

Vincenzo Mannino

Divagazioni intorno al tema dell'ultima volontà

Il tema dell'ultima volontà presenta molteplici sfaccettature e l'incontro odierno, nei vari interventi che si sono succeduti, ha contribuito a evidenziarne e approfondirne alcune tra le più rilevanti. Per ragioni di tempo, non è mia intenzione ritornare su quanto è stato egregiamente sottolineato dai relatori. Ci sarà tempo per farlo in futuro. Mi limiterò, quindi, a proporre solo qualche suggestione 'a caldo'.

1. Guardando al tema dal punto di vista del diritto di Roma, risulta innegabile che il testamento si sia sviluppato in quella realtà – al pari del resto di quanto accadrà in età basso-medievale e moderna – quale 'atto' deputato a indicare i propri *desiderata* in vista dell'inevitabile evento rappresentato dalla morte. Già sotto questo punto di vista, dunque, il testamento diviene una 'manifestazione di ultima volontà'. In altri termini, il testamento si afferma nel mondo romano come espressione di 'estrema' autonomia privata, caratterizzandosi per una sua sicura specificità rispetto agli atti giuridici *inter vivos*. Infatti, per questi ultimi, una modificabilità, come ulteriore e modificativa manifestazione di autonomia privata, era ammissibile anche in corso di esecuzione: per esempio, con l'aggiunta di *pacta in continenti* o addirittura con la cancellazione integrale dell'atto già concluso per confezionarne uno nuovo. Viceversa, nulla di tutto ciò era possibile rispetto all'atto testamentario dopo la morte del disponente e, quindi, in fase esecutiva. Di conseguenza, possiamo dire che gli atti *inter vivos*, nel rapporto fra *voluntas* e *verba* forma, avessero una forte fluidità strutturale fino alla loro completa esecuzione, potendo la *voluntas* di chi li realizzasse sempre mutare con inevitabile incidenza sulla forma negoziale. Ciò, invece, non valeva per il testamento, la cui strutturazione si cristallizzava inevitabilmente a partire dalla fase di avvio dell'esecuzione. A quel punto, la dialettica *voluntas* – *verba*, a seguito della morte del disponente, risultava imm modificabile e la possibilità di attingere alla *voluntas* dello stesso finiva per dipendere esclusivamente dai *verba* e dalla loro interpretazione: ovviamente, tutte le volte in cui questi ultimi risultassero in sé poco chiari,

se non contraddittori, fino anche alla loro ‘correzione’.

Nella logica sequenziale *voluntas-verba*, con una differenziazione rispetto agli atti *inter vivos*, in cui la *voluntas* si poteva sempre precisare direttamente correggendo i *verba*, nell’atto testamentario la piena *voluntas* del disponente, una volta giunti alla fase esecutiva, poteva prendere corpo con l’accentuazione del secondo corno della dicotomia.

2. D’altro canto, tutto ciò trova conferma diffusa nelle fonti in materia.

A una considerazione cursoria del fenomeno adesso evidenziato, non può non richiamarsi primariamente il lungo sforzo interpretativo dispiegato dalla giurisprudenza romana, fin dall’età repubblicana e in misura sempre più incisiva, allo scopo di tutelare l’aspettativa successoria di persone legate da particolari vincoli con il testatore, ma da quest’ultimo pretermesse nel testamento, aprendosi così la strada alla sua inofficiosità, con conseguente modificazione tutt’altro che marginale della disposizione *mortis causa*.

Sotto questo punto di vista, rimangono fondamentali gli studi condotti ormai più di cinquant’anni fa da Luigi Di Lella e la connessa analisi testuale in essi brillantemente proposta, la cui portata probante – con riguardo almeno al carattere delle presenti riflessioni – rimane, a mio avviso, ampiamente condivisibile¹.

Tuttavia, conferme di interventi interpretativi ‘aperti’, con effetti assai incisivi sulla formulazione dei *verba* testamentari, si trovano anche in riferimento alle disposizioni a titolo particolare.

Al riguardo, per la loro emblematicità, meritano specifica menzione due esempi da cui trae conferma dello sforzo dispiegato dalla giurisprudenza fin dalla tarda età repubblicana per ‘recuperare’ nella sua pienezza la *voluntas* del testatore, evitandone la dispersione a causa del suo inappropriato o lacunoso travaso nei *verba* testamentari.

Il primo esempio ci viene fornito dal giurista Africano², in un passo dei *Digesta* di Giustiniano di cui in passato ho avuto modo di occuparmi nell’ambito di uno studio dedicato alla ricostruzione dei meccanismi di funzionamento della *lex Falcidia*: la legge del 40 a.C., che riservò all’erede la quarta parte dell’asse ereditario, imponendo la riduzione dei legati se il testatore li avesse disposti per un valore che intaccasse quella quota fissata *ex*

¹ L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*. Contributo allo studio della successione necessaria, Napoli, 1972, cui *adde*, anche per la bibliografia successiva, D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di ‘querela inofficiosi testamenti’*, I. *Le Origini*, Napoli, 2012; L. GAGLIARDI, *Studi sulla legittimazione alla ‘querela inofficiosi testamenti’ in diritto romano e bizantino*, Milano, 2017.

² Afr. 5 *quaest.* D. 35.2.88 pr.-1.

*lege*³. Il giurista, per salvaguardare l'ultima volontà del testatore non adeguatamente trasfusa nei *verba* testamentari, propone il ricorso a un adattamento della normale operatività della *exceptio doli*, funzionalizzandola alla fattuale 'cancellazione' di una parte dei *verba* testamentari, in modo da rendere l'atto testamentario nella sua struttura formale compatibile la volontà del testatore e le sue disposizioni *mortis causa* con il disposto della *Falcidia*. Questa proposta interpretativa emerge in modo inequivocabile nel passaggio testuale dove Africano, a fronte di una controversia fra erede e legatari, vista verosimilmente nella sua proiezione processuale, fa riferimento, per l'appunto, all'utilizzazione della *exceptio doli* come strumento idoneo a consentire al giudice la modulazione improntata a equità della condanna di chi fosse stato convenuto in giudizio, dandosi così piena effettività al volere del testatore, come desumibile dai *verba* usati nel testamento.

Più in particolare, il riferimento è al caso di un testatore che avesse un patrimonio del valore di 400 e avesse disposto legati per un ammontare di 300, aggiungendo l'ulteriore legato di un fondo del valore di 100. Quest'ultima disposizione era stata sottoposta alla condizione «*si legi Falcidiae in testamento ... locus non esset*». Il giurista si chiede quale fosse il modo corretto di eseguire quanto indicato nel testamento, precisando che la fattispecie era riconducibile nel novero dei 'casi perplessi': nel senso che qualunque soluzione si fosse ipotizzata come vera avrebbe immediatamente manifestato aspetti di falsità. Infatti, se si fosse sostenuta l'efficacia del legato del fondo, allora si sarebbe prodotta una situazione idonea a dare luogo alla decurtazione prevista dalla *Falcidia*, a causa della sicura lesione della *quarta hereditatis*; però, per il mancato avverarsi della condizione «*si legi Falcidiae in testamento ... locus non esset*», il legato del valore di 100 non avrebbe dovuto ritenersi efficace, con il conseguente venire meno dell'esigenza di dare luogo al disposto della *Falcidia*. D'altro canto, il determinarsi di quest'ultima evenienza, riproponeva l'efficacia del legato di 100 e ciò avrebbe comportato di nuovo il presupposto della decurtazione prevista dalla legge, ma il conseguente mancato avverarsi della condizione «*si legi Falcidiae in testamento ... locus non esset*» avrebbe reso necessaria la caduta del legato e così via di seguito. Si sarebbe finiti in un vero e proprio circolo vizioso, da cui per il giurista era possibile uscire facendo leva sull'effettiva volontà del testatore, come desumibile dai *verba* testamentari. Detto altrimenti, la concreta articolazione dei *verba* lasciava intendere la volontà di escludere la decurtazione dei legati di 300 a causa dell'esecuzione del legato del fondo con il valore di

³ Cfr. V. MANNINO, *Il calcolo della 'quarta hereditatis' e la volontà del testatore*, Napoli, 1989, 50 ss.; ID., *L'exceptio e la riduzione della condanna nel processo formulare*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, IV, a cura di I. Piro, Tricase, 2016, 531 ss.

100 («*cum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet*»); di conseguenza, per dare campo a questo volere del testatore, la soluzione avrebbe dovuto essere l'esclusione della presenza della condizione «*si legi Falcidia in testamento ... locus non esset*» rispetto al legato di 100 («*magis est, ut statuere debeamus tui legati conditionem defecisse*»), riconoscendo così la validità di quest'ultimo assieme ai legati di 300. È chiaro, però, che in questo modo la decurtazione prevista dalla legge avrebbe dovuto avere seguito, colpendo tutti i legati. Se non che il giurista, di fronte alla presumibile azione dell'erede per ottenere la *quarta hereditatis*, ammette il ricorso alla *exceptio doli* da parte dei legatari: è conseguente presupporlo, però, con un diverso effetto equitativamente sostenibile. Il ricorso alla *exceptio doli* avrebbe avuto, cioè, per i legatari onorati di legati del valore di 300 il normale effetto di escludere la condanna, visto che il testatore aveva inteso salvarli da ogni decurtazione; mentre, per chi fosse onorato del legato di 100 avrebbe tutt'al più potuto avere un effetto diminutorio della condanna, circoscrivendola, cioè, a $\frac{1}{4}$ del valore della disposizione, poiché il testatore non li aveva voluti salvare *in toto* dalla decurtazione *ex lege Falcidia* e, comunque, sarebbe stato iniquo farla gravare nella misura estrema solo su di essi, impedendo che ricevessero alcunché⁴.

Si tratta indubbiamente di un caso segnato da notevole complessità⁵. Tuttavia, risulta innegabile che la soluzione del giurista si traducesse nella cancellazione di una parte dei *verba* testamentari (specificamente di quelli espressivi della clausola «*si legi Falcidia in testamento ... locus non esset*»), assieme a una loro fattuale integrazione in omaggio all'esigenza di dare spazio alla *voluntas* del testatore, come desumibile dalla struttura formale del testamento.

Un secondo esempio di *interpretatio* giurisprudenziale volta a 'correggere' il tenore dei *verba* testamentari, proponendone un'integrazione funzio-

⁴ Va osservato che un effetto diminutorio della condanna nel processo formulare era stato prefigurato già da V. Arangio-Ruiz, nel suo lavoro *L'exceptio' in diminuzione della condanna*, Modena, 1930, ora in *Scritti di diritto romano*, II, a cura di B. Biondo e L. Labruna, Napoli, 1974, 247 ss. Più di recente, si è espressa in favore della possibile inserzione di un'*exceptio* finalizzata a consentire indirettamente il risultato di fare pagare al convenuto una somma inferiore rispetto a quella indicata nella formula, P. LAMBRINI, *'Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor': novazione oggettiva ed eccezione di dolo in diminuzione della condanna*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 377 ss.

⁵ Al riguardo, si rinvia a quanto ho avuto modo di evidenziare nei lavori indicati sopra, nt. 3.

nale al pieno esplicitarsi della *voluntas* del testatore da essi desumibile, ci viene offerto dal giurista Alfeno Varo in un altro passo dei *Digesta* di Giustiniano⁶, su cui pure ho già avuto di soffermarmi in un passato recente⁷.

Il giurista richiama il caso di un tale che nel testamento aveva indicato ai suoi eredi di erigerli un monumento come quello di un certo Publio Settimio Demetrio, posto lungo la via Salaria, prevedendo di 'multarli' di una grossa somma di denaro se non avessero dato seguito alla disposizione testamentaria. Rispetto a questa strutturazione verbale della disposizione, Alfeno Varo precisa la *quaestio* oggetto della sua analisi. Poiché sulla via Salaria non si trovava nessun monumento di Publio Settimio Demetrio, ma ne esisteva uno di altro personaggio con il nome Publio Settimio Dama, gli eredi chiedevano se potessero assumerlo come prototipo di riferimento, presupponendo un mero errore materiale del testatore e con ciò lasciando già intendere che una 'correzione' dei *verba* testamentari fosse comunque possibile in via interpretativa.

Dal testo, però, si evince una 'correzione' ancora più incisiva; in particolare, con riferimento alla richiesta degli stessi eredi di sapere se sarebbe rimasto a loro carico l'obbligo di pagare la multa, visto che il monumento non sarebbe stato eretto secondo il modello indicato dal testatore. È a questo punto che Alfeno Varo precisa il suo *responsum*, proponendo tre livelli argomentativi.

Innanzitutto, il giurista sottolinea che la possibilità di comprendere a quale prototipo il testatore avesse voluto fare riferimento, nonostante un'impresione dei *verba* testamentari, imponeva agli eredi di costruirlo, rifacendosi al modello di monumento che lo stesso testatore aveva presumibilmente avuto in mente. Solo se non avessero seguito questa strada, sarebbero incorsi nell'obbligo di pagare la multa, posto che avrebbero disatteso la disposizione del testatore.

D'altro canto, prosegue Alfeno Varo nel suo ragionamento, se non fosse stato assolutamente possibile desumere dai *verba* del testamento quale prototipo di monumento avesse avuto in mente il testatore, la disposizione in questione avrebbe dovuto considerarsi del tutto erronea e, quindi, senza alcun valore, con la conseguenza che la multa prevista non si sarebbe dovuta pagare. Tuttavia, precisa sempre il giurista, gli eredi erano tenuti, nella specie, a costruire un monumento, perché il volere del testatore sul punto, come era desumibile dai *verba* testamentari, appariva inequivocabile: in par-

⁶ Alf. 5 *dig.* D. 35.1.27.

⁷ V. MANNINO, *D. 35.1.27 Alf. 5 dig.: un caso di 'interpretatio integrativa' dei 'verba' testamentari*, in *Antologia del Digesto Giustiniano. Scritti in ricordo di G. Negri*, a cura di L. Maganzani, Napoli, 2023, 517 ss.

ticolare, l'avrebbero potuto fare, assumendo come 'parametri' di riferimento la *dignitas* del testatore e la *substantia* del suo patrimonio.

Il riferimento a questi due dati non è di poco conto; conferma, infatti, che il giurista era aperto all'interpretazione 'correttiva' dei *verba* testamentari fino al punto di spingersi a suggerire addirittura il ricorso a due 'parametri' del tutto esterni all'atto testamentario di per sé considerato, assumendoli, però, come necessario viatico per rispettare pienamente l'ultima volontà del testatore e superando così una palese lacuna nei *verba* utilizzati a livello di redazione formale del testamento.

3. Insomma, è evidente che la giurisprudenza romana – o, almeno, una parte di essa – fosse propensa a dare pieno spazio alla *voluntas* del testatore, senza disdegnare la 'correzione' dei *verba* testamentari: sia con la 'cancellazione' di alcuni tratti del testamento, sia con il ricorso a 'elementi di supporto' esterni a esso; il che, per vero, se si guarda soprattutto ad Alfeno Varo, non deve affatto stupire, considerando gli orientamenti circolanti nel milieu culturale di fine età repubblicana entro cui si colloca la sua operatività e il fatto che il suo maestro, Servio Sulpicio Rufo, si era in gioventù perfezionato, come ci testimonia Cicerone⁸, nell'arte dialettica presso la celebre scuola di Rodi, favorendone l'innesto nella tecnica propria dell'interpretazione giurisprudenziale. Più nello specifico, questo evento ebbe come presupposto il riconoscimento dell'arte dialettica, quale sintesi di una composita serie di passaggi logici, uno dei quali riguardava propriamente quanto potesse apparire ambiguo in un documento. In sostanza, cogliendosi nella lettera del testo da interpretare un significato plurimo o, quanto meno, 'doppio' e, quindi, ambiguo, si imponeva un'opera ermeneutica decisamente più incisiva del normale. Come evidenzia lo stesso Cicerone, l'interprete, nel suo procedere logico, si sarebbe dovuto chiedere se l'autore di un documento, al di là di quanto da esso apparisse, l'avrebbe scritto in un certo modo o avrebbe usato una certa parola o avrebbe collocato una parola in un certo punto anziché in un altro; era da questi elementi, infatti, che si poteva comprendere quale fosse la reale volontà dell'autore redattore dell'atto. Peraltro, per accostarsi ancora di più a questa *voluntas*, sarebbe stato necessario analizzare in quale periodo di tempo il testo dell'atto fosse stato scritto, perché questa circostanza consentiva di percepire in maniera ancora più pertinente, contestualizzandola, l'intenzione del redattore. In definitiva, secondo Cicerone, andava sempre tenuto conto di tutto quanto

⁸ Cic. *Brut.* 41.151.

servisse a dimostrare quello che sarebbe stato più utile e più onesto scrivere per l'autore dell'atto: una precisazione, questa, che indubbiamente apriva anche l'*interpretatio* dell'atto giuridico, ivi compreso quello testamentario, all'implicita integrazione delle parole usate per redigerlo, là ove esse non apparissero sufficienti e/o adeguate a esprimere il volere dell'autore.

4. Le conclusioni in merito alla particolarità della dialettica *voluntas* – *verbal*forma nel testamento romano offrono altresì spunti critici nella valutazione di alcuni effetti rilevabili nell'andamento che va assumendo la giuridicità contemporanea, in particolare, quella di matrice unionista.

Vista la collocazione storica di Alfeno Varo e di Africano, la cui operatività si situa fra l'ultimo secolo a.C e il II secolo d.C., è conseguente collegarne le valutazioni in merito alla dialettica *verbalvoluntas* anche al momento dell'espansione economica di Roma e nel suo affermarsi come potenza mondiale⁹. Fu quello il momento in cui il diritto di Roma si adattò alle esigenze di una società in forte movimento, assumendo una conformazione che fosse sempre più adeguata allo sviluppo delle attività produttive, finanziarie e di scambio. Ciò dovette conseguentemente orientare verso il sottodimensionamento dei risalenti aspetti formali dell'atto giuridico – *inter vivos* o *mortis causa* poco importa – a favore della sempre più ampia valorizzazione della volontà negoziale auto-normativa.

Spingendo lo sguardo al di là del mondo romano e osservando la giuridicità nel suo svolgimento a noi più vicino, risulta innegabile che un altro e possente momento di accentuazione del rilievo della volontà dispositiva in un atto giuridico si sia avuto con l'affermazione dell'economia di stampo liberal-borghese. Un ruolo propulsivo assai rilevante in questo 'percorso' va riconosciuto al pensiero di Rousseau, di Kant e dei post-kantiani, fino all'affermarsi delle concezioni hegeliane, dove il tema dell'autonomia privata in sé considerata si coniugò pienamente con la crescente fiducia nella capacità individuale di auto-regolamentarsi nella prospettiva del *laissez-faire*. Tutto ciò troverà primario pendant sia nel Code civil francese e in quelli a esso ispirati, sia, nella Germania dell'Ottocento, con le pulsioni in materia espresse dalla Scuola storica, dalla Pandettistica e, infine, dal BGB.

Questo trend ha trovato un 'arresto' nell'Europa continentale, a

⁹ In generale, sui mutamenti nell'assetto economico di Roma, v. sempre F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, Firenze, 1980. Cfr. anche A. MARCONI - F. CARLÀ, *Economia e finanza a Roma*, Bologna, 2011; A. SUCCA, *Economia e Finanza dell'Impero Romano*, Trento, 2017.

seguito dell'affermarsi in Germania e anche in Italia di visioni propense a immaginare uno Stato centralizzatore della gestione economica, con la conseguenza che a esso dovesse riconoscersi anche il compito di fissare gli obiettivi attingibili con un atto giuridico, limitando, di conseguenza, il campo di elezione proprio della volontà dispositiva.

La situazione muterà dopo la Seconda guerra mondiale, quando ripresero piede in Occidente i valori di libertà in economia, determinando l'obliterazione del modello dirigista uscito sconfitto dal conflitto. Ne è derivato un rinnovato e crescente favore per l'autonomia privata, fino, almeno, a una più recente e nuova 'rottura' a livello di diritto a matrice UE, essendosi progressivamente accordato in esso un privilegio alla forma come fattore di 'validità' dell'atto giuridico e di 'protezione' di chi sia protagonista dell'attività negoziale¹⁰. Per dirla *mutatis mutandis* con la terminologia romana, si è andato accentuando nell'atto negoziale il momento dei *verbal* forma secondo la declinazione della forma-contenuto. In particolare, la legislazione europea, determinata dal susseguirsi spesso ossessivo di direttive e regolamenti, si è indirizzata verso l'imposizione di specifici requisiti di forma con riflessi diretti sui contenuti. Ciò è avvenuto certamente per il settore contrattuale, trovando emblematica accoglienza nei Principles of European Contract elaborati dalla Commissione Lando.

Il fenomeno risulta chiarissimo con riguardo a certi contratti a forma libera, per i quali si è andato registrando lo sviluppo in 'forma standard', fino a rendere quest'ultima determinante per la vitalità contenutistica del contratto.

Volendo fornire dei riferimenti più puntuali, questo andamento normativo si può apprezzare nel rapporto tra un operatore di mercato professionista e un consumatore o cliente non professionale, a cominciare dalla contrattualistica bancaria, dall'intermediazione finanziaria, dalla multiproprietà o dalla vendita di pacchetti turistici. Anche le discipline settoriali e la disciplina trasversale in tema di clausole vessatorie si sono indirizzate nello stesso senso, facendo abbondantemente riferimento a prescrizioni formali con diversa forza rispetto alla forma documentaria tradizionale.

Insomma, il diritto di origine europea, allontanandosi dalla prospettiva liberale e anche dal più risalente processo che aveva investito l'esperienza romana con riguardo alla valorizzazione della volontà di chi confezionasse un atto giuridico, ivi compreso quello testamentario, ha progressivamente ridotto/compresso il momento volontaristico a vantaggio del momento

¹⁰ In generale, sul fenomeno che consente di parlare di un 'neoformalismo' negoziale, cfr. *Profili del neoformalismo negoziale*, a cura di R. Alessi e V. Mannino, Napoli, 2013.

formale. In definitiva, il diritto di origine unionista si appoggia sempre più su regole che prescrivono condizioni ristrette e formali, destinate a determinare il contenuto del contratto, con inevitabile compressione, lo si ripete, della volontà delle parti coinvolte. Le regole in materia, ovviamente, non si spingono fino alla determinazione dei termini dell'accordo, perché essi saranno pur sempre il risultato delle scelte dei contraenti in funzione dello spazio – in linea di principio non rinnegato – proprio dell'autonomia privata, ma esigono che gli elementi di base del contenuto dell'accordo siano necessariamente l'espressione di una forma standard del documento contrattuale, divenendone, perciò, imprescindibile elemento di validità. La conseguenza di tale impostazione è, per l'appunto, la concreta compressione del ruolo poetico dell'autonomia privata e della volontà individuale.

È difficile dire a cosa possa portare questo processo di sostanziale irrigidimento della giuridicità nei rapporti fra privati; può, però, lamentarsi che si registri uno sviluppo del diritto in senso contrario a quello di cui furono artefici i *prudentes* romani specificamente in tema di negozio testamentario. Peraltro, la genesi di quel precedente storico nell'esigenza, imposta dallo sviluppo economico, di avere un diritto che superasse la rigidità formale dei *verba* con la connessa valorizzazione della *voluntas* del disponente, rende legittimo affermare che l'attuale indebolimento dei termini entro cui possa esplicarsi l'autonomia privata non sia in sintonia con il modo di atteggiarsi di una realtà, quale l'Unione europea, che vorrebbe essere votata alla dinamicità economica e all'ampio dispiegarsi dell'autonomia privata. Si tratta di un'aporia che fa riflettere e lascia alquanto perplessi. Anche sulla base della conoscenza storica, non è arbitrario chiedersi quanto la strada intrapresa possa essere promettente.