

Francesca Pulitanò

*‘Voluntas’, istituzione di erede e diseredazione*

SOMMARIO: 1. *Contestatio mentis, sententia voluntatis* – 2. Marciano e il figlio *impius* – 3. La diseredazione accompagnata da epiteti disonorevoli – 4. Conclusioni.

1. *‘Contestatio mentis’, ‘sententia voluntatis*

Siamo di fronte a «una materia complessa, permeata da arcana potenza»: così si apre il saggio di Maurizio D’Orta sulla storia dell’*heredis institutio*<sup>1</sup>. Il tema del testamento, in effetti, coinvolge una serie di considerazioni che vanno ben oltre il diritto, investendo la stessa concezione del mondo e della vita. Come ha sottolineato Paulus, i romani hanno fortemente presente il concetto della morte. Il testamento, in particolare, è simbolo della capacità di influenzare la posterità attraverso il potere di disporre *post mortem*. Esso è uno «specchio della personalità poiché riflette il testatore nella sua azione e nel suo rapporto con l’ambiente»<sup>2</sup>.

Da considerazioni come queste nasce la curiosità di indagare più a fondo, anche oltre la ‘classica’ contrapposizione tra forma e volontà, le dinamiche profonde che muovono la redazione di un testamento; dinamiche che, anche quando intrappolate in un rigido schema ordinamentale – quello della *heredis institutio* o della *exhereditatio*, appunto – a tratti emergono proprio per iniziativa dello stesso *de cuius*.

Nel presente contributo mi occuperò solamente del testamento librale, nella forma che risulta restituita da alcune fonti giurisprudenziali di età tardo-classica. Prescindo, dunque, dalla questione della configurazione del testamento nell’età arcaica e, in particolare, dalle problematiche riguardanti i nessi fra il testamento stesso e le dodici tavole, che si sostanziano nella fin troppo nota contrapposizione tra coloro che sostenevano la tesi del *Legatentestament* (cioè il testamento di soli legati)

<sup>1</sup> M. D’ORTA, *Saggio sulla ‘heredis institutio’. Problemi di origine*, Torino, 1996, 1. Il saggio riproduce, con qualche approfondimento, la relazione tenuta al Convegno ‘Ultima volontà’, presso l’Università di RomaTre, il 10 aprile 2025. Per questo ci si limiterà ad un apparato bibliografico essenziale, selezionato in funzione dei temi trattati.

<sup>2</sup> C. PAULUS, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testaments Klauseln*, Berlin, 1992, 53.

e coloro che ritenevano che la norma dell'*uti legassit* comprendesse anche il testamento<sup>3</sup>. Ricordiamo, a titolo esemplificativo, l'opinione del solo Voci, il quale, a proposito della successione intestata, aveva affermato che «il diritto dei suoi è così radicato nella coscienza sociale che il legislatore non ha niente da statuire in proposito: anche le civiltà arcaiche hanno un loro diritto naturale fondato sulle ragioni del sangue e sui vincoli della parentela»<sup>4</sup>. Per lui, pur essendo quella dell'*uti legassit* la norma delle dodici tavole alla quale connettere il testamento, essa si sarebbe riferita esclusivamente al legato<sup>5</sup>.

Si intende invece, in questa sede, partire dal presupposto della consolidazione del testamento librale nell'ultima parte della Repubblica, perché ciò ci permette di richiamare brevemente un'altra questione, che ci avvicina al cuore del contributo: quella della relazione fra testamento e istituzione di erede, sul presupposto che, per citare le parole di D'Orta, «fermarsi sulla *heredis institutio* è indagare la storia del *testamentum*»<sup>6</sup>.

Ha affermato il medesimo Studioso che la teoria che vede le *heredis institutiones* come essenza del testamento romano già in età risalente ha una sua forza, perché attinge a una tradizione giurisprudenziale che in ultima analisi arriva a Gaio, ma non è l'unica prospettiva condivisa dalla giurisprudenza. Ciò sarebbe dimostrato dai passi di Modestino e di Ulpiano sulla definizione di testamento, i quali, infatti, non danno rilievo alla *heredis institutio*, ma aprono a un contenuto del testamento che investe l'espressione della volontà nel suo complesso<sup>7</sup>. Si tratta di testi notissimi:

Gell. 7.12.1: *Sulpicius iurisconsultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro se sacris detestandis secundo, qua ratione adductus*

<sup>3</sup> Cfr., ad esempio, E. FADDA, *Dell'origine dei legati*, in *Studi e questioni di diritto*, I, Napoli, 1910, 75 ss.; B. BIONDI, *Appunti intorno alla 'donatio mortis causa'*, in *AUPE*, XXVIII, 1914, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, 735 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, II, Roma, 1928, 452 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, in *AUME*, 1913-1914, ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1974, 578 ss.; M. D'ORTA, *Saggio*, cit., 26 s.

<sup>4</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, I, Milano, 1967, 33. Dello stesso autore, P. VOCI, voce *Erede ed eredità*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 176 ss.

<sup>5</sup> P. VOCI, *Diritto*, I, cit., 13 ss. Quinto Mucio/Pomponio dice che la norma dà la possibilità di istituire eredi e dare legati e libertà (per Voci il *videtur* indica il frutto di un'attività interpretativa che attribuisce alle parole *uti legassit* un significato più esteso), mentre Gaio dice che sembrava (*videbatur*, all'imperfetto) posta *qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset*. Gaio non si sofferma sull'*heredis institutio*, perché sta parlando di legati e non vuole addentrarsi in una digressione troppo ampia.

<sup>6</sup> M. D'ORTA, *Saggio*, cit., 8.

<sup>7</sup> M. D'ORTA, *Saggio*, cit., 19 s.

*'testamentum' verbum esse duplex scripserit, non reperio. Nam compositum esse a 'mentis contestatione'.*

Mod. 2 *pand.* D. 28.1.1: *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*

Tit. Ulp. 20.1: *testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat.*

I. 2.10 pr.: *testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.*

Relativamente alla famosa etimologia di Servio criticata da Gellio, Scherillo aveva messo in luce come essa fosse sbagliata: «il suffisso *mentum* serve normalmente in latino a formare il sostantivo che indica l'azione espressa da un verbo e non ha relazione con *mens-tis*»<sup>8</sup>. Tuttavia, affermava lo stesso Autore, l'etimologia serviana è invece felice, nel momento in cui la si voglia intendere come esemplificativa del significato del testamento stesso: quello del testatore di esprimere un'intenzione, una determinazione, un proposito. In quella definizione possiamo sottolineare due aspetti: l'aggettivo *iusta*, nel senso di 'conforme al diritto', e, nel confronto fra le diverse versioni dei giuristi, l'uso da parte di Modestino in D. 28.1.1 del lemma *voluntas* al posto di *mens*, che compare in Ulpiano e nelle Istituzioni giustinianee<sup>9</sup>.

In questo contesto, si inserisce un'altra questione generale: come si intende l'affermazione gaiana (e non solo) secondo cui la istituzione di erede è il *caput et fundamentum* di tutto il testamento? La massima, attestata in diverse fonti solamente a partire dall'età classica<sup>10</sup>, ha in realtà

<sup>8</sup> G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*<sup>2</sup>, a cura di F. Gnoli, Milano, 1999, 12 s. Di queste testimonianze si è occupata anche Terranova, ricordando il significato di *testis* come 'colui che è terzo' e il significato originario di *testamentum* come 'atto davanti a testimoni' (F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamento per 'aes et libram'*, Palermo, 2011, 292, nt. 25 e 293, nt. 27).

<sup>9</sup> Forse la variante è giustiniana e dipende dall'intenzione di distaccarsi dal termine *contestatio*, evocativo di forme antiche e rigide. Dice G. SCHERILLO, *Il testamento*, cit., 15 che «dalle fonti romane emerge la nozione che il testamento è una solenne dichiarazione (ossia estrinsecazione di una determinazione di volontà) con carattere dispositivo, destinata ad essere efficace dopo la morte del dichiarante». Per inciso, ricordiamo che il nostro codice parla di subingresso nel patrimonio.

<sup>10</sup> F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 305, nt. 7. Cfr. Gai 2.229; 2.248 (qui, con una sfumatura di 'inizio', volta ad affermare l'inutilità dei legati eventualmente disposti prima essa); Tit. Ulp. 24.15; I. 2.20.34; Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.5.1 pr.; Mod. 2 *pand.* D. 28.6.1.3; Pap. 15 *quaest.* D. 29.7.10.

alle spalle una lunga storia. D'Orta riconduce il nesso fra istituzione di erede e testamento all'età medio repubblicana, quando l'onere dei culti familiari aveva cominciato ad essere attribuito a colui che avesse acquisito i beni ereditari e avevano acquistato rilevanza, per i giuristi laici, i contenuti economici e patrimoniali delle situazioni giuridiche. In questo modo l'eredità, afferma lo Studioso, si era scissa dalla successione: «alla fine della repubblica, la coordinazione degli sforzi profusi dalla giurisprudenza disegna le regole di una nuova etica testamentaria»<sup>11</sup>.

È chiaro che nella vicenda testamentaria si intrecciano sfaccettature legate ai rapporti della famiglia in senso ristretto con quelle dell'eredità intesa come questione che investe il gruppo familiare nel suo complesso. E questa idea che la ricchezza non appartenga a un individuo, ma sia una faccenda familiare di portata assai ampia, trova conferma in quello che Paulus definisce «obbligo morale o sociale [...] di nominare eredi i figli nell'ambito della successione volontaria»<sup>12</sup>. Esso trova rispondenza giuridica, sebbene con sfumature espressive diverse, nei testi istituzionali Gai 2.123 (*qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet ...*); Tit. Ulp. 22.14 (*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*: qui il principio è generale si trova espresso nel titolo *qui heredes institui possunt*); I. 2.13 (che riprende Gaio, collocando il principio nel titolo *De exheredatione liberorum*).

Questi ultimi aspetti si specchiano, con più o meno evidenza, nelle definizioni di testamento sopra elencate, tra le quali spicca, come sintesi essenziale fra forma e contenuto, quella che lo indica – lo si è già accennato – come *iusta sententia voluntatis*. In questo senso il testamento ha «il merito di comporre le esigenze di tutti gli interlocutori della vicenda ereditaria» e per questo «la *heredis institutio* ne è, in un'accezione più ampia, *caput et fundamentum*».

Prima di passare all'esame di alcuni testi, si impone un'osservazione preliminare sulla sistematica del Digesto relativa alla materia del testamento<sup>13</sup>: da essa si ricava che l'istituzione di erede dei figli e dei postumi, trattata nel titolo D. 28.2, è considerata come una questione separata dall'istituzione degli eredi *tout court*, quella prevista dal titolo 28.5, che è ovviamente riferito a tutti, anche agli estranei.

Di seguito, per completezza, la sequenza dei titoli:

<sup>11</sup> M. D'ORTA, *Saggio*, cit., 79.

<sup>12</sup> C. PAULUS, *Die Idee*, cit., 79.

<sup>13</sup> Per tutti, cfr. G. SCHERILLO, *Il testamento*, cit., 67 ss.

D. 28.1 *Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant*

D. 28.2 *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis*

D. 28.3 *De iniusto rupto irritato facto testamento*

D. 28.4 *De his quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur*

D. 28.5 *De heredibus instituendis*

D. 28.6 *De vulgari et pupillari substitutione*

D. 28.7 *De condicionibus institutionum*

D. 28.8 *De iure deliberandi.*

Mi occuperò, in particolare, di due casi tratti dai titoli D. 28.2 e D. 28.5, cercando di porre in evidenza la prospettiva della rilevanza della volontà non tanto nella sua veste formale, quanto nel suo impatto sostanziale.

## 2. Marciano e il figlio 'impius'

Cominciamo con la disamina di D. 28.5.49.1, un passo di Marciano che affronta il tema della correttezza formale dell'istituzione di erede.

Nella ricostruzione palinogenetica di Lenel, nel titolo marciano sull'istituzione degli eredi (Marciano 4 *inst.*: *De heredibus instituendis*) troviamo passi che sono stati utilizzati dai giustinianeî in tre titoli del Digesto, cioè 28.5, 28.6 e 28.7<sup>14</sup>, secondo lo schema sotto riportato:

L. 92 = D. 28.5.49 *De heredibus instituendis*

L. 93 = D. 28.6.36 *De vulgari et pupillari substitutione*

L. 94 = D. 28.7.14 *De condicionibus institutionum*

L. 95 = D. 28.7.16 *De condicionibus institutionum*

Rileva, per noi, soprattutto il primo frammento:

---

<sup>14</sup> O. LENEL, *'Palinogenesia iuris civilis'*, I, Lipsia, 1889, col. 657 s.

Marc. 4 *inst.* D. 28.5.49 pr.: *his verbis: 'Titius hereditatis meae dominus esto', recte institutio fit.*

Nel *principium*, il giurista specifica che con le parole 'Tizio sia proprietario della mia eredità', l'istituzione è fatta correttamente. Il tema qui trattato è quello, squisitamente tecnico, della forma con la quale si istituisce erede validamente. Il problema si pone perché quella testimoniata da Marciano è una espressione ulteriore e diversa rispetto a quelle ritenute ammesse da Gaio<sup>15</sup>. Seguendo quanto affermato, recentemente, da Domenico Dursi, poiché fra Gaio e Marciano passano circa 70-80 anni, dovremmo individuare nel secondo l'espressione di «una linea di tendenza volta al progressivo superamento della rigidità delle forme»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. Gai 2.116: *ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit [...]*; Gai 2.117: *Sollemnis autem institutio haec est: 'Titius heres esto'; sed et illa iam conprobata uidetur: 'Titium heredem esse iubeo'; at illa non est conprobata: 'Titium heredem esse volo'; sed et illae a plerisque improbatæ sunt: 'Titium heredem instituo', item: 'heredem facio'.* Per M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, 115 si tratta di dubbi occasionati dal fatto erano gli scribi ad aiutare i testatori nella redazione: perciò, in formule scritte in modo discrepante rispetto ai formulari troviamo forse lo specchio della non sempre precisa cultura giuridica degli scribi stessi. Si tratta, in sostanza, di una volontà che, pur dovendosi esprimere in modo rigidamente formale, è comunque mediata da attori diversi. E ancora (116) dice Amelotti che «gli scribi non vogliono certamente correre pericoli e si attengono scrupolosi ai formulari. Sono causa di più complessa problematica le fattispecie riferite dai giureconsulti, ma nella vita queste dovevano essere fattispecie eccezionali nate da errori o da insolite circostanze».

<sup>16</sup> D. DURSI, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, 2019, 185. Cfr. anche Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.5.1: in questo testo il giurista afferma innanzi tutto che l'istituzione di erede apre 'plerumque' il testamento; di seguito, dopo aver chiarito che Traiano aveva ammesso la precedenza della diseredazione sull'istituzione, che quest'ultima vale anche se sia stata solo proclamata e non scritta e che può essere fatta anche a favore del sordo e del muto, si dilunga ulteriormente sull'ordine reciproco fra istituzione di erede e diseredazione, oltre che sulle diverse, possibili formulazioni dell'istituzione stessa. Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.5.1.3: *qui neque legaturus quid est neque quemquam exheredaturus, quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat: 'Lucius Titius mihi heres esto': haec autem scriptura pertinet ad eum qui non per scripturam testatur. Qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: 'Lucius heres esto': nam et 'mihi' et 'Titius' abundat. 4. Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. 5. Si autem sic scribat: 'Lucius heres', licet non adiecerit 'esto', credimus plus nuncupatum, minus scriptum: et si ita: 'Lucius esto', tantundem dicimus: ergo et si ita: 'Lucius solummodo. Marcellus non insuptiliter non putat hodie hoc procedere. Divus autem Pius, cum quidam portiones inter heredes distribuisset ita: 'Ille ex parte tota, ille ex tota' nec adiecerit 'heres esto', rescripsit valere institutionem: quod et Iulianus scripsit. 6. Item divus Pius rescripsit 'illa uxor mea esto' institutionem valere, licet deesset 'heres'. 7. Idem Iulianus 'illum heredem esse, non putavit valere, quoniam deest aliquid: sed et ipsa valebit subaudito 'iubeo'.* Il tema sarà poi superato nelle Istituzioni di Giustiniano, dove non si accennerà nemmeno più alla questione.

Ciò premesso, passiamo al testo centrale per la nostra riflessione, vale a dire il § 1:

D. 28.5.49.1: *illa institutio valet: 'filius meus inpiissimus male de me meritus heres esto': pure enim heres instituitur cum maledicto et omnes huiusmodi institutiones receptae sunt.*

Esso considera una particolare ipotesi di istituzione di erede, nella quale il testatore usa la formula tecnicamente esatta *filius meus ... heres esto*, ma vi aggiunge alcune considerazioni di riprovazione morale nei confronti del figlio.

La soluzione del giurista, che salva la validità di una simile istituzione, è stata definita da Dursi come frutto di un'impostazione sostanzialista, pragmatica, che non dà rilievo ad affermazioni «ultronee»<sup>17</sup>. Questa lettura rappresenta certamente un punto fermo, al quale sembra possibile riallacciarsi per tentare qualche ulteriore considerazione di respiro più ampio. Osserviamo, ad esempio, che tra le numerose fonti nelle quali si ritrova l'aggettivo *impius*<sup>18</sup>, alcune si inseriscono propriamente nell'ambito dei rapporti fra padri e figli, a dimostrazione del fatto che il giureconsulto colloca la questione tecnica in un filone problematico da tempo consolidato anche sul piano sociale<sup>19</sup>. Siano sufficienti, in questo senso, alcune

<sup>17</sup> D. DURSI, *Aelius Marcianus*, cit., 185.

<sup>18</sup> Cfr. voce *'impius'*, *'Thesaurus Linguae Latinae'* (= *ThLL*), VII.1, Lipsiae 1934-1964, col. 620 ss. È possibile isolare, in particolare, l'accezione di *impietas* verso i *propinqui*, i *parentes*, i *liberi*, il *frater*, il *maritus*. Si veda anche L. PASETTI, *I termini paragiuridici nelle 'Declamationes maiores'*, in *Le Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee nella Roma imperiale*, a cura di A. Lovato, A. Stramaglia e G. Traina, Berlin-Boston, 2021, 287 ss.

<sup>19</sup> Sui rapporti tra padri e figli, cfr. in letteratura, *ex multis*, J.P. NÉRAUDAU, *La morale à Rome*, Paris, 1981, il quale analizza le virtù romane tra cui *pietas*, *fides*, *gravitas* come pilastri della morale romana; sulla *pietas* familiare, S. TREGGIARI, *Roman Marriage: 'Iusti Coniuges' from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, 1991; K. GALINSKY, *Augustan Culture: An Interpretive Introduction*, Princeton, 1996, sulla *pietas* come valore ideologico dell'età augustea, sul modello di Enea; F. CANALI DE ROSSI, *I valori morali nel diritto romano*, Milano, 1997, per una ricognizione della *pietas* nel diritto romano, proprio negli ambiti di rapporti familiari, eredità, diseredazione; R. HARRISON, *Paul's Language of Grace in Its Graeco-Roman Context*, Tübingen, 2003, ove si analizza la nozione di *pietas* come concetto sociale e religioso nel mondo romano; in tempi più recenti, E. CANTARELLA, *Non sei più mio padre. Il conflitto tra genitori e figlio nel mondo antico*, Milano, 2015; M. DE SIMONE, *Studi sulla 'patria potestas'. Il 'filius familias' designato 'rei publice civis'*, Torino, 2017; M. DETIENNE - J.P. VERNANT, *La nascita della mitologia. La pietà e la vendetta*, Torino, 2001, per un confronto tra la *pietas* greca e romana, in chiave antropologica e religiosa; per alcune fonti, cfr. L. GAGLIARDI, *La 'pietas' al tempo di Augusto. Tra sentimento e diritto*, in *Augusto dopo il bimillenario. Un bilancio*, a cura di S. Segenni, Milano, 2018, 153 ss., specialmente

ulteriori testimonianze di autori non giuridici.

*Auct. ad Her. 4.51.40: a quo A quo tandem abest iste vitio? quid est, cur iudicio velitis eum liberare? Suae pudicitiae proditor est, insidiator alienae; cupidus intemperans, petulans superbus; impius in parentes, ingratus in amicos, infestus cognatis; in superiores contumax, in aequos et pares fastidiosus, in inferiores crudelis; denique in omnis intolerabilis.*

Nel passo della *Rhetorica ad Herennium*, l'empietà verso i genitori è menzionata in un elenco di vizi moralmente imperdonabili, quali tradire la propria pudicizia o insidiare quella altrui; essere avido, intemperante, insolente, superbo, ingrato verso gli amici, ostile ai parenti, irrispettoso verso i superiori, arrogante verso gli uguali e crudele verso gli inferiori.

Il motivo della deprecabilità di un atteggiamento verso i parenti si trova anche in Ovidio, ove l'autore ammonisce che si tengano lontani i fratelli empi e le madri che pecchino di crudeltà verso i propri figli:

*Ov. Fast. 2.263: aspiciere et generis dimunerare gradus. Innocui veniant: procul hinc, procul impius esto frater et in partus mater acerba suos ...*

In un testo dell'*Institutio oratoria* è riportato un dialogo immaginario fra un figlio 'rustico' e un abile retore, in cui si analizza un caso di esclusione del figlio dall'eredità per non aver presenziato alla morte del padre<sup>20</sup>.

160, nt. 55 In generale, C. KOCH, voce 'Pietas', in RE, XXII.1, Stuttgart, 1941, col. 1221 s.

<sup>20</sup> Questo il passaggio completo: Quint. *Inst.* 7.1.49: *si lex [eram] omnis complectitur, nihil proderit: quaeramus ergo num infirmari in aliquam partem lex possit. Quid aliud (saepius dicam) natura permittit quam ut cum uerba contra sint de voluntate quaeratur? Generalis igitur quaestio, verbis an voluntate sit standum; sed hoc in commune de iure omni disputandum semper nec umquam satis iudicatum est. Quaerendum igitur in hac ipsa qua consistimus, an aliquid inveniri possit quod scripto adversetur.* 50. *'Ergo quisquis non adfuerit, exheres erit? quisquis sine exceptione? Iam se illa vel ultro offerent argumenta: 'et infans?' (filius enim est et non adfuit): 'et qui aberat et qui militabat et qui in legatione erat?' Iam multum acti est: potest aliquis non adfuisse et heres esse.* 51. *Transeat nunc idem ille qui hoc cogitavit, ut ait Cicero, tibicinis Latini modo ad disertum: 'ut ista concedam, tu nec infans es nec afuisti nec militasti'. Num aliud occurrit quam illud: 'sed rusticus sum?' 52. Contra quod palam est dici: 'ut agere non potueris, adsidere potuisti', et verum est. Quare redeundum rustico ad animum legum latoris: 'impietatem punire voluit, ego autem impius non sum'. 53. Contra quod disertus 'tum impie fecisti' inquit 'cum exheredationem meruisti, licet te postea vel paenitentia vel ambitus ad hoc genus optionis adduxerit'. Praeterea 'propter te damnatus est pater, videbaris enim de causa pronuntiasse'. Ad haec rusticus: 'tu vero in causa damnationis fuisti, multos offenderas, inimicitias domui contraxeras'. Haec coniecturalia: illud quoque, quod coloris loco rusticus dicit, patris fuisse tale consilium, ne universam domum*

Si tratta di un passaggio piuttosto lungo, del quale interessa in questa sede isolare la parte che menziona letteralmente l'*impietas*:

Quint. *Inst.* 7.1.52: *contra quod palam est dici: 'ut agere non potueris, adsidere potuisti', et verum est. Quare redeundum rustico ad animum legum latoris: 'impietatem punire uoluit, ego autem impius non sum'. 53. Contra quod disertus 'tum impie fecisti' inquit 'cum exheredationem meruisti, licet te postea uel paenitentia uel ambitus ad hoc genus optionis adduxerit'.*

La diatriba verte sulla relazione fra la formalità del diritto e la superficialità dei giudizi troppo affrettati: in questo contesto ci si chiede in che cosa consista davvero l'empietà e se essa vada individuata sulla base di un singolo episodio oppure di una condotta di vita più ampia. Rileva, ai nostri fini, l'accezione sicuramente negativa dell'*impietas* del figlio verso il padre e, particolarmente, il nesso che viene tracciato, nell'ultima frase, fra l'empietà e la diseredazione, quest'ultima vista come la giusta sanzione.

E ancora, nelle *Declamationes minores* è riportato un conflitto fra il dovere familiare e la legge: un conto è provvedere alla vecchiaia dei genitori e curarli se ne hanno bisogno, un altro conto è rinunciare a denunciarli se questo appare conforme a diritto.

Ps. Quint. *decl. min.* 295.1.1: *quid obicis? 'Egisti' inquit 'mecum dementiae'. Si non tenuissem, tamen licuerat: datum est hoc ius contra patrem. Legum lator prospexit senectuti: ideo medicinam filiis imperavit. Cum vero sanaverim, poteram videri impius nisi detulissem: non est indulgentia permittere sibi furorem. Sed alligavi. Hoc si inicum esset, non liceret. Deinde obicies quod non custodivi. Testor deos, non recessi a custodia donec me bellum avocavit.*

In un altro punto della stessa opera, ritorna il motivo dell'*impietas*:

Ps. Quint. *decl. min.* 371.1.2: *quid peccavi cur abdicer? Num aduersus patriam insers sum? Luxuriae deditus bella fugio? An aduersus patrem impius? Reor. In qua parte filii cessat officium? 'non optasti' inquit 'quod volui'.*

---

*periculo subiceret. Haec prima quaestione scripti et voluntatis continentur. 54. Intendamus ultra animum, videamusque an aliquid inveniri praeterea possit. Quo id modo fiet? Sedulo imitor quaerentem, ut quaerere doceam, et omisso speciosiore stili genere ad utilitatem me submitto discentium.*

Il figlio, in un accorato appello, chiede al padre per quale motivo abbia preso la decisione di diseredarlo: gli domanda, in particolare, se ritiene che egli sia venuto meno ai propri doveri, anche bellici, verso la patria, o se sia stato empio nei suoi confronti<sup>21</sup>. Il padre risponde con la frase, lapidaria, «non hai desiderato ciò che io volevo», a testimonianza di un conflitto generazionale che contrappone le spinte autonome del figlio all'autoritarismo paterno.

Empietà e diseredazione sono qui citate nel senso che la seconda sia la conseguenza della prima, in base a un ragionamento che viene condotto in senso opposto, e forse più condivisibile, a quello che troviamo in D. 28.5.49. Possiamo osservare – e questo sarà da ricordare anche in relazione all'esegesi contenuta nel prossimo paragrafo – che il diritto richiedeva solamente una chiara e formale presa di posizione verso i *sui*, senza imporre in alcun modo di giustificare l'istituzione come conforme al sentire comune, né di aggiungere una motivazione se la decisione del padre fosse stata nel senso della diseredazione.

Nel passo di Marciano, addirittura, si qualifica il figlio come *impiissimus*. Come ha notato Paulus<sup>22</sup>, anche in questo caso l'amore per il figlio e la *pietas* dovuta al *paterfamilias* sono strettamente correlate. Ad esse si connette la necessità 'istituzionalizzata' di provvedere ai propri figli, che si concreta nel dovere, che egli definisce 'morale', di nominarli eredi. Plinio il Giovane sostenne che il testamento costituiva lo *speculum morum* del defunto, attraverso cui lo stesso impartiva istruzioni *pietate plenissima ac tanto magis inexpectata* (Plin. ep. 8.18.1)<sup>23</sup>. Anche se dopo la fine della Repubblica la necessità di individuare un erede interno alla famiglia per continuare il culto domestico non era più una ragione così stringente, e anche se ne scomparvero le necessità religioso-funzionali, continuò dunque a ritenersi che l'amore dei genitori si dovesse esprimere nominando eredi i figli<sup>24</sup>.

D'altra parte, come è stato efficacemente detto, una delle difficoltà maggiori del testatore romano era proprio quella di «exercer sa liberté de tester conformément aux devoirs que son statut familial lui imposait, tout en

<sup>21</sup> Il nesso fra cattivo comportamento verso i familiari e *impietas* viene ribadito anche nelle *Declamationes maiores*: Ps. Quint. decl. mai. 6.5.9: *etiam votis, qui optaret alligari a piratis, quos vitare quoque miserum est. quaerit haec omnia impius ille filius propter parentes, quod non praestitisset frater fratri, non uxor viro (quid differimus ultra?) non pater filio.*

<sup>22</sup> C. PAULUS, *Die Idee*, cit., 54 e relative note.

<sup>23</sup> E. CILIBERTI, *Alcune considerazioni sugli aspetti sociali della pratica testamentaria a Roma a partire dalla lettura di Jacob Stern*, in *TSDP*, XVI, 2023, 5; il libro commentato è J. STERN, *Aspects de la pratique sociale des testaments à Rome. 'Voluntas' du testateur face aux institutions légales et aux normes sociales et transmission des patrimoines par voie testamentaire à l'époque républicaine et du principat*, Napoli, 2022.

<sup>24</sup> Un esempio fra tanti è quello di Cic. *pro Caec.* 11.

respectant les engagements découlant des liens sociaux qu'il avait entretenus de son vivant et sans négliger les mesures destinées à assurer son voyage dans l'au-delà e à perpetuer son souvenir sur terre»<sup>25</sup>. Da un lato troviamo allora l'*officium*, che esprime il concetto del dovere morale del testatore, dall'altro il *iudicium*, che indica l'espressione autonoma del suo giudizio.

Nell'esprimere quest'ultimo, fanno intendere gli autori latini che tutto ciò che è compiuto conformemente all'*officium pietatis* sia da ritenersi giusto (Auct. *ad Her.* 3.2.3: *Rectum est quod cum virtute et officio fit*). La *pietas*, insomma, non è una questione di *opinio*, ma di legge di natura, come sottolinea lo stesso Cicerone:

Cic. *inv.* 2.53.161: *naturae ius est quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis iniecit, ut religionem, pietatem, gratiam [...] pietas, per quam sanguine coniunctis patriaeque benivolum officium et diligens tribuitur cultus.*)

Tornando alla nostra istituzione di D. 28.5.49.1, premesso che, come si ricava dalle fonti<sup>26</sup>, i padri consideravano come un *solacium mortis* far valere la propria volontà oltre la vita, ci si deve chiedere quale significato complessivo possiamo attribuire alla formulazione sopra ricordata, nella quale troviamo un'eco dell'*officium pietatis*, anche se quest'ultimo è completamente ribaltato.

Se si leggesse il riferimento alla grave *impietas* del figlio come una forma di 'cattiva pubblicità sociale', la disposizione andrebbe considerata come esempio di bilanciamento di valutazioni, che molto ha a che vedere con quella concezione secondo cui le questioni ereditarie sono innanzi tutto una faccenda familiare. Il padre vuole rimanere nel solco profondo del diritto quasi 'inviolabile' dei *sui* a ricevere il patrimonio familiare, ma allo stesso tempo non rinuncia a esprimere la propria opinione negativa sul comportamento del figlio.

Una seconda ipotesi è quella che permette di vedere in questa formulazione una forma – per quanto singolare – di 'perdono'. Nelle parole del *pater*, in questo senso, si trova l'implicito superamento del rancore e l'espressione della convinzione che il comportamento del figlio non sia stato così grave da determinarne la diseredazione<sup>27</sup>. Da tale angolazione, troviamo qualche

<sup>25</sup> J. STERN, *Aspects*, cit., 151 ss., ripreso da E. CILIBERTI, *Alcune considerazioni*, cit., 8.

<sup>26</sup> Così il notissimo Ps. Quint. *decl. min.* 308, su cui si tornerà brevemente oltre, in chiusura.

<sup>27</sup> Su questa linea di pensiero, il caso giuridico richiamerebbe quanto si legge in Cic. *pro Roscio Am.* 53, ove si collega l'intenzione del padre di diseredare il proprio figlio con la scelleratezza di quest'ultimo: *Verum haec tu quoque intellegis esse nugatoria; illud quod coepimus videamus, quo certius argumentum odi reperiro nullo modo potest. Exheredare pater filium cogitabat.* *Mitto quaerere qua de causa; quaero qui scias; tametsi te dicere atque enumerare*

punto di contatto con l'indegnità, anche se la differenza fra l'una e l'altra è che la diseredazione opera a monte, nella scelta del testatore, l'indegnità invece acquista rilievo *ex post*<sup>28</sup>. Osserviamo che nel nostro testo, nonostante tutto, il figlio non è considerato dal testatore indegno di succedere.

Infine, sotto un profilo più strettamente giuridico-negoziale, Marciano usa l'espressione *pure instituitur*, riconducendo una simile formulazione all'alveo tecnico delle condizioni, ma per esprimersi negativamente: l'osservazione morale non integra una condizione e dunque non influisce sull'effettività della clausola. Nell'impostazione marcianea vediamo un filo rosso con D. 28.7.14, appartenente allo stesso titolo del libro 4 delle *Institutiones*, dove il giurista dice che la condizione derisoria, qui equiparata ad altre tipologie di condizioni contrarie al diritto (in particolare quelle *contra bonos mores*), si considera come non apposta:

Marc. 4 *inst.* D. 28.7.14: *condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem optinent scriptae vel quae contra bonos [bones] mores vel derisoriae sunt aut huiusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve.*

Da un punto di osservazione ancora diverso, il testo apre uno squarcio sull'ambito complesso dei motivi dell'istituzione<sup>29</sup>: tra questi le fonti menzionano amore filiale, gratitudine, amicizia; adulazione delle persone fatta

---

*causas omnis oportebat, et id erat certi accusatoris officium qui tanti sceleris argueret explicare omnia vitia ac peccata fili quibus incensus parens potuerit animum inducere ut naturam ipsam vinceret, ut amorem illum penitus insitum eiceret ex animo, ut denique patrem esse sese oblivisceretur; quae sine magnis huiusce peccatis accidere potuisse non arbitror.* Aggiunge l'oratore, nel paragrafo seguente (54), che in realtà la diseredazione non avvenne: *exheredare filium voluit. Quam ob causam? 'Nescio. Exheredavitne? 'Non.' Quis prohibuit? 'Cogitabat.' Cogitabat? cui dixit? 'Nemini.' Quid est aliud iudicio ac legibus ac maiestate vestra abuti ad quaestum atque ad libidinem nisi hoc modo accusare atque id obicere quod planum facere non modo non possis verum ne coneris quidem?* Cicerone intende qui dimostrare l'infondatezza di certe accuse, affermando che non basta la generica e ipotetica espressione di un pensiero perché si verifichino effetti giuridici concreti. In qualche modo Cicerone mette qui in evidenza, sebbene con le peculiarità legate alla singola vicenda, la discrepanza fra forma e volontà.

<sup>28</sup> M. VINCI, *Degni di succedere. Ideologie borghesi del fenomeno ereditario in Walter Eck*, Bologna, 2025, 24 chiarisce che l'indegnità è pubblicitica, perché lo stato interviene con una sentenza; la diseredazione è invece privatistica, perché rimessa alla sola volontà del testatore, ma tra le due c'è comunque interdipendenza e sovrapposibilità. Per la disciplina romanistica, cfr. P. VOCI, *Diritto*<sup>2</sup>, I, cit., 465 ss.

<sup>29</sup> C. PAULUS, *Die Idee*, cit., 71.

nel testamento come strumento per far sembrare che il testatore abbia nella società una posizione migliore di quella effettiva, o per dare al figlio una migliore posizione di partenza; ricompensa per servizi ricevuti<sup>30</sup>.

Ciò posto, nel nostro caso si verifica un cortocircuito rispetto alle normali 'motivazioni accessorie' dell'istituzione: anziché far apparire i motivi della stessa, il nostro testatore esplicita quelli che ne costituirebbero un ostacolo. Non è una semplice questione di opposizione tra forma e volontà: la volontà è *iusta*, perché espressa correttamente, ma la *testatio mentis* nel suo insieme abbraccia elementi attinenti ai rapporti interpersonali che sono perfino incompatibili con essa.

### 3. La diseredazione accompagnata da epiteti disonorevoli

Passiamo ora alla considerazione di un passo in cui l'epiteto sgradevole è a pieno titolo parte della disposizione volontaria. Siamo nel titolo *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis*, nel quale si tratta cumulativamente della istituzione di erede e della diseredazione dei *liberi* e dei *postumi*.

Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.2.3 pr.: *et si pepercerit filium dicere, ex Seia autem natum dixit, recte exheredat: et si cum convicio dixerit 'non nominandus' vel 'non filius meus', 'latro', 'gladiator', magis est, ut recte exheredatus sit, et si ex adultero natum dixerit.*

Solo incidentalmente ci si dovrebbe chiedere se Ulpiano stia trattando ipotesi in cui accanto al nome appaiano altre qualifiche, oppure casi di istituzioni prive di nome, che si esauriscono nella definizione scortese. Se si guarda alla Palingenesi di Lenel<sup>31</sup>, il passo è immediatamente preceduto

<sup>30</sup> Cfr., ad esempio, Plin. *ep.* 5.6, che richiama l'indagine sui motivi per cui una madre aveva diseredato il figlio. Si veda anche Plin. *ep.* 5.3: *Respondebam non convenire moribus meis aliud palam aliud agere secreto; praeterea non esse satis honestum donare et locupletari et orbo; in summa non profuturum ei si donassem, profuturum si cecissem, esse autem me paratum cedere si inique exheredatum mihi liqueret. [...]. 6. His circumdatus in cubiculo meo sedi. Dixit Curianus quae pro se putabat. Respondi paucis ego – neque enim aderat alius, qui defunctae pudorem tueretur –, deinde recessi, et ex consilii sententia 'Videtur' inquam, 'Curiane, mater tua iustas habuisse causas inascendi tibi.'* Secondo quanto raccontato da Plinio, la madre di Asudio Curiano aveva avuto delle buone ragioni per diseredarlo, ma esse non vengono esplicitate.

<sup>31</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, 1022 (testi n. 2432 e 2433).

da D. 28.2.1: in quest'ultimo Ulpiano (siamo nel titolo *de exheredatione liberorum*), stabilisce in prima battuta che la diseredazione sia corretta anche se non contiene *praenomen*, *nomen* e *cognomen*, ma si limita a esplicitare uno solo dei tre<sup>32</sup>. Il nesso fra i testi farebbe allora pensare che, in quello che qui commentiamo, nel descrivere l'istituzione *cum convicio* sia dato per implicito che comparisse anche il nome del figlio, pur se la cosa non sia chiarita dal giurista nel suo esempio<sup>33</sup>. Diversamente, la diseredazione sarebbe davvero troppo generica, salvo il caso, ugualmente possibile, che si trattasse di un figlio unico<sup>34</sup>.

Il giurista afferma che, considerato che la diseredazione è ritenuta valida se contenga la precisazione *latro, gladiator, non nominandus vel non filius meus*, a maggior ragione ciò deve avvenire se il figlio sia frutto di adulterio. A parte i due casi del figlio bandito o gladiatore, che non presentano particolari problemi, occorre chiedersi, innanzi tutto, quale sia la differenza fra l'indicazione *non nominandus vel non filius meus* e quella *si ex adultero natus dixerit*. Quando alla prima espressione, un figlio la cui menzione non è richiesta nel testamento può essere inteso come qualcuno che non si trova nella posizione di *suus*, indipendentemente dall'indagine sulla paternità (un figlio dato in adozione, ad esempio, oppure emancipato); ma anche la qualifica *non filius meus* fa pensare non tanto ad una condizione biologica, quanto, piuttosto, di nuovo al mancato possesso della posizione di *suus*. La formulazione, insomma, potrebbe essere intesa nel suo complesso come un'endiadi. Viceversa, nel caso del figlio adulterino, l'interpretazione deve essere nel senso che questo figlio si trovi nella posizione giuridica di *suus* – e dunque rientri nella regola *sui instituendi sunt aut exheredandi* – ma il *pater* ne metta in dubbio la liceità della nascita.

Merita di essere ricordato in questo contesto anche un passo di Africano, tratto dal libro 4 delle *Quaestiones*, in cui il giurista considera l'ipotesi dell'errore del testatore circa la paternità del diseredato:

Afr. 6 quaest. D. 28.2.14.2: *si quis ita scripserit: 'Ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto', hanc exheredationem*

<sup>32</sup> Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.2.1: *quid sit nominatim exheredari, videamus. Nomen et praenomen et cognomen eius dicendum est an sufficit vel unum ex his? Et constat sufficere.*

<sup>33</sup> L'espressione *cum convicio* si trova nelle fonti in altre tre occasioni: in due, Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.9 e Ulp. 77 *ad ed.* D. 47.10.15.14, il *convicium* appare come una modalità di *iniuria* e l'altra, Paul. Sent. 5.35.3, riguarda l'appello presentato con il biasimo del giudice.

<sup>34</sup> Si veda, in questo senso, Ulp. 6 *reg.* D. 28.2.2: *nominatim exheredatus filius et ita videtur 'filius meus exheres esto', si nec nomen eius expressum sit, si modo unicus sit [...].* Sul tema, genericamente, S. KURSA, *La diseredazione nel diritto giustiniano*, Bari, 2012, 199.

*ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus: non enim videri quasi filium exheredatum esse. Cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset et adiecisset propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse.*

Il testatore dichiara di sapere di non essere il padre di colui che si trova nella posizione 'astratta' di figlio, e per questa ragione lo disereda. Si scopre, poi, che il soggetto è invece suo figlio, e allora la disposizione viene dichiarata nulla. La spiegazione del giurista è espressa, invero, in modo alquanto macchinoso: poiché non si può dire che la diseredazione sia avvenuta 'in quanto figlio', essa è invalida. Anzi, proprio perché la qualifica di figlio non suo, che rappresentava la *causa* della diseredazione, si è dimostrata erronea, la disposizione non può avere corso. Immaginando che il testamento avesse istituito altri eredi, fossero essi figli o estranei, si deve osservare che il supposto figlio adulterino, poi rivelatosi legittimo, risulterebbe a questo punto pretermesso e si aprirebbe, anche a suo favore, la successione intestata.

Dal punto di vista strettamente negoziale, la validità della disposizione viene fatta dipendere dalla veridicità del motivo, senza che la forma sia effettivamente presa in considerazione. In questo senso, la motivazione addotta dal testatore suona, nella sostanza, come una condizione (come se egli avesse scritto 'mio figlio, se si proverà che è frutto di adulterio, sia diseredato')<sup>35</sup>.

Questa soluzione è ricalcata quasi letteralmente da Ulpiano, nel titolo *De herede instituendo* del primo libro *ad Sabinum*.

Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.2.15: *idem est et si ita dixerit: 'Ille illius filius exheres esto', patrem ei adulterum per errorem adsignans.*

Qui il giureconsulto afferma l'identità di soluzione con quanto affermato prima, nell'ipotesi in cui il testatore diseredi il figlio che si trova nella propria potestà, dichiarando erroneamente che questi sia nato da qualcun

<sup>35</sup> Anche se, per la verità, nello stesso frammento, al § 1, Ulpiano dichiara di seguire il parere di Giuliano, secondo cui la diseredazione non può essere sottoposta a condizione: D. 28.2.3.1: *pure autem filium exheredari Iulianus putat, qua sententia utimur*. Su di esso S. KURSA, *La diseredazione*, cit., 187 s. Nota l'autore che ciò non era sempre vero: «sembra verosimile che la diseredazione condizionata potesse essere valida, se collegata alla costituzione di un erede sottoposto a condizione contraria, a patto, s'intende, che le condizioni poste fossero sempre possibili da adempiere e non contrarie ai buoni costumi» (188). Si veda anche G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 33, il quale affermava che la diseredazione si potesse annoverare fra gli atti che escludevano l'impiego di clausole accidentali.

altro. Quale sia il contenuto di questo *idem est* non è dato ricostruire con certezza: nella sequenza giustiniana, la lettura combinata con D. 28.2.14.2 fa propendere per l'invalidità della disposizione, mentre guardando alla collocazione leneliana, nella quale lo studioso integra con '*i. e. exhereditatio non valet*' forse basandosi proprio sulla sequenza del Digesto, si potrebbe avanzare qualche dubbio in più<sup>36</sup>. Si consideri, al contrario, che il confronto con Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.2.3pr. farebbe intendere esattamente il contrario, cioè che la diseredazione sia considerata valida, almeno fino a prova contraria circa la paternità del figlio<sup>37</sup>.

Lo stesso D. 28.2.3 prosegue con una affermazione di Giuliano:

D. 28.2.3.1: *Pure autem filium exheredari Iulianus putat, qua sententia utimur.*

L'impiego dell'avverbio *pure*, evocativo del tecnicismo negoziale, accomuna questa ipotesi a quella di Marciano in D. 28.5.49.1. In quel contesto esso assumeva la sfumatura di 'senza elementi di disturbo', mentre qui esso si colora del significato di 'senza spiegazioni', come a dire che anche se il *pater* non rende evidenti le ragioni della diseredazione, questa è comunque ammessa e valida. Si potrebbe aggiungere, per recuperare la dimensione negoziale, che i comportamenti negativi del figlio non sono da considerarsi condizioni per la diseredazione, ma soltanto motivazioni ininfluenti sul piano della forma. Qualcosa di simile, sebbene ribaltato, accadeva nel passo marciano, dove si chiariva che l'empietà del figlio non era condizione ostativa all'istituzione.

A parte la questione esegetica, sulla quale ci si potrebbe interrogare, se il testatore avesse inserito o meno il nome in diseredazioni di questo

<sup>36</sup> O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 1022, n. 2434.

<sup>37</sup> P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, 41 menziona i testi in esame soprattutto per sottoporli a una profonda critica interpolazionistica. E tuttavia, in relazione alla rilevanza dell'errore in queste disposizioni, l'Autore giunge ad affermare che gli stessi imperatori, nel tempo, «mostrano via via una maggiore propensione ad accordare efficacia invalidatrice all'errore» (42). L'intervento riguarda dapprima quelli che Voci definisce «casi eccezionalissimi», per poi stabilizzarsi in una linea di continuità, senza che ciò comporti, tuttavia, la statuizione di un principio generale di invalidità. Si continua, insomma, a ragionare caso per caso. Conviene riportare letteralmente le illuminanti parole dello stesso Voci (42): «il rapporto di causalità tra l'errore e la disposizione è evidente o perché il testatore ha addotto la *falsa causa* (*falsa causa adiecta*), o per altri motivi (rapporti di parentela tra il testatore e il preterito); data l'evidenza della relazione, è agevole ricostruire quale sarebbe stata la volontà senza l'errore: di qui la tendenza a rendere quest'ultima effettuale». Cfr., su questi temi, anche H.J. WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München, 1972.

genere, quello che è certo è che in alcuni casi egli 'mette in piazza' da un lato, le ragioni di comportamento del figlio per le quali ritiene che costui vada diseredato (brigante, gladiatore); da un altro punto di vista, 'marchia' la moglie e mette in fondo in ridicolo sé stesso, esplicitando che si tratta di un figlio frutto di adulterio. Ad ogni modo la diseredazione è valida: il 'motivo' sostituisce l'indicazione più specifica (nome o qualifica) del diseredato e la soluzione, a differenza di quanto visto per il passo precedente di Marciano, è coerente con il giudizio<sup>38</sup>.

Qui siamo ancora nell'alveo di quella funzione originaria dell'*exhereditatio* come modo per spossessare un *suus* macchiatosi di indegnità; essa, come ha affermato D'Orta, diventerà poi un esercizio di discrezionalità immotivata del *pater* per istituire eredi altri<sup>39</sup>.

#### 4. Conclusioni

Nei passi analizzati, sebbene brevemente, distinguiamo il tema dell'istituzione di erede compiuta nelle forme corrette ma con giudizio morale

<sup>38</sup> La trattazione successiva, comprensiva dei paragrafi dal 2 al 6, declina ulteriori ipotesi, per lo più incentrate sull'ordine espositivo delle clausole testamentarie e sulla conseguente rilevanza o irrilevanza dell'*exhereditatio*. Si considera così l'ipotesi del figlio diseredato tra un'istituzione di erede e l'altra, di quello diseredato prima dell'istituzione o in mezzo fra due gradi; si analizza poi il caso della mescolanza tra due gradi nell'esprimere l'istituzione e quello del *pater* che abbia pretermesso il figlio rispetto all'erede di primo grado e lo abbia invece diseredato rispetto a quello di secondo grado. D. 28.2.3.2: *filius inter medias quoque heredum institutiones recte exheredatur et erit a toto gradu summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit: nam si hoc fecit, vitiosa erit exhereditatio. Quemadmodum si ita eum exheredaverit 'quisquis heres mihi erit, filius exheres esto': nam, ut Iulianus scribit, huiusmodi exhereditatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotus, quod est impossibile. 3. Ante heredis institutionem exheredatus ab omnibus gradibus summotus est. 4. Inter duos autem gradus exheredatus ab utroque remotus est secundum Scaevolae sententiam, quam puto veram. 5. In eo, qui miscuit duos gradus, exheredationem valere Mauricianus recte putat, veluti: 'Primus heres esto ex semisse. Si primus heres non erit, secundus ex semisse heres esto. Tertius ex alio semisse heres esto. Filius exheres esto. Si tertius heres non erit, quartus heres esto': nam ab utroque gradu summotus est. 6. Si ita testatus sit pater familias, ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo solo exheredaret, Sabinus et Cassius et Iulianus putant perempto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est: quae sententia comprobata est. Per un breve commento, cfr. S. KURSA, *La diseredazione*, cit., 184.*

<sup>39</sup> M. D'ORTA, *Saggio*, cit., 72. M. AMELOTTI, *Le forme*, cit., 123 precisava che nei documenti la diseredazione come punizione non si trova praticamente mai; essa compare, invece, come garanzia della correttezza dell'istituzione. Sulle clausole non patrimoniali e le raccomandazioni di varia natura, cfr. 155 ss.

negativo sull'erede, espresso in Marc. 4 *Inst.* D. 28.5.49.1, e quello della diseredazione accompagnata da epiteti non lusinghieri, contenuto in Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.2.3 pr.

Le decisioni dei giuristi si basano su giudizi di valore la cui *ratio* non sempre appare univoca: la definizione del figlio in senso lato 'indegno' non basta a invalidare l'istituzione perfetta, ma permette di confermare una diseredazione imperfetta. Ci si domanda quali siano i motivi di simili soluzioni. Possiamo ipotizzare che l'*impietas* venga considerata una questione interna alla famiglia e si dà atto che il testatore può superarla con una decisione 'privata', mentre l'essere figlio adulterino o brigante o gladiatore attira la riprovazione sul piano sociale. Occorre poi distinguere gli effetti concreti: nel caso dell'istituzione del *suus*, salvare la volontà significa soprattutto salvare le disposizioni diverse dall'istituzione di erede e ad essa successive, perché anche se fosse dichiarato invalido il testamento nel quale è stato istituito il *suus* egli, anche se *impius*, erediterebbe comunque. Far prevalere la volontà sulla forma non 'ortodossa' della diseredazione richiede invece più coraggio da parte del giurista, perché significa rompere l'equilibrio familiare nella trasmissione del patrimonio. In questo caso, la decisione è fondata su motivazioni inconfutabili, appunto, sul piano della convivenza sociale.

Quale che sia l'angolo di lettura privilegiato, pare eccessivamente schematizzante limitarsi a classificare questi casi come esempi di conflitto fra volontà e forma. Se si vuole condurre il ragionamento in termini di 'volontà normativa', si possono individuare diverse possibili angolazioni dalle quali guardare alla volontà stessa. Le interpretazioni dei giuristi scompongono la volontà, 'normativa' in senso lato, in 'volontà' direttamente precettiva, i cui modi di espressione vengono sottoposti a un vaglio fatto di applicazione di criteri formali, e 'volontà giudicante', o 'moralmente rilevante', la cui incidenza opera come condizione positiva o negativa dell'istituzione o della diseredazione (o, talvolta, come elemento irrilevante). Il bilanciamento di valori che ne consegue dipende anche da considerazioni estranee alla forma della disposizione testamentaria, che identificano di volta in volta il criterio fondativo della soluzione: in questo senso, il giurista si fa immagine parlante di uno spaccato di vita reale.

Il testamento, allora, una volta di più si presenta come continuazione non solo della personalità del testatore, ma anche del suo mondo. Recuperiamo, da ultimo, anche la funzione consolatoria, ricordando una volta di più un famoso passaggio, spesso citato in letteratura e particolarmente valorizzato da Manfredini nel titolo di un suo fortunato libro<sup>40</sup>:

<sup>40</sup> A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991.

*Ps. Quint. decl. min. 308: è principio fissato nel costume della città e nelle sue leggi che sia favorito il testamento dei defunti, e ciò non per una ragione di poco conto: quale altra consolazione della morte che la volontà oltre la morte?*

È una volontà intesa a tutto tondo, che anche oggi travalica il contenuto meramente patrimoniale della disposizione codicistica, per comprendere una serie di aspetti molto personali. E non c'è alcun dubbio che i risvolti 'patologici', attinenti alle aspettative frustrate, ai rancori, ai cattivi giudizi, alle piccole vendette 'postume', siano il prodotto di una realtà senza tempo.

---

Si ritiene più pregnante, in questo caso, riportare la traduzione italiana, così come citata dallo stesso Autore.