistenza di tipo negoziale o ‘notarile’. Il che darebbe ragione dell’inclusione, da parte di Brenkmann ed Eineccio, di *consilia* e *cautiones* in un genere di attività eurematica intesa in un senso più ampio rispetto ad un’attività di taglio soltanto ‘notarile’. L’esiguità delle testimonianze sull’opera di Modestino non consente però di dire sul punto una parola definitiva.

In questa prospettiva leggerei un’altra testimonianza, sempre tratta dal *de heurematicis*, riguardante il suggerimento sul come disporre *mortis causa* il conferimento, su uno stesso fondo, della nuda proprietà a un soggetto (Tizio) e, contestualmente, l’usufrutto a un altro (Seio)⁶⁹. Dato che l’usufrutto si poteva legare solo dopo

⁶⁸ Così E. MERILLIO, *Ad librum*, cit., 272; ma v. anche J.Go. HEINECCIUS, *Praefationem*, cit., VI: «*ad negotia civilia caute explicanda pertinent*».

⁶⁹ Mod. *l. sing. de heur.* D. 33.2.19: *Si alii fundum, alii usum fructum eiusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usu fructu proprietatem eum legare oportet eo modo: “Titio fundum detracto usu fructu lego: vel Seio eiusdem fundi usum fructum heres dato”. Quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit.* [Trad. it. F. FORAMITI, *Corpo*, III, cit., 1177: «Se un testatore legò un fondo ad alcuno e l’usufrutto del medesimo fondo ad un altro, coll’intenzione che il primo ne abbia

averlo detratto dal fondo, sarebbe stato consigliabile che la formula per stabilire *mortis causa* tale disposizione fosse redatta solo in due modi: a) scrivendo: *a Tizio lego il fondo detratto l'usufrutto*; b) ovvero: *l'erede dia a Seio l'usufrutto del medesimo fondo*. Facendo altrimenti, Tizio e Seio, sarebbero stati riconosciuti insieme usufruttuari, perché la scrittura avrebbe prevalso sulla volontà del soggetto (*Quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit*). Nel caso di specie, ovviamente, il valore probatorio della scrittura sarebbe stato maggiore, e avrebbe prevalso, perché il disponente (*de cuius*) risultava defunto⁷⁰.

la nuda proprietà, egli è caduto in errore; imperciocché non si può legare il solo usufrutto, se non dopo averlo detratto dal fondo in questo modo: *'A Tizio lego il fondo, detratto l'usufrutto; ovvero l'erede dia a Seio l'usufrutto del medesimo fondo'*. Se così non avrà fatto, l'usufrutto sarà comunque fra di essi; perché le parole della scrittura talvolta prevalgono sull'intenzione dell'agente». Si rinvia all'ampia trattazione di H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 184-202. Cfr. però J. SCHILTER, *Herennius*, cit., 84-97, spec. 84, con relativa massima di Bartolo: *«In dubio debet stari scriptura, etiamsi aliud actum sit, dummodo de illo non constet»*; e conseguente cautela: *«Pro testatore, qui vult, fundi usumfructus plene legare alteri, alteri tantum proprietatem: caveat, ne fundum simpliciter huic leget»*.

⁷⁰ Il frammento di Modestino induce però a sospettare che il passo sia stato manomesso dai compilatori che l'avrebbero significativamente accorciato. Già così O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I: 719, nt. 5, per il quale le parole [*fructu lego*] sarebbero frutto di una manipolazione dei compilatori che avrebbero accorciato il testo; di questo lo studioso propone la seguente restituzione (*Seio eiusdem fundi usum fructum lego*). Cfr. anche F. MESSINA VITRANO, *Il legato di usufrutto*, Palermo, 1913, 122; E. ALBERTARIO, *La crisi del metodo interpolazionistico*, in *Studi Bonfante*, I, Milano, 1930, 649. Il segmento da *quod interdum alla fine* è ritenuto postclassico da G. BESELER, *Miszellen*, in *ZZS*, 43, 1923, 551. È ritornata su questa fonte ora F. PULITANÒ, *L'età*, cit., 21-22, spec. 22, soffermandosi sul *vel* disgiuntivo del testo che appare logicamente incongruo. La disposizione relativa a Seio non dovrebbe a rigore rappresentare un'alternativa rispetto a quella dell'attribuzione a Tizio della proprietà *detracto usu fructu*, perché essa ne sarebbe la conseguenza. La Pulitanò suggerisce quindi la seguente integrazione: *«Titio fundum detracto usu fructu lego; Seio eiusdem fundi usum fructum do lego: vel Seio eiusdem fundi usum fructum heres dato»*. Così si salverebbe la connessione tra le due parti del legato, quella

Questo frammento è particolarmente interessante dato che la motivazione colorita del giurista: ossia ‘perché le parole della scrittura talvolta prevalgono sull’intenzione dell’agente’ (*quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit*); rimanda a una celebre polemica che coinvolse in tempi diversi Celso, che si schierò con Servio contro l’opinione di Tuberone, sul criterio per attribuire l’esatto significato giuridico alle parole pronunciate dalle parti nell’attività negoziale. La polemica è riportata in un’altra testimonianza dei *Digesta*: Cels. 19 *digest.* D. 33.10.7 pr.-2⁷¹, e

volta a trasferire la nuda proprietà e quella che ha lo scopo di attribuire l’usufrutto sullo stesso fondo; cosa che il testatore avrebbe potuto realizzare con un legato *per vindicationem*, ovvero con un legato *per damnationem* (su questo si richiama Gai 2.201); in quest’ultima ipotesi l’erede avrebbe dovuto assumersi l’obbligo di far avere a Seio l’usufrutto. In effetti Modestino prevede l’eventualità del legato a effetti obbligatori, e questo potrebbe far pensare che nel caso in cui si fosse scelto il legato a effetti reali, l’usufrutto non trasmesso a Tizio, sarebbe ricaduto direttamente nella titolarità di Seio all’apertura del testamento; invece, nel caso di un legato obbligatorio, l’usufrutto sarebbe restato in capo all’erede Tizio fino all’atto di trasferimento a Seio. Sul punto la Pulitanò documenta l’esistenza di un dibattito giurisprudenziale proprio sull’eventualità dell’immediato passaggio della proprietà in capo al legatario. Si v. ancora F. PULITANÒ, *L’età*, cit., 22, nt. 30.

⁷¹ Cels. D. 33.10.7.2: 2. *Servius fatetur sententiam eius qui legaverit aspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas et togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri: non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Id Tuberus parum sibi liquere ait: nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam vocis ministerio utimur: ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit. Nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur: nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conato ipso et sono quodam καὶ τῇ ἀνάρθρω φωνῇ [id est: voce inarticulata] dicere existimamus.* Su questo frammento v. ora con ragguagli di bibl. essenziale, anche S. MASUELLI, *Considerazioni sull’apporto preposizionale nel lessico dei*

dimostra come un’attività cautelare di questo tipo potesse rientrare in un concetto di attività eurematica anche più ampio. Sarò molto sintetico.

Celso al 2 § del frammento in questione così riporta la posizione di Servio: a) premesso che si deve sempre fare salva la volontà del testatore e quindi vedere a quale specie si riferiva la cosa indicata nella disposizione testamentaria; b) i nomi non si devono intendere a seconda delle singole opinioni, ma secondo l’uso comune della parola (*non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere*). Tuberone obietta che le parole servissero a indicare la volontà di chi parla non potendosi attribuire alla parola pronunciata un significato diverso da quello che il dichiarante era solito attribuirgli (*id Tuberone parum sibi liquere ait: nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam vocis ministerio utimur: ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit*).

Celso però conclude dissentendo da Tuberone, ribadendo la tesi di Servio per cui non sarebbe possibile reputare che una persona abbia fatto riferimento a qualcosa indicandola con un nome non suo (*Sed etsi magnopere me Tuberone et ratio et auctoritas movet, non tamen*

giuristi romani, in RDR, 18, n.s. III, 2018, 3, nt. 8 e *passim* (anche sul web), che segnala l’attenzione dei giuristi romani (Labeone, Celso, Tuberone e Servio), alle teorie filosofico-linguistiche in sede di costruzione teorica di problemi giuridici come, nel caso di specie, l’*interpretatio* dei legati e degli atti di ultima volontà. In altra prospettiva sul tema si v. ora C. PALOMO PINEL, *La definitio en las fuentes retóricas y jurisprudenciales romanas como ballazgo de la vis verborum*, in *Conceptos, métodos y fuentes en la antigüedad. Líneas de investigación actuales*, a cura di A. Martín Minguijón, R. Vilacoba, K. María, S. López e J. Nicolás, Madrid, 2023, 1089-1102. Secondo G. BESELER, *Miszellen*, in ZSS, 43, 1922, 417, il segmento ‘*equidem – agitaverit*’ sarebbe insiticio; S. RICCOBONO, *Fasi e fattori dell’evoluzione del diritto romano*, in *Mél. Cornil*, 2, Paris, 1926, 359 ritiene genuini i segmenti ‘*prior – dicentis*’ e ‘*nemo – existimatur*’. Per tutto si v. comunque E. LEVY, E. RABEL, *Index*, II, cit., 288.

a *Servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit*).

Tutto questo, al di là della questione in sé, può aiutare a chiarire il senso più generale di cosa significhi giurisprudenza eurematica e forse dare anche l’idea della notevole forza evocativa di questo concetto. Pur concedendo a Beseler che nel passo di Modestino la chiusa ‘*Quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit*’ sia una interpolazione, Celso dice che Servio, premesso il principio di fare salva sempre la volontà del testatore, diede al significato delle parole da questi adoperate quello dell’uso comune e non delle singole opinioni. Quest’orientamento sull’etimologia delle parole riferito alla consuetudine è un approccio anomalista, dunque di risalenza classica, perché si richiama a un principio esterno alla legge stessa. È tale anche quello scelto da Labeone (sempre riportato da Celso) per il quale all’etimologia della suppellettile (altro tema arcinoto) deve accreditarsi il significato dato all’uso (*Labeo ait originem fuisse suppellectilis, quod olim his, qui in legationem proficiscerentur, locari solerent, quae sub pellibus usui forent*)⁷². È molto probabile quindi che la frase finale del testo di Modestino sia genuina.

Se così fosse, sarebbe questa la prova di un atteggiamento ‘anomalista’ del giurista, pronto a difendere un’*interpretatio iuris* fondata su un principio ritenuto opportuno perché imposto dall’uso corrente⁷³.

⁷² Viene qui evocata la nota controversia tra analogisti e anomalisti durata circa tre secoli (dal II a.C. al I d.C.) che diede la sua impronta alla grammatica romana e che i romani in questo spazio di tempo applicarono anche al diritto. Così A. PAGLIARO, *La dottrina dell’analogia e i suoi precedenti storici*, in *Ricerche linguistiche*, 4, 1958, 1 ss., spec. 12 che per le fonti sui profili del linguaggio cita, in nt. 13, L. LERSCH, *Die Sprachphilosophie der Alten, dargestellt an dem Streite über Analogie und Anomalie der Sprache*, 1, Bonn, 1838, spec. 92-155 (anche sul web).

⁷³ Lo stesso non si può dire però per il pompeiano Tuberone, allievo di Ofilio e molto esperto in diritto pubblico e privato. Si v. Pomp. D. 1.2.2.44; 46; su cui

12. Qualche cenno sull'attività eurematica degli altri giuristi

Detto del *de heurematicis* di Modestino, a questo punto si può verificare brevemente - oltre quanto già evidenziato (anche nella prima parte di queste note) sull'uso diffuso dei giuristi di strumenti retorici quali *color*, *fictio*, *formulae* e *consilia* - se sia riscontrabile, anche

rinvio a M. BRETONE, *Pensiero politico e diritto pubblico*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, 18 e nt. 47. Questo giurista, (come Ofilio, Cesare e Pompeo), nel passo *de quo* si dimostra analogista, perché difende sia un'interpretazione rigida della legge (Tab. 5.3: *uti legassit suae rei ita ius esto*), che un'interpretazione rigida del tenore letterale della disposizione testamentaria. Cesare fu analogista, se è vero che tentò di trovare le analogie tra il modo di vivere romano e quello dei Galli e dei Germani e scrisse un trattato *De analogia* dedicato a Cicerone (Suet. *div. Iul.* 56; Fronto *b. Parth.* 9; Cic. *Brutus* 253); e anche lui, come Pitagora ripose tutto nella legge (Iambl. *v. Pyth.* 30.171 ss., in part. 172). Inoltre uno dei progetti di Cesare (come di Pompeo che come detto chiamò a Roma l'analogista Aristodemo di Nisa: su cui v. G. FUNAIOLI, *La retorica antica in Grecia e a Roma*, in *Studi di letteratura antica. Spiriti e forme, figure e problemi delle letterature classiche*, I, Bologna, 1958, 175 ss., spec. 211) era di codificare il diritto romano per dare certezza nella legge (*ius civile ad certum modum redigere*); ma restò irrealizzato forse per la morte prematura del dittatore (cfr. per questo Suet. *div. Iul.* 44; Isid. *etym.* 5.1.5). Fa un certo effetto pensare che all'analogista Cesare, in qualche modo, l'anomalista Cicerone può aver opposto il suo progetto di *ius civile in artem redigere*: cfr. Gell. 1.22.7; Char. 175 18b.; Quint. *inst. or.* 12.3.10. Per un inquadramento in prospettiva più ampia v., con rif. bibl., O. SACCHI, *L'ars hermeneumatis*, cit., 399 e *passim*. Sul *De iure civili in artem redigendo* ciceroniano di cui come è noto si conoscono solo due testimonianze (Gell. 1.22.7 e Arc. Car. 175, 18B) si v. M. BRETONE, *Pomponio lettore di Cicerone*, in *Tecniche*, cit., 277 ss., spec. 278 s. e 284-286, dove si ipotizza che il Q. Elio Tuberone che Cicerone loda nel *de iure civili in artem redigendo* fosse il Q. Elio Tuberone, amico e discepolo di Panezio. Mentre il Q. Elio Tuberone del passo in questione, allievo di Ofilio, è l'accusatore di Ligario molto giovane al tempo della guerra tra Cesare e Pompeo. Sull'identificazione del Q. Elio Tuberone citato in Gell. 1.22.7 v. D. NÖRR, *Pomponius oder Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in *ANWR*, 2.15, 1976, 527-529; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, 80, 1977, 263-264; ancora M. BRETONE, *Pomponio*, cit., 284-286.

in altri giuristi, un’attività eurematica in senso ampio e generalizzato. Come è noto, attestazioni esplicite di altre opere *de heurematicis* non ve ne sono, ma non si può escludere che anche altri giuristi abbiano svolto un’attività di questo genere⁷⁴.

Una dettagliata ricognizione è stata già fatta dal Brenkman che torna molto utile. In ordine cronologico si possono ricordare almeno: Q. Mucio Scevola, C. Aquilio Gallo, M. Antistio Labeone, Nerazio Prisco, Giuvenzio Celso figlio, Salvio Giuliano, Sesto Pomponio, Terenzio Clemente, Sesto Cecilio Africano, Venuleio Saturnino, Gaio, Ulpio Marcello, Cervidio Scevola, Emilio Papiniano (che cita spesso Giuliano con particolare attenzione ai profili etici), Claudio Trifonino, Paolo, Ulpiano ed Elio Marciano. Quindi 17 giuristi sui 40 di cui vi sono frammenti nei *Digesta*; e almeno uno (Aquilio Gallo) tra quelli solo citati⁷⁵.

Solo in base a questa molto sommaria statistica c’è da notare che, a parte Q. Mucio e A. Gallo, due giuristi dell’età repubblicana; Labeone, Nerazio e Celso figlio, furono esponenti di spicco della scuola proculiana: il primo di età augustea; gli altri due del tempo di Traiano e Adriano (I sec. d.C.). Seguono Ulpio Marcello, sotto Antonino Pio e successori (II sec. d.C.) e infine Cervidio Scevola (che scrisse i *libri responsorum* sotto S. Severo morto nel 211 d.C.). I restanti sono di età severiana (III secolo).

Salvio Giuliano, esponente autorevole della scuola sabiniana, ebbe come è noto l’incarico dall’imperatore Adriano di redigere l’Editto perpetuo, ma redasse anche la grande opera dei Digesti terminata sotto Antonino Pio. Di quest’opera si contano nelle Pandette giustinianee oltre 500 citazioni da parte di altri giuristi⁷⁶.

⁷⁴ Almeno di questo furono convinti i giuristi ‘eleganti’: H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 240-283.

⁷⁵ Cfr. C. FERRINI, *Il Digesto*, cit., 83-95.

⁷⁶ C. FERRINI, *Il Digesto*, cit., 21. Sull’incarico dato da Adriano a Giuliano di redigere l’editto v. *const. Tanta* 18 e in generale, con bibl. agg., ora C. GIACHI, *Per una storia dell’editto (I-III secolo). Note preliminari*, in TSDP, 16, 2023, 3 e *passim*.

Colpisce però quanto scrive dell'attività eurematica di tale giurista il Brenkman: «*Salvii Juliani cautelas rariores esse*»⁷⁷. Evidentemente nell'opera di Giuliano prevalse in età matura una propensione al taglio sistematico e un'attenzione verso nuove vedute generali (di taglio analogista), a loro volta, interpretate e portate a compimento, dal grande Papiniano⁷⁸.

⁷⁷ H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 241.

⁷⁸ Cfr. C. FERRINI, *Il Digesto*, cit., 24. Come esempio di attività cautelare svolta da Papiniano si può però citare Pap. 7 *resp.* D. 33.2.24 pr.: *Uxori fructu bonorum legato faenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex senatus consulto cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis: tunc enim sortes dumtaxat legatario dabuntur aut, quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur*. Si tratta di un legato di usufrutto su tutti i beni del marito comprensivo anche di somme di denaro. La moglie legataria è tenuta a prestare una garanzia per la restituzione del capitale, ma anche degli interessi eventualmente maturati da investimenti precedentemente fatti dal marito. Papiniano diligentemente espone il diritto vigente facendo riferimento a un SC. di cui in Tit. Ulp. 24.26-27. È noto che la *cautio fructuaria* ordinaria aveva la funzione di rafforzare in ambito pretorio l'obbligo di restituzione già previsto dal *ius civile*. Mentre il SC., forse di età augustea, disciplinava il regime dalla *cautio fructuaria* sulle cose consumabili che diventò condizione per il passaggio della proprietà. In questo modo l'efficacia traslativa della proprietà sui beni (un rapporto reale-obbligatorio *ex senatoconsulto*) non si realizzava se, al momento della *datio* delle cose consumabili da parte dell'erede, il legatario non offriva la garanzia che veniva ritenuta funzionale all'attuazione del legato. Così S. LONGO, *Alle radici dell'usufrutto di res, quae usu consumuntur*, in *Studi Nicosia*, I, Milano, 2007, 484, nt. 15 e 497 ss. Papiniano nel frammento in questione esprime un parere su una situazione concreta. Forse un conflitto tra erede e legataria sull'ammontare complessivo del legato. Nel caso di specie, l'obbligo di corrispondere gli interessi appare bilanciato dall'obbligo per la legataria di ripetere alla scadenza anche questi. Concordo sull'impossibilità di precisare se il parere del giurista sia stato reso prima della prestazione della garanzia, in costanza di usufrutto, o in seguito, magari alla morte della beneficiaria; e anche sul fatto che il consiglio suggerito da Papiniano abbia riguardato la raccomandazione di inserire in modo esplicito, nella *stipulatio*, la menzione degli interessi, pur senza che fosse riportato il tenore letterale della clausola (*Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem*

Considerazioni analoghe potrebbero farsi anche per Pomponio, Africano e Gaio, che sembrano riportare innovazioni di altri giuristi più che sostenerne di proprie⁷⁹. In linea di massima, ciò sembra accadere quando il giurista appare più attento al *certum* della legge (principio di autorità e *ratio legis*), che non alla ricerca del *verum* del *ius* (propensione alla *ratio iuris*). Questo però non esclude che in casi particolari il giurista si adoperasse in un’attività eurematica. Lo

interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est). La qual cosa potrebbe deporre nel senso che, Papiniano, forse, nel caso di specie si limitò a pronunciare solo un principio generale e non una soluzione originale. Per tutto si v. ora F. PULITANÒ, *L’età*, cit., 32.

⁷⁹ H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 260-263, in mancanza del Gaio veronese, riesce a raccogliere almeno quattro significativi esempi di attività eurematica svolta da questo giurista: a) uno in materia di *adipiscenda possessione*; b) un altro sulle detrazioni ai sensi della *lex Falcidia* in materia di legati che non recepivano divisione; c) un altro ancora *de inspiciendis in transigendo verbis testamenti*; d) infine, sul tema del pignoramento condizionale. Quanto al punto ‘a’ il Brenkman poteva ad esempio contare solo su Gai 7 *ad ed. prov.* D. 6.1.24: *Is qui destinavit rem petere animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere quam alio possidente petere*. [Trad. it. a cura di S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, II (libri 5-11), Milano 2005, 90: «Colui che ha deciso di chiedere in giudizio la cosa, deve prestare attenzione se possa ottenerne il possesso con qualche interdetto, poiché è molto più comodo possedere egli stesso e costringere l’avversario agli oneri dell’attore, piuttosto che agire mentre l’altro possiede»]. Dello stesso avviso Ulp. 70 *ad ed.* D. 41.2.12 pr.-1: pr. *Naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet*. 1. *Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit*. Rileverebbe qui un *consilium* di strategia processuale (*agere?*). La scoperta del Gaio veronese confermerà l’esattezza di questa intuizione. Ma nelle sue *Institutiones* Gaio definisce *innumerabiles* le *actiones in factum* (Gai 4.46) e le *actiones formulari in personam* (Gai 4.33) di cui la *fictio* è elemento strutturale e costitutivo. 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.

dimostra il rimedio escogitato da Gaio in D. 33.1.8 per equiparare l'usufrutto al legato di annualità, al fine di evitare che un mutamento di *status* del beneficiario causasse l'estinzione del lascito⁸⁰. Quanto a Paolo e Ulpiano, è impossibile dire di questi giuristi in poche battute. Resta il fatto che il primo scrisse un'epitome ai Πιττωνῶν di Labeone⁸¹; mentre il secondo, come ho già detto e ripetuto (ed è del resto a tutti noto), fu maestro di Modestino⁸².

⁸⁰ Si v. *retro* nel testo e in nt. 49.

⁸¹ Sull'epitome di Paolo all'opera di Labeone si v. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 368; ma v. anche L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989, 120 ss. Per un esempio di attività cautelare ascrivibile a Paolo si può fare riferimento a Lab. 1 Πιττωνῶν a Paolo epit. D. 33.7.5. In questo passo notissimo, si rileva una controversia sulla questione della forma in ordine alla consistenza del legato, tra Labeone e Paolo, dove Labeone considera irrilevante la forma di redazione della disposizione (*Si cui fundum et instrumentum eius legare vis, nihil interest, quomodo leges “fundum cum instrumento” an “fundum et instrumentum” an “fundum instructum”*); mentre Paolo specifica che se il legato è istituito con la formula *‘fundum cum instrumento’*, in caso di morte del disponente dopo aver alienato il fondo, questo sarebbe nullo; mentre, usando le altre formule, la disposizione sarebbe valida. Non è il caso di entrare nella nota questione del *fundus instructus*, basti dire con F. PULITANÒ, *L'età*, cit. 30 s. che Paolo, evidentemente impegnato a dare un parere a un caso particolare, chiarisce al cliente che usando la prima formula *fundus cum instrumentum*, in caso di alienazione del fondo, il legatario designato si vedrebbe privato di qualsiasi beneficio; non così negli altri casi per cui lo stesso avrebbe il diritto di ricevere solo l'*instrumentum*. Trovo condivisibile quindi l'opinione della Pulitanò per cui, nell'ottica di Paolo, a sfumature espressive conseguono conseguenze giuridiche di cui il buon consulente ha il dovere di rendere edotto il cliente.

⁸² Solo a titolo di esempio si rinvia a Ulp. 24 *ad Sab.* D. 33.1.3 pr.-3. Un frammento riguardante il legato da corrispondersi in rate annuali, che Ulpiano ritiene validamente formulato anche in mancanza dell'indicazione specifica dell'ammontare di ciascuna rata, dato che questo può essere individuato in via interpretativa assumendo che le rate siano uguali. Il testatore può però stabilire che tali rate siano diseguali, rinviando al criterio della *valutazione dell'uomo onesto* di cui dovrà tenere conto il giudice in caso di contenzioso. In alternativa, sempre il

Di Terenzio Clemente viene ricordato un *consilium* sulla *promissio dotis* nel caso che sia stato promesso più di quanto le condizioni economiche della nubenda permettevano⁸³. Di Venuleio Saturnino (II d.C.) è riferita una *cautio* definita *utilissima* in tema di stipulazioni pretorie con clausola *quanti ea res est*⁸⁴. Di Trifonino, infine, si è parlato nella prima parte di queste note a proposito dell’uso del *color* come argomentazione giuridica (Tryfon. 11 *disp.* D. 23.3.78.2,15: *nam vel ex empto actione adhuc, ut usum fructum praestet, mulier tenetur, aut pretium eius consequi sperat, aut cuius magis gratiam praestare quam relinquere apud inimicum ius ad se translatum licere ei civile est*)⁸⁵.

testatore, può anche lasciare una più ampia discrezionalità all’erede o al legatario, valendo in tal caso solo il limite che tutta la somma non possa essere corrisposta in un’unica soluzione. Si rinvia per tutto, anche per le questioni esegetiche e bibl., a F. PULITANÒ, *L’età*, cit., 25-27, spec. 27.

⁸³ Terent. Clem. 3 *ad l. Iul. et Pap.* D. 23.3.61 pr. su cui si v. H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 263. La questione è la seguente: sia nel caso che vi sia un curatore generale, che in quello in cui sia nominato solo uno in particolare per conferire la dote, come ci si deve regolare se si è promesso più di quanto ammontano le possibilità economiche della donna? La regola era che la *promissio dotis* non valeva *ipso iure* perché per legge non si considerava ratificata l’autorizzazione data con dolo (*quia lege rata non habetur auctoritas dolo malo facta*). Ma, in questo caso, l’invalidità colpiva tutta l’obbligazione o solo quanto era stato promesso più di quanto dovuto? Il giurista suggerisce che sarebbe stato più utile considerare invalida solo la parte in eccesso (*utilius est dicere id quod superfluum est tantummodo infirmare*).

⁸⁴ Venul. 8 *action.* D. 46.5.11: *In eiusmodi stipulationibus, quae “quanti ea res est” promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguum summam deducitur.* Cfr. H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 279. In età severiana il giurista Paolo menziona il principio generale per cui, in tutte le stipulazioni pretorie a cui si aggiungeva una *stipulatio poenae*, se la prestazione pattuita non veniva adempiuta, la stipulazione avrebbe avuto luogo comunque a titolo di pena: Paul. 14 *ad Plant.* D. 46.5.6: *In omnibus praetoriis stipulationibus, in quibus primo fieri aliquid, deinde, si factum non sit, poenam inferimus, poenae nomine stipulatio committitur.*

⁸⁵ Tryfon. D. 23.3.78.2,15. Su cui H. BRENKMAN, *De eurematicis*, cit., 269.

13. Osservazioni conclusive

Tutto quanto esposto finora (incluso la prima parte di queste note) pare sufficiente per qualificare anzitutto il titolo *de heurematicis* scelto da Modestino quanto meno rappresentativo, in età severiana, di una forma della letteratura giuridica della giurisprudenza classica, rientrando a pieno titolo tra quelli già noti: come gli studi di commento agli editti o ad altri giuristi come i *libri iuris civilis* di Q. Mucio, Sabino, Cassio o Plauzio (*commentarii*); i *digesta*; le raccolte di *responsa* od *opiniones* di giuristi; i testi isagogici rivolti agli studenti (*institutiones*); le raccolte di regole o definizioni giuridiche di taglio casistico (*regulae* o *definitiones*); le esposizioni di fattispecie complesse a uso didattico (*quaestiones*); le raccolte di casi ‘problematici’ come Schulz; ovvero qualcosa di simile alle opere di *disputationes* come Bretonne⁸⁶.

⁸⁶ Si v. ora B. CORTESE, *Roma Legal Science between the Creation and Interpretation of the Law*, Napoli, 2023, 70. Sulla letteratura ‘problematica’ si v. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 401 s.: «Passiamo ora a considerare un gruppo di opere che chiameremo la *letteratura problematica*, cioè le opere dedicate esclusivamente a problemi, alle più difficili e imbarazzanti questioni di diritto. I loro titoli variano - *Digesta*, *Responsa*, *Quaestiones*, *Disputationes* e così via - e taluni non sono esenti da preziosismo. I problemi sono discussi singolarmente, secondo lunghezza variabile; non sono tra essi collegati da qualche testo, e sebbene siano a volte disposti secondo un piano (secondo il così detto sistema dei *Digesta*), la connessione di un dato problema con la rubrica è spesso libera e a volte arbitraria, mentre la discussione diverge in disparati rami del diritto. in contrasto con la letteratura isagogica e con i vasti commentari *ad Edictum* e *ad Sabinum*, questa letteratura problematica è decisamente esoterica». Questa letteratura problematica è dunque un’*inventio* dello stesso Schulz, forse in ragione della sua natura esoterica e ‘a-sistematica’ (*Storia*, cit., 402 e 406): «Quanto al sistema: in molte opere non ne è discernibile alcuno e non è forse mai esistito alcuno». Sulla collocazione del *de heurematicis* di Modestino in questa categoria, si v. ancora F. SCHULZ, *Storia*, cit., 437-438. Questa prospettiva corrisponde come detto alla concezione del *cavere* rilevabile in Cic. *de off.* 2.19.65. Cfr. per questo già J.Go. HEINECCIUS, *Praefationem*, cit., XVI e *retro* in ntt. 48 e 56. Per la collocazione dell’opera, come forma letteraria,

Per parte mia, definirei l’opera di Modestino una cretomazia del genere ‘anomalista’, diventato in età imperiale (all’epoca delle dispute di scuola) il tratto tipico del *modus procedendi* dei giuristi di scuola proculiana⁸⁷. Il genere ‘analogista’ fu prerogativa dei giuristi di scuola sabiniana⁸⁸; ed è anche vero che sulle differenze di approccio al diritto di queste due scuole si discute ancora⁸⁹; ma una buona partenza resta quella di Martin Schanz (1842-1914), per cui

nell’ambito delle *quaestiones* o delle *disputationes* si v. M. BRETONE, *Storia*, cit., 435.

⁸⁷ È possibile che nella scienza giuridica romana (ermeneutica) si compì così una sintesi tra la concezione aristotelica di *sophia* che era la condizione in grado di far compiere all’uomo virtuoso la ‘cosa giusta’, come evento riproducibile (da cui si può evincere anche un’idea di giustizia come virtù); e la concezione stoica di *sophia* come essa stessa virtù. Questo consentirà a Cicerone di pensare all’ermeneutica giuridica romana come *ars* (penso al *de iure civili in artem redigendo*) usando una parola che ormai nel lessico colto degli intellettuali greci e romani aveva perso (come *téchne*) ogni connotazione negativa (cfr. Arist. *Eth. Nic.* 1129b,25-1130a,5). Per la connotazione negativa di *ars* v. Verg. *Aen.* 2.106 che parla dell’*ars pelagica* come di ‘arte ingannatrice’ dell’uomo greco (*ignari scelerum tantorum artisque Pelasgae. prosequitur paupers et ficto pectore fatur*). Cfr. G. A. GILLI, *Origini dell’eguaglianza. Ricerche sociologiche sull’antica Grecia*, Torino, 1988, 36. Per altri rif. di fonti e bibl. aggiornate si v. ora anche O. SACCHI, *Ius pluribus modis dicitur. Per una genealogia della nozione di diritto come giustizia*, in *La forza del diritto, il diritto della forza*, 7. L’Era di Antigone. Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli, Milano, 2014, 72-141.

⁸⁸ Per il tema in generale dal punto di vista storico-giuridico cfr., con bibl. precedente, G. CRIFÒ, *Recenti pubblicazioni e discussioni sulla metodologia dei giuristi romani*, in *Annali Università di Macerata*, 1968, 21-23; O. SACCHI, *L’ars hermeneuticis dei giuristi romani tra propensione analogista e anomalista nel diritto*, in *Scritti per A. Corbino*, VI, Tricase, 2016, 381 ss.; ma v. anche ID., *Il giurista romano come ‘saggio artefice’ e il suo ruolo politico-sociale tra ars e techne: qualche riflessione sull’idea del ius come logos da Cicerone a Ulpiano*, in *Ius hominum causa constitutum*, cit., 1604 ss.

⁸⁹ Per un ampio ragguaglio di bibliografia sulle scuole giuridiche del principato e per l’incidenza della retorica nell’attività rispondente dei giuristi rinvio utilmente a T.G. LEESEN, *Gaius meet Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies* [Doctoral Thesis, Tilburg University], Tilburg, 2009, 1-383 (sul web); ora pubblicato con lo stesso titolo per i tipi dell’editore Brill, Leiden, 2010, XIV-358.

l’analogista tendeva a rimanere fermo al *ius strictum* per eventualmente riorganizzarlo e/o applicarlo di conseguenza. L’anomalista invece interpretava la legge prendendo come riferimenti *lex*, *aequitas* e *consuetudo*, arrivando spesso a soluzioni innovative⁹⁰.

Entrando più nel dettaglio, certamente può significare qualcosa che, su dieci frammenti del *de heurematicis* di Modestino, solo due siano stati ritenuti dagli ipercritici interpolazionisti sostanzialmente classici o non seriamente rimaneggiati [D. 36.1.47(45) e D. 35.1.53]. Dei restanti otto, almeno due sono strettamente collegati a costituzioni imperiali: una, C. 6.26.2 (a. 204), molto probabilmente, sollecitò lo stesso Modestino a occuparsi della questione (v. D. 28.6.4), in questo spinto dalla novità normativa; l'altra, C. 2.56.1 (a. 294), evidentemente rese necessario un adeguamento da parte dei commissari, data l'epoca in cui Modestino intervenne sul tema (D. 3.3.65).

I restanti sei frammenti appaiono tutti, chi più, chi meno, manipolati. In alcuni la mano è stata leggera (D. 16.1.25 pr.; D. 29.2.50 e forse D. 33.2.9). In altri più pesante (D. 23.3.63; D. 24.3.58 e D. 26.10.9). Di sicuro l'importanza dei temi trattati da Modestino impose ai commissari giustinianeî di occuparsene. La qual cosa dimostra l'acume di questo giurista e l'attualità dei temi trattati, stante l'interesse ancora destato a distanza di oltre tre secoli.

⁹⁰ M. SCHANZ, *Die analogisten und anomalisten im römischen recht*, in *Philologus*, 42, 1884, 309-318; ripreso da G. CRIFÒ, *Recenti*, cit., 21 s. e nt. 42. Ma v. anche E. NORDEN, *Die antike Kunst-prosa*, I, Leipzig, 1989, 185 ss.; P. HUVELIN, *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Lyon-Paris, 1915, 762 ss. e spec. 765, nt. 1 contro un certo scetticismo, secondo Crifò non sufficientemente fondato, specie dopo le ricerche di Emilio Betti di cui, sempre Crifò, cita E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi sabiniani e proculiani*, in *BIDR*, 28, 1915, 3 ss. Si v. infine P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgh, 1966.

Resta aperta la questione dell’esatta definizione dell’opera di Modestino. Come detto, si potrebbe pensare a una raccolta di soluzioni di tipo ‘notarile’; ovvero, a una cretomazia di genere ‘anomalista’ (come nella prospettiva di Brenkmann ed Eineccio: appunto, chiamata *giurisprudenza eurematica*) rappresentativa di un genere riguardante l’attività anche di altri giuristi.

Può essere stata entrambe le cose, ma è difficile dirlo. Di sicuro il taglio prevalentemente pratico, o ‘notarile’, della maggioranza dei dieci testi del *de heurematicis* conservati nel Digesto non può essere considerato un elemento decisivo per definire il carattere di quest’opera. Forse è solo dell’effetto di una deliberata scelta dei compilatori giustinianeî, anche se giustificerebbe appieno soluzioni come quella di Schulz poco sopra ricordata.

Uno studio più specifico e approfondito dell’opera di Modestino (dato che queste note, mi pare opportuno precisarlo, non sono state redatte a questo scopo), forse risolverebbe la questione, ma attende ancora di essere fatto. Mi bastava in questa sede solo sottolineare l’importanza di un metodo applicato dai giuristi romani (pienamente rilevato dalla scuola culta con Brenkmann ed Eineccio) che, approcci di tipo moderno posteriori (cominciando dai commissari giustinianeî) avevano lasciato (più o meno consapevolmente) in ombra. Piuttosto, l’attestazione del titolo dell’opera, insieme all’attività eurematica di altri giuristi, mi sono parse ragioni sufficienti per avviare una riflessione sul tema.

Ragionando *a posteriori* l’espressione *giurisprudenza eurematica* proposta da Brenkman ed Eineccio, sembra infatti particolarmente adatta a proporre un modello interpretativo (non ‘migliore’, ma altrettanto valido come quello pandettistico/sistematico o quello proposto da Schulz ed epigoni) idoneo a descrivere la peculiarità dell’*interpretatio iuris*, una metodologia costruita, grazie alla creatività dei giuristi romani, con l’attivazione di meccanismi (*euremata*) già indicati dai giuristi repubblicani con i verbi *cavere*, *agere* e *respondere*. Tale metodologia s’integrava perfettamente con l’*adiuvare*, il *supplere*

e il *corrġere* dei pretori per dare, seguendo Papiniano, completezza al *ius civile*⁹¹. Si sta parlando di un metodo scientifico che nel II secolo trovò, come è noto, sublimazione nella celebre triade di Aulo Gellio sui tre modi di essere del *ius*: *vetus et receptus*; *controversum et ambiguum*; *novum et constituendo*⁹².

Di tutto questo le fonti recano chiara traccia. E tra le righe di quanto si legge in testimonianze altrettanto note come Cic. *de orat.* 1.48.212, *de leg.* 1.5.17, *de off.* 2.19.65, Pomp. D. 1.2.2.35-53 e Ulp. D. 1.1.1 pr., la percezione (sin dalle origini) di *cognitio* e *interpretatio* come fenomeni affermatasi secondo un percorso storico non sempre lineare, ma di costante progresso (quasi, si direbbe, senza soluzione di continuità), sembra costituire la migliore conferma.

I giureconsulti ‘eleganti’, quindi, intendendo l’*interpretatio iuris* romana fino a tutta l’età classica come una manifestazione di *iurisprudencia heurematica* (Modestino) o di *in iure cavere* (come in Cicerone o ancora nel Gaio veronese), forse trovarono la chiave di lettura più adatta per coglierne il significato più autentico.

Il diritto non sarebbe diritto senza figure come *color*, *fictio*, *formulae*, *consilia* e *cautiones*, che nel tempo si sono rivelate strumenti indispensabili per una corretta applicazione della legge, ma anche per la salvaguardia e l’affermazione del *bonum et aequum*.

La prova migliore di tutto questo è per me, lo ripeto, insieme all’attività eurematica di altri giuristi, la presenza nei *Digesta* del *liber de heurematicis* di Modestino. Si sta parlando di un’opera che nella fase ‘letteraria’ della giurisprudenza classica (Wieacker), a prescindere dal suo apparente taglio pragmatico, si distingue ancora per profondità di pensiero, spiccata praticità e indubitabile freschezza inventiva. È vero che il ridimensionamento dell’attività

⁹¹ Papin. 2 def. D. 1.1.7.1: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

⁹² Gell. 12.13.3.

eurematica o *interpretatio iuris*, da *genus scientiae* a categoria residuale – solo *iurisprudentia cavens* (Hertius o Schilter); solo giurisprudenza ‘cautelare’ (per pandettisti ed epigoni condizionati dal giuspositivismo europeo) – forse trova un precedente illustre nel progetto di Giustiniano (*const. Tanta* 18 e *Cordi* 4); il quale come noto si propose di utilizzare materiale espunto dall’esperienza giuridica romana per costruire un sistema ‘chiuso’ allo scopo di sancire anche il definitivo primato della legge sull’attività giurisprudenziale; ma va anche detto che l’ambizioso progetto di questo imperatore ebbe vita breve. Durò infatti meno di cinquant’anni posto che Giustiniano tornò sui suoi passi con la Nov. 125 del 543⁹³.

Questi sono i corsi e ricorsi della storia che però non potevano costituire un limite per giureconsulti eleganti e colti come il Brenkman e l’Eineccio. E, mi permetto di aggiungere, non inficia affatto la portata suggestiva della loro prospettiva di lettura che, ancora oggi, fa apprezzare quanto complesso, importante e innovativo sia stato il contributo dei giuristi romani per il progresso della scienza giuridica, al di là delle letture retrospettive e ‘ideologiche’ che però (forse) costituiscono il sale della ricerca storico-giuridica.

ABSTRACT

L’alta considerazione che la romanistica europea, fino almeno alla metà del ‘900, ebbe del genere eurematico o cautelare (*l’in iure cavere*

⁹³ Cfr. S. SCHIPANI, *Premessa*, in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, a cura di S. Schipani, I (libri 1-4), Milano 2005, I-XXX, spec. XII dove l’eminente studioso sottolinea come Giustiniano, con questo provvedimento, revocò per il giudice l’obbligo di riferimento al legislatore, imponendo di decidere secondo quanto è *iustum legitimumque*.

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 stata dedicata al concetto di giurisprudenza eurematica e alle figure del *color*, della *fictio* e della *formula*. In questa seconda parte, sono 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 Eineccius), 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*, *fictio* and *formula*. In these second part are 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

consilia – cautiones – liber sing. de heurematicis di Modestino

OSVALDO SACCHI

osvaldo.sacchi@unicampania.it

Pubblicato il 4 novembre 2025