

4

BIBLIOTECA  
Giovanni  
Pugliese

# L'ultima volontà

a cura di

Marta Beghini  
Sara Galeotti



*Roma Tre Press*

2026





Università degli studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. M. BEGHINI, *La divisione giudiziale della comunione non ereditaria. Studio sulla funzione dell'adiudicatio*, 2023
2. T. DALLA MASSARA, M. ORLANDI, *Studi sull'accordo di non chiedere*, 2024
3. F. BERTOLDI, *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà. Origini romane e sviluppi contemporanei*, 2025

Università degli studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza



# L'ultima volontà

“Biblioteca Giovanni Pugliese”  
Workshop (Roma, 10 aprile 2025)

a cura di  
Marta Beghini  
Sara Galeotti



*Roma TrE-Press*  
2026

La Collana editoriale ‘Biblioteca Giovanni Pugliese’ si propone di offrire uno spazio aperto al dialogo interdisciplinare, nel quale trovino collocazione ricerche romanistiche, di tradizione civilistica su base romanistica, ricerche di diritto privato e di diritto processuale civile, in specie nella loro dimensione culturale, ricerche orientate alla comparazione diacronica e sincronica, nonché ricerche orientate a indagare problemi di teoria generale del diritto. Attraverso l’ esplorazione critica di problemi giuridici del passato e del presente, la ‘Biblioteca Giovanni Pugliese’ mira a fornire un contributo al recupero della dimensione unitaria del diritto.

*Direzione della Collana:*

Antonio Carratta, Tommaso dalla Massara, Giuseppe Grisi, Francesco Macario, Maria Rosaria Marella, Francesco Mezzanotte, Giorgio Pino, Giorgio Resta, Vincenzo Zeno Zencovich, Andrea Zoppini

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

*Caratteri tipografici utilizzati:*

Baskerville Old Face, Ogilvy Sans (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* *RomaTrE-Press* ©

Roma, marzo 2026

ISBN: 979-12-5977-589-4

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest’opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l’attribuzione della paternità dell’opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un’altra opera, e ne esclude l’uso per ricavarne un profitto commerciale.



L’attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell’ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

*Biblioteca 'Giovanni Pugliese'*

Con la Biblioteca 'Giovanni Pugliese' il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre intende idealmente continuare, sia pure attraverso una nuova collana realizzata per i tipi della Roma Tre Press, l'attività editoriale svolta dalla collana del Centro di Eccellenza in diritto europeo intitolato proprio a Giovanni Pugliese, che per lunghi anni ha operato presso il Dipartimento sotto la guida di Letizia Vacca e che arrivò a pubblicare una quarantina di volumi con la Casa editrice Jovene. In questo modo il Dipartimento, che conserva la biblioteca dell'illustre giurista, intende ulteriormente rafforzare il legame con il suo nome e i suoi insuperati insegnamenti.

È anche questa la ragione per la quale la nuova collana intende raccogliere al suo interno pubblicazioni sia di diritto romano, sia di diritto civile, diritto processuale civile e teoria generale del diritto, a suggellare la linea di continuità che lega gli studi romanistici al presente.

Una nuova iniziativa editoriale, dunque, in piena coerenza con il percorso trentennale del nostro Dipartimento.

Antonio Carratta  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università Roma Tre



## Indice

SARA GALEOTTI, MARTA BEGHINI, <i>Presentazione</i>	11
MICHELE PEDONE, <i>'Voluntas' testamentaria, formalismo, segretezza e normatività</i>	23
ALESSANDRO CASSARINO, <i>Conoscibilità e segretezza dei contenuti del testamento nella prospettiva di una divergenza tra 'voluntas' e 'scriptum'. Qualche annotazione a margine dei dati delle fonti giurisprudenziali e letterarie</i>	43
SARA GALEOTTI, <i>Oltre le parole: l'interpretazione della 'voluntas testatoris' nell'esempio della 'causa Curiana'</i>	63
FABIANA TUCCILLO, <i>'Voluntas' e servitù. Sulle tracce della 'destinatio patris familias'</i>	93
ELENA MARELLI, <i>'Voluntas' e istituzione d'erede: le 'res certae'</i>	107
FRANCESCA PULITANÒ, <i>'Voluntas', istituzione di erede e diseredazione</i>	125
PIERANGELO BUONGIORNO, <i>'Contra boluntatem'. Nota in margine ad AE 2016, 589</i>	145
COSTANZA INDIVERI, <i>La 'voluntas testandi' dell'infermo mentale nei lucidi intervalli: una prospettiva storico-comparatistica</i>	153
VINCENZO MANNINO, <i>Divagazioni intorno al tema dell'ultima volontà</i>	175
<i>Comitato scientifico dei Workshop della 'Biblioteca Giovanni Pugliese'</i>	185
<i>Autrici e autori</i>	187



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

*Quand la mort vient à nous frapper de destruction, comment les rapports attachés à notre existence pourraient-ils encore nous survivre ? Le supposer, c'est une illusion véritable ; c'est transmettre au néant les qualités de l'être réel (...). Eh quoi ! N'est-ce pas assez, pour la société, des caprices et des passions des vivants ? Nous faut-il encore subir leurs caprices, leurs passions, quand ils ne sont plus ? N'est-ce pas assez que la société soit actuellement chargée de toutes les conséquences résultant du despotisme testamentaire, depuis un temps immémorial jusqu'à ce jour ? Faut-il que nous lui préparions encore tout ce que les testateurs futurs peuvent y ajouter de maux par leurs dernières volontés, trop souvent bizarres, dénaturées même ? N'avons-nous pas vu une foule de ces testaments, où respiraient tantôt l'orgueil, tantôt la vengeance, ici un injuste éloignement, là une prédilection aveugle ?*

Honoré-Gabriel Riquetti, comte de Mirabeau\*

\* *Lecture par M. de Talleyrand-Périgord de l'opinion de M. de Mirabeau, lors de la séance du 2 avril 1791, in Arch. Parl. Rév. Française, XXIV, 1886, 511 ss.*



## Presentazione

Formidabile chiave d'accesso alla comprensione della cultura giuridica e sociale romana, il testamento non solo riverbera la volontà del defunto riguardo alla destinazione del proprio patrimonio, ma veicola un più ampio intreccio di valori, aspettative e giudizi, che trascende l'ambito privato per assumere valenza pubblica<sup>1</sup>.

Definisce la centralità dell'istituto un paradosso che il mondo romano accetta e consolida nella tradizione secolare del suo diritto: il volere di chi non è più, di chi, esalando l'ultimo respiro, non potrebbe imporre alcunché, possiede, tuttavia, la forza normativa di regolare il futuro. Il carattere vincolante delle disposizioni postume deriva, infatti, non tanto dall'assenza di responsabilità del *de cuius*, quanto dalla certezza – unico *solacium mortis* – che la comunità giuridica garantirà l'efficacia di volontà 'ultime' perché immodificabili<sup>2</sup>.

Siffatta singolarità spiega l'attenzione con la quale si guarda all'apertura delle *tabulae testamenti*, vissuta con la solennità di un rito cui l'intera comunità è chiamata a partecipare: emblematica, al riguardo, la testimonianza resa da Agostino d'Ipbona che, nel descriverne la *gravitas*, si sofferma sul silenzio del giudice e degli astanti, gli animi sospesi innanzi alla lettura del documento che determinerà la sorte dei rapporti giuridici di cui il disponente era stato titolare:

A lungo si discute dell'eredità dei morti, finché non si giunge alla pubblica produzione del testamento; e come si presenta quest'ultimo, tutti tacciono, di modo che sia possibile procedere all'apertura e lettura delle tavole: il giudice, assorto,

<sup>1</sup> Pap. 14 *quaest.* D. 28.1.3, su cui v. specialmente P. LEUREGANS, 'Testamenti factio non privati sed publici iuris est', in *RHD*, 4<sup>ème</sup> sér., LIII, fasc. 2, 1975, 228 ss. Mi piace ricordare, in argomento, la tesi espressa da M. KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Festschrift für F. Wieacker zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von O. Behrends, M. Dießelhorst, H. Lange, D. Liebs, J.G. Wolf, C. Wollschläger, Göttingen, 1978, 112, che vede nel testamento romano la linea di demarcazione tra il *ius privatum* e il *ius publicum*, quest'ultimo da intendersi in un'accezione generale, non tecnica, di valorizzazione degli aspetti sociali del testamento.

<sup>2</sup> Gai 2.144; Ulp. 2 *ad ed.* D. 28.3.2; Ps. Quint. *decl. min.* 308, su cui v., da ultimo, F. LAMBERTI, 'Testamenta' e 'propinquitas' nella 'declamatio minor' 308 ('Duo testamenta'), in *QL*, XIV, 2024, 69 ss.

presta orecchio, gli avvocati cessano di parlare, gli araldi impongono il silenzio, e tutti i presenti trepidano, attendendo le disposizioni lasciate da chi giace esanime nella tomba. Costui riposa senza più coscienza nel sepolcro, e tuttavia quelle hanno forza<sup>3</sup>.

Le parole del *Doctor Gratiae* scolpiscono la natura pubblica dell'ultima volontà consegnata alle *tabulae*, i cui contenuti valicano i confini della sfera individuale, per nascere (e morire) sotto lo sguardo della collettività. E se questo, in Roma antica, è senz'altro vero per il *testamentum calatis comitiis*, che *in populi contione fieret*<sup>4</sup>, o per il più tardo *testamentum per aes et libram*, nel quale è ancora forte l'impronta di un formalismo cerimoniale, non v'è dubbio che persino in età classica, quando può dirsi compiuta la transizione dal 'testamento-rito' al 'testamento-documento', l'apertura delle tavole sia considerata un momento che trascende la storia del singolo e della sua famiglia<sup>5</sup>: una cornice, questa, che lumeggia l'autentica essenza dell'atto di testare, espressione di speranze individuali e, al contempo, risposta a pressioni collettive, in un equilibrio costante fra autonomia della volontà privata, *officium e pietas*.

*Speculum morum*<sup>6</sup> agli occhi dei più, il testamento è percepito come luogo di verità<sup>7</sup>, strumento attraverso il quale l'individuo, sollevato, infine, dal peso delle convenzioni sociali, si concede di parlare senza riserva alcuna. L'ironia con la quale Luciano, per bocca del filosofo medioplatonico Nigrino, irride l'onestà che trasudano le *tabulae* dei Romani, dopo una vita d'ipocrisia e reticenza<sup>8</sup>, parrebbe avvalorare, almeno, convinzione siffatta.

Invero, le *tabulae testamenti* perimetrano uno spazio in cui è dato esprimersi con un grado di libertà sconosciuto al quotidiano, permeato da vincoli e convenzioni – doveri verso la famiglia, obblighi di lealtà nei confronti di patroni e clienti, norme implicite di reciprocità insite nell'*amicitia* – che limitano la possibilità di una manifestazione autentica del proprio sentire. È

<sup>3</sup> Aug. Hipp. *en. in Ps.* 21.2.30. La traduzione del passo, molto libera, è mia.

<sup>4</sup> Gell. 15.27.3.

<sup>5</sup> Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.3.2 pr.

<sup>6</sup> Plin. *epist.* 8.18.1.

<sup>7</sup> Si vedano tra i molti, per il loro valore paradigmatico, gli episodi narrati da Val. Max. 7.8.4 (tale Pompeo Regino, taciuto nelle *tabulae* del fratello defunto, dà pubblica lettura delle proprie ultime volontà per dimostrare il corretto adempimento dell'*officium pietatis*) e Plut. *Ant.* 58.4-8 (Ottaviano sequestra e legge in pubblico il testamento di Antonio al fine di giustificare il proprio operato: ne riferiscono, con diverse sfumature, anche Dio Cass. 50.3.4 e Suet. *Aug.* 17.1).

<sup>8</sup> Luc. *Nigr.* 30.

solo con la morte che sistema siffatto perde efficacia: il testamento, pur sottoposto al quadro normativo (... *potentius est, quod in albo lego, quam quod in testamento!*)<sup>9</sup>, offre al disponente un ambito peculiare di autodeterminazione.

Non solo: esso rappresenta il luogo privilegiato ove, oltre a manifestarsi, la *voluntas* si riconosce come *lex*, quale principio regolatore dei rapporti familiari e sociali, poiché il testatore trae dalla possibilità di modificare *ad vitae supremum exitum*<sup>10</sup> il contenuto delle *tabulae* un potere attuale su chi gli è accanto. Detto altrimenti, la spada di Damocle del volere del *de cuius*, prima ancora di operare giuridicamente con il trapasso, orienterà i comportamenti dei potenziali eredi e ne condizionerà le aspettative.

Legati, esclusioni, diseredazioni veicolano, del resto, giudizi morali ed emotivi: si premiano i figli devoti e gli amici leali, non meno di quanto si puniscano gli ingrati e i traditori. Nessun lascito, dunque, si risolve mai nella mera assegnazione di beni, piuttosto costituisce un *supremum iudicium*<sup>11</sup>, che di una sentenza pubblica possiede, se non la forza, per certo l'efficacia simbolica e sociale.

L'introduzione del principio fondamentale '*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*', implicante la redazione di una clausola formale in caso di diseredazione<sup>12</sup>, ne è un esempio eloquente: comportando la dichiarazione di indegnità del discendente, la *exhereditio* dei figli *in potestate* ha, invero, portata morale prima ancora che giuridica. Parimenti, omissioni<sup>13</sup> o legati di modesta entità rivolti a parenti o amici costituiscono messaggi pubblici, in grado d'innocentare, con gli interessi patrimoniali, la reputazione del destinatario.

Le disposizioni d'ultima volontà costituiscono, per altro, ben più di un'occasione per manifestare giudizi personali. Esse integrano, se mai, un vero e proprio dovere sociale.

Poiché la successione legittima, con la sua rigidità – eredi necessari, agnati, gentili –, non è in grado di esprimere le mille sfumature dei rapporti familiari e amicali, redigere un testamento significa assolvere a un compito etico – distribuire beni e onori secondo merito, confermare

<sup>9</sup> Ps. Quint. *decl. min.* 374.

<sup>10</sup> Ulp. 33 *ad Sab.* D. 34.4.4.

<sup>11</sup> Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.20.3. V. anche Paul. 2 *quaest.* D. 5.2.19 (*ultimum iudicium*). In argomento, v. D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di 'querela inofficiosi testamenti'*, I. *Le origini*, Napoli, 2012, *passim* e, più recentemente, 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, 177 ss.

<sup>12</sup> Gai 2.123; Tit. Ulp. 22.14; I. 2.13.

<sup>13</sup> Alcune eccellenti sono ricordate, *ex aliis*, da Tac. *Ann.* 3.76; Plut. *Sull.* 38.2, *Pomp.* 15.3.

legami, regolare obblighi e memorie<sup>14</sup>. Morire senza testamento implica allora, per certi versi, sottrarsi a un ufficio, mancare a una responsabilità condivisa<sup>15</sup>, come lo sarebbe diseredare ingiustamente i figli o pretermettere i congiunti: la *querela inofficiosi testamenti* risponde, per l'appunto, all'esigenza di armonizzare il compimento, da parte del *de cuius*, dei 'doveri di sangue' con l'esercizio d'una volontà non coercibile.

Proprio perché strumento di memoria e di controllo, le *tabulae testamenti* domandano una lettura che assurge alla dignità d'una liturgia collettiva: non solo i parenti e gli amici, ma l'intera *civitas* attende di conoscere le ultime volontà del defunto – specialmente se personaggio in vista<sup>16</sup> –, trasformandone la notizia in un'occasione di commento o di scandalo. Un testamento può, infatti, suscitare plauso, qualora percepito come conforme a valori quali l'*amicitia*, la *benevolentia*, la *pietas*<sup>17</sup>, oppure indignazione, per il tradimento d'aspettative, legami ritenuti sacri, antiche e recenti promesse<sup>18</sup>.

In ultima analisi, l'atto di testare ha in sé un valore che esorbita la dimensione patrimoniale; redigere un testamento, ieri come oggi, implica piuttosto inscrivere la propria vita in una trama più ampia, lasciando ai posteri non – o non soltanto – un patrimonio, quanto un giudizio, una testimonianza morale, un'immagine definitiva del proprio passaggio. Attraverso le *tabulae*, il cittadino romano consegna infatti al tempo, con i propri beni, memoria e verità individuali, nella consapevolezza che le attenderà il vaglio critico della comunità.

Questo intreccio di privato e di pubblico, di libertà e di dovere, che rende l'ultima volontà terreno privilegiato d'indagine per esplorare una dimensione intrinseca e insopprimibile nella dinamica del diritto – quella volontaristica, appunto<sup>19</sup> – restituisce, com'è evidente, una complessità irriducibile allo sguardo ristretto di prospettive parziali. In tale consapevolezza radica, quindi, la decisione di consacrare al tema il primo Workshop della "Biblioteca

<sup>14</sup> Sen. *benef.* 4.11.5, 4.22.1. Sulle finalità anche 'premianti' delle disposizioni di ultima volontà, v. E. CHAMPLIN, '*Creditur Vulgo Testamenta Hominum Speculum Esse Morum*': *Why the Romans Made Wills*, in *CPh*, LXXXIV, fasc. 3, 1989, 203 ss.; T. RÜFNER, *Testamentary Formalities in Roman Law*, in *Comparative Succession Law*, I, edited by K.G. Creid, M.J. Dewaal, R. Zimmermann, Oxford, 2011, 2 ss.; J. STERN, *Aspects*, cit., 129 ss., 151 ss.

<sup>15</sup> E. CHAMPLIN, '*Creditur Vulgo Testamenta*', cit., 209.

<sup>16</sup> V. specialmente E. CHAMPLIN, '*Creditur Vulgo Testamenta*', cit., 207 s. e J. STERN, *Aspects*, cit., 70 ss.

<sup>17</sup> V., tra i molti, L. GAGLIARDI, *La 'pietas' al tempo di Augusto. Tra sentimento e diritto*, in *Augusto dopo il bimillenario. Un bilancio*, a cura di S. Segenni, Firenze, 2018, 153 ss.

<sup>18</sup> Val. Max. 7.8.5, 7.9.1-5.

<sup>19</sup> Così L. BRUNORI, *Introduction*, in *La volonté Italie-France allers-retours*, édité par M. Bassano, L. Brunori, C. Ciancio, F. Garnier, Toulouse, 2022, 9.

Giovanni Pugliese”, i cui esiti sono ora raccolti nel presente volume.

Chiamati a riflettere sul vincolo testamentario come *lex privata*, nella sua fisiologia e patologia, studiosi di differenti inclinazioni e formazione, ma comune interesse per il colloquio meta-disciplinare, hanno inaugurato un dialogo che ben ha restituito la prismatica, ossimorica mobilità del concetto di ‘ultima volontà’, in una prospettiva tra antico e contemporaneo.

È opportuno chiarire sin dall’inizio che i saggi qui riuniti non intendono offrire una trattazione esaustiva della materia, né mirano a costruire un quadro sistematico compiuto. La loro cifra distintiva risiede piuttosto nella scelta di assumere la problematicità come metodo, nella consapevolezza – condivisa da ciascuno degli autori – di muovere soltanto i primi passi di un itinerario di ricerca destinato a sviluppi ulteriori e a successive occasioni di approfondimento.

Con l’auspicio di veder crescere e prosperare il sodalizio inaugurato dal confronto del 10 aprile 2025, a tutti i partecipanti e ai membri del Comitato Scientifico del Workshop va un caloroso ringraziamento per la generosità dell’adesione e, soprattutto, per il denso contributo portato alla discussione.

*Last but not least*, guardo con viva gratitudine all’Istituto Italiano di Studi Germanici e al professore Tommaso dalla Massara, che, accogliendo questa iniziativa nella cornice scientifica, rispettivamente, dei progetti «Il volere che si fa norma» e «Il volere normativo – The regulatory will», ne hanno resa possibile la realizzazione.

SARA GALEOTTI

\*\*\*

Il *testamentum* si configura come una delle figure giuridiche nelle quali risulta più chiaramente visibile l’attitudine del diritto a trasporre la volontà del singolo in precetto normativo. Mi riferisco al ‘volere che si fa norma’ *mortis causa*, che costituisce un fatto caratterizzante della tradizione giuridica occidentale, ed è, in quanto tale, un’‘invenzione’ del diritto romano; un’invenzione che rappresenta uno degli esempi più significativi nell’impianto formale dei dispositivi giuridici, tanto di quell’esperienza storica<sup>20</sup>,

<sup>20</sup> In argomento v., tra i vari, B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*<sup>2</sup>, Milano, 1955, 1 ss., il quale così si esprime: «Qualsiasi esposizione della successione testamentaria romana deve procedere dalla considerazione che [...] il testamento nella coscienza sociale ha la massima importanza; secondo Cicerone anzi è l’atto più grave della vita del *civis*, come la *lex* nell’orbita pubblica. Tanta importanza [...] trovava radici profonde nella tradizionale impostazione individualistica del diritto e della società romana, per cui la certezza di far valere la propria *voluntas ultra mortem* si considera *solacium mortis* [...]. L’importanza

quanto del nostro attuale sistema giuridico<sup>21</sup>.

Potremmo così sintetizzare: il testatore, per dare al proprio patrimonio una congrua destinazione, nell'ultimo tentativo di lasciare, per così dire, una pietosa illusione di almeno parziale sopravvivenza alla morte, impone in forma autoritaria la propria volontà; l'ordine giuridico riconosce le forme idonee a conseguire il fine voluto dal testatore, cioè quello di plasmare l'assetto di interessi per il tempo dopo la morte. Il testamento si offre dunque come un'architettura stratificata, esito di un'elaborazione progressiva nel tempo, nella quale si intrecciano differenti 'assetto normativi' e si compone – in un delicato equilibrio – la tensione tra volontà e forma.

È proprio questa *voluntas*, cristallizzata e formalizzata nelle tavole testamentarie, a costituire un'invenzione romana. Per meglio dire, l'opera di definizione dei presupposti e di tracciamento dei confini di questa fondamentale categoria giuridica si deve ai giuristi romani, autentici protagonisti di un'esperienza intellettuale senza precedenti<sup>22</sup>.

La centralità del *testamentum* si fonda su un paradosso strutturale: una volontà sottratta alla possibilità di revisione acquista forza 'normativa' proprio in virtù della sua irrevocabilità e della tutela accordata dall'ordinamento – chiamato a garantirne validità ed efficacia – oltre la vita del soggetto disponente.

In tal senso, il negozio testamentario opera come *lex privata*, capace

---

sociale del testamento [...] nell'orbita del diritto si manifesta non solo nella impostazione pubblicistica del regime testamentario, da cui deriva la sua inderogabilità, ma soprattutto in quel favor testamenti, che è l'orientamento più generale e caratteristico a cui si ispira la giurisprudenza e la legislazione romana. [...] Si cerca di salvare il testamento non per il vano scopo di tenere in piedi un atto giuridico, ma perché il testamento racchiude la estrema volontà del defunto, la quale in ogni tempo rappresenta qualche cosa di sacro» (p. 1). V. inoltre, in termini generali, M. AMELOTI, voce *Testamento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 459 ss., nonché i testi, ancora imprescindibili in argomento, di P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, I. *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967; A. WATSON, *The Law of Successions in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971; A. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario*, Torino, 1991. Più di recente, v. J. STERN, *Aspects de la pratique sociale des testaments a 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>21</sup> In tema, *ex multis*, A. VENTURELLI, *L'indicazione falsa o erronea nell'esecuzione della volontà testamentaria*, Torino, 2020; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018; F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022; A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, Napoli, 2024.

<sup>22</sup> L'espressione 'esperienza intellettuale' è di A. SCHIAVONE, *I giuristi romani questi sconosciuti*, in *Giuristi romani*, a cura di A. Schiavone, M. Brutti, V. Marotta, F. Nasti, E. Stolfi (traduzioni e commenti), Torino, 2024, VIII.

di produrre effetti non solo patrimoniali, ma, ancor prima, simbolici e sociali, quale atto idoneo a incidere sulle relazioni personali, sulle aspettative e sui comportamenti dei soggetti in esso coinvolti.

In questa costante tensione fra intento individuale (del testatore) e controllo collettivo (dell'ordinamento giuridico), 'l'ultima volontà' si offre come osservatorio privilegiato per indagare una 'componente ordinativa' del fenomeno giuridico, ossia quella volontaristica, nella sua attitudine a 'farsi regola'<sup>23</sup>.

Tale complessità, refrattaria ad ogni tassonomia giuridica, ha motivato la scelta di dedicare a questo tema il primo Workshop della 'Biblioteca Giovanni Pugliese', i cui esiti confluiscono nel presente volume.

I contributi qui raccolti non mirano a un'esposizione esaustiva e sistematica della materia testamentaria, ma condividono una scelta metodologica comune, ossia quella di assumere la problematicità come strumento euristico, nonché quella di interrogare il vincolo testamentario in una prospettiva dialogica, capace di attraversare l'esperienza antica per misurarsi con questioni di persistente attualità.

Il presente volume – come già accennato – raccoglie gli esiti del Workshop tenutosi a Roma Tre nell'aprile 2025, entro la cornice della Collana 'Biblioteca Giovanni Pugliese', pensata idealmente per continuare, sia pure attraverso questa nuova Collana per i tipi della Roma Tre-Press, l'attività editoriale svolta dalla precedente raccolta del 'Centro di Eccellenza in Diritto europeo' curata da Letizia Vacca e intitolata proprio a Giovanni Pugliese.

La scelta di tale collocazione quindi non risponde a una mera opzione editoriale, ma si fonda su ragioni di ordine metodologico e teorico, entrambe profondamente radicate nell'eredità scientifica di Giovanni Pugliese.

La prima ragione attiene all'impostazione complessiva del lavoro del Maestro, caratterizzata da una concezione unitaria della storia del diritto, della dogmatica e della sistematica giuridica. Nel pensiero di Pugliese, infatti, tali dimensioni non si presentano come ambiti di studio autonomi o separati, bensì come articolazioni di un unico problema conoscitivo, suscettibile di essere indagato soltanto all'interno di una prospettiva

---

<sup>23</sup> In tema di 'volere vincolante' v. recentemente i saggi contenuti ne *Il volere che si fa norma. Quaderno primo. Dialoghi tra giuristi e filosofi*, a cura di T. dalla Massara e G. Rametta, Bologna, 2024; *Il volere che si fa norma. Quaderno secondo. Volontà e arbitrio*, a cura di E. Ferrante, Bologna, 2025; *Il volere che si fa norma. Quaderno terzo. 'Certum dari'*, a cura di T. dalla Massara e M. Beghini, Bologna, 2025. Imprescindibile in materia resta l'opera di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico. Seconda ristampa corretta della seconda edizione*, Torino, 1955.

comune, capace di attraversare epoche ed esperienze giuridiche diverse, senza smarrire una profonda coerenza concettuale di fondo. In forza di questa impostazione metodologica, il giurista dell' 'oggi', nell'affrontare un problema giuridico, può legittimamente attingere a tutti gli elementi che si rivelino idonei a concorrere alla sua comprensione<sup>24</sup>.

È precisamente in tale operazione che il diritto romano e, in dettaglio, l'apporto dei *prudentes* assumono un ruolo centrale.

Come sottolineato da Carlo Augusto Cannata, ciò dipende dal fatto – storico – che i giuristi romani hanno dato forma al metodo del pensare giuridico, elaborando il sistema di concetti che ne costituisce l'ossatura fondamentale. Ne consegue che la dogmatica moderna può essere legittimamente impiegata per spiegare quella dei romani, non per tradirla o modernizzarla, ma per rendere comprensibili al giurista contemporaneo concetti che continuano ad arricchire la riflessione giuridica sulle problematiche attuali del medesimo fenomeno, in un rapporto che opera, naturalmente, anche in senso inverso<sup>25</sup>.

La seconda ragione riguarda la centralità del profilo processuale nell'indagine sulla *voluntas*, anche in ambito *mortis causa*.

È noto che la 'prospettiva processuale' costituisce uno degli assi portanti del pensiero di Giovanni Pugliese e, più in generale, del 'modo' attraverso il quale i giuristi romani concepiscono il diritto. All'interno di una riflessione volta a interrogare il ruolo della cd. volontà normativa quale fattore che – muovendo da esigenze individuali che si traducono in esigenze sociali attraverso la mediazione del negozio giuridico – è capace di incidere in senso trasformativo sull'assetto giuridico, il riconoscimento e la tutela della *voluntas defuncti* assume un rilievo decisivo. L'esigenza è quella di garantire efficacia a una volontà – come già detto – irrevocabile; ciò impone necessariamente di interrogarsi sui meccanismi attraverso i quali l'ordinamento ne assicura l'attuazione<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. i contributi raccolti in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008.

<sup>25</sup> Cfr. C.A. CANNATA, voce *Pugliese Giovanni*, in *DBI*, LXXXV (*Ponzone-Quercia*), Roma, 2016, nonché ID., *Giovanni Pugliese a dieci anni dalla sua scomparsa*, in *RAL*, IX<sup>a</sup> ser., XVII, fasc. 4, Roma, 2006, ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino, 2012, 601 ss.

<sup>26</sup> Paradigmatica in questo senso è l'ipotesi della volontà negoziale determinata dell'*error*, su cui, tra i molti, v. P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937; W. FLUME, *Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht*, in *Festschrift für F. Schulz*, I, Weimar, 1951, 209 ss.; U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961. Più di recente, v. M. SCHERMAIER, *L'errore nella storia del diritto*, in *Roma e America*, XXIV, 2007, 185 ss.; R. FERCIA, *L'exceptio in factum ad impugnandam actionem a favore dell'error*

Uno studio specificamente dedicato alla volontà nel testamento ci è parso quindi fondamentale per delineare la portata di questo ‘adagio’, caposaldo del nostro pensiero giuridico, del ‘volere che si fa norma’.

Tenendo ferme queste brevi considerazioni preliminari e muovendo nella direzione tracciata con chiarezza da Sara Galeotti, la riflessione può articolarsi lungo un duplice versante. Da un lato, vi è la considerazione secondo la quale la volontà assume rilievo in stretta connessione con la forma attraverso cui si manifesta, tale per cui la volontà è demandata alla ‘posizione del fatto’; un fatto dal quale dipende il costituirsi, il modificarsi o l’estinguersi di un rapporto giuridico e che, per dirla con le parole di Mario Allara, ne determina e al tempo stesso ne guida le vicende<sup>27</sup>. Dall’altro lato, emerge la capacità ‘dispositiva’ della volontà a favore di ‘chi resta’ dopo la morte.

All’interno di questa cornice trovano spazio alcune suggestioni volte – a mio parere – ad arricchire il discorso sulla volontà.

In particolare, Roberto Calvo, in un recente volume intitolato ‘Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti *post mortem*’ torna ad affrontare il dibattuto problema riguardante i punti di contatto che vi possono essere tra la disciplina del contratto e quella del testamento, ritenendo che «le connessioni di cui stiamo parlando rivitalizzano il testamento, permettendo all’individuo *compos sui* di consegnare al negozio di ultima volontà le determinazioni che, distaccandosi dal progetto di riparto del *quod superest*, custodiscono il germoglio dei rapporti contrattuali destinati a sbocciare dopo la morte dell’ereditando. Il testamento diventa quindi una sorta di tronco che consente al contratto di ramificare da esso»<sup>28</sup>.

Tale visione – e con essa, gli studi svolti, già a partire dalla seconda metà del Novecento, in argomento – ben si armonizza con il proponimento dell’essere umano di far sopravvivere la volizione (frutto di emozioni, esperienze, passioni, tensioni emotive, affetti), rivestita dalla forma imposta dalla legge allo scopo di garantirne l’autenticità, alla precarietà e transitorietà della vita terrena. Tale impostazione può essere così riassunta: il testamento sopravvive alla persona e, al contempo, il diritto, garantendo il testamento, garantisce una volontà che ‘s’infutura’, per cui appare fondamentale l’aspetto della sua tutela. Ebbene, mi sembra che questa ‘suggestione del contemporaneo’ insista su un aspetto inerente al tema della volontà negoziale e, in specie, sui ‘punti di contatto’ tra contratto e

*lapsus*, in ‘Ignorantia vel facti vel iuris est. L’errore fra passato e presente (Atti del convegno di Trento 16-17 maggio 2022)’, a cura di S. Di Maria, G. Santucci, Napoli, 2023, 21 ss.

<sup>27</sup> M. ALLARA, *Pagine di teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Milano, 1983.

<sup>28</sup> R. CALVO, *Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti ‘post mortem’*, Napoli, 2025, 10.

testamento anche nell'esperienza giuridica romana; punti che rinvergono nella 'capacità espansiva' della *voluntas* privata il denominatore comune.

Centrale è dunque il problema di ricostruzione della *voluntas*<sup>29</sup>.

La prospettiva qui delineata trova un significativo momento di convergenza con il contributo di Michele Pedone, che si incentra sul testamento come 'creatura fragile', in un'ottica di un raffronto tra distinti paradigmi di normatività della *voluntas testatoris*<sup>30</sup>. Con specifico riguardo ai contenuti dell'atto testamentario segue il contributo di Alessandro Cassarino, che rimarca la 'discrasia potenziale' sottesa al binomio *voluntas-scriptum*<sup>31</sup>, nonché quello di Sara Galeotti, che torna sul problema di interpretazione della *voluntas testatoris* a partire dalla celebre *causa Curiana*<sup>32</sup>. All'interno di quella peculiare forma negoziale rappresentata dall'atto testamentario si pongono 'forme attributive' il cui significato è, volta per volta, da ricostruire: si segnalano i contributi di Fabiana Tuccillo, la quale si pone sulle 'tracce della *destinatio patris familias*'<sup>33</sup>; di Elena Marelli, che insiste sull'interpretazione della disposizione testamentaria che istituisce un soggetto erede in relazione a una *res certa*<sup>34</sup>; di Francesca Pulitanò nel suo scritto dedicato all'istituzione di erede e alla diseredazione<sup>35</sup>; di Pierangelo Buongiorno, che indaga il tema della volontà all'interno di un testo epigrafico di notevole rilevanza<sup>36</sup>; di Costanza Indiveri in tema di *voluntas testandi* dell'infermo mentale nei lucidi intervalli in una prospettiva diacronica<sup>37</sup>; infine, di Vincenzo Mannino, il quale offre una raffinata sintesi dei contenuti complessivi, in dialogo con l'introduzione<sup>38</sup>.

<sup>29</sup> Fondamentale in una prospettiva di interpretazione dell'atto negoziale è il lavoro di G. GANDOLFI, *Sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966. V. anche P. VOCI, voce *Interpretazione del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 252 ss. Con specifico riferimento all'ambito *mortis causa*, v. C.A. MASCHI, *Studio sull'interpretazione dei legati. 'Verba' e 'voluntas'*, Milano, 1938.

<sup>30</sup> V., in questo volume, il saggio *'Voluntas' testamentaria, formalismo, segretezza e normatività*.

<sup>31</sup> V., in questo volume, il saggio *Conoscibilità e segretezza dei contenuti del testamento nella prospettiva di una divergenza tra 'voluntas' e 'scriptum'. Qualche annotazione a margine dei dati delle fonti giurisprudenziali e letterarie*.

<sup>32</sup> V., in questo volume, il saggio *Oltre le parole. L'interpretazione della 'voluntas testatoris' nell'esempio della 'causa Curiana'*.

<sup>33</sup> V., in questo volume, il saggio *'Voluntas' e servitù. Sulle tracce della 'destinatio patris familias'*.

<sup>34</sup> V., in questo volume, il saggio *'Voluntas' e istituzione d'erede: le 'res certae'*.

<sup>35</sup> V., in questo volume, il saggio *'Voluntas', istituzione di erede e diseredazione*.

<sup>36</sup> V., in questo volume, il saggio *'Contra boluntatem'. Nota in margine ad AE 2016, 589*.

<sup>37</sup> V., in questo volume, il saggio *La 'voluntas testandi' dell'infermo mentale nei lucidi intervalli: una prospettiva storico-comparatistica*.

<sup>38</sup> V., in questo volume, il saggio *Divagazioni intorno al tema dell'ultima volontà*.

Mi sia consentito, infine, ringraziare chi ha permesso lo svolgimento di questa iniziativa. Innanzitutto, l'Istituto Italiano di Studi Germanici, che ha finanziato l'evento nell'ambito del progetto dedicato al volere normativo, di cui è referente scientifico il professor Tommaso dalla Massara; l'amica e collega professoressa Sara Galeotti, per il suo affetto costante che va oltre l'occasione qui oggetto di presentazione; tutti i relatori intervenuti che, fin da subito, hanno accolto con entusiasmo l'invito a partecipare; i Professori Patrizia Giunti, Vincenzo Mannino e Gianni Santucci che si sono resi disponibili a guidare la discussione e a concludere i lavori; i Professori Emanuela Calore, Sabrina Di Maria, Paola Pasquino, Federico Procchi, Silvia Schiavo, i quali, unitamente ai colleghi già menzionati, hanno generosamente aderito alla proposta di far parte del Comitato Scientifico dei Workshop della 'Biblioteca Giovanni Pugliese'; la dott.ssa Lavinia Manieri, che ha supportato la riuscita dell'evento.

MARTA BEGHINI



Michele Pedone

*‘Voluntas’ testamentaria, formalismo,  
segretezza e normatività*

SOMMARIO: 1. Alcune osservazioni introduttive – 2. La volontà tra libera sostanza, vincoli di forma e controllo sociale – 3. La normatività della ‘voluntas’ testamentaria tra pubblico e privato – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Alcune osservazioni introduttive*

Ogni discorso odierno sul volontarismo giuridico nel diritto privato può essere considerato come un dialogo con Savigny (e ovviamente con i grandi giuristi successivi, il cui pensiero si è più o meno espressamente sedimentato, in una serie di stratificazioni, su quello di Savigny)<sup>1</sup>. Che si guardi al tema della volontà testamentaria nell’ottica positiva del negozio giuridico o in quella negativa dell’autonomia privata, il testamento è oggi per noi un luogo di volontà. Addirittura, in una certa prospettiva savigniana, si potrebbe essere tentati di considerarlo il luogo privilegiato della volontà: se la volontà negoziale si sostanzia in uno scambio (*Umsetzung*) entro il quale si verifica l’atto di disposizione di una porzione della propria libertà (e cioè del proprio *poter volere*), per così realizzare un risultato giuridico conforme all’assetto di interessi desiderato, il testamento sarebbe – tra i negozi del diritto privato – quello in cui più di ogni altro il volere è meno costretto. Questo perché, per esempio, nel nostro ordinamento il testamento deve essere alieno alla dimensione dello scambio; il divieto dei patti successori esalta l’unilateralità del supremo atto di volontà, e ciò dovrebbe amplificare in capo al testatore il potere di adattare liberamente il testamento al proprio ‘vero’ volere, in ogni momento della propria esistenza. I principi cardine della revocabilità e modificabilità del testamento, in quest’ottica, fanno di quest’ultimo il regno della signoria della volontà, financo (se non fosse per alcuni, notissimi, limiti imposti positivamente dall’ordinamento) del

---

<sup>1</sup> Si veda, per non citare che il più recente contributo sul tema, M. SPANÒ, *Ipotesi e materiali per una storia giuridica del volontarismo*, in *Il volere che si fa norma. Quaderno primo. Dialoghi tra giuristi e filosofi*, a cura di T. dalla Massara e G. Rametta, Bologna, 2024, 15 ss.

capriccio del testatore.

A questo punto, la domanda che allo storico del diritto, e in particolare al romanista, oggi più spesso si pone è: ma quanto di tutto questo viene dal diritto romano, quanto di tutto questo effettivamente sussiste a causa del diritto romano dei Romani? La domanda come sempre non è oziosa, tanto più che la cultura contemporanea, cogliendo l'enorme impatto che sulla struttura della società occidentale ha avuto – nelle sue varie stratificazioni storiche – il diritto romano, mostra nei confronti di quest'ultimo un vivissimo interesse<sup>2</sup>. E ciò rende ancora più pregnante la missione dello specialista del diritto romano, perché quest'ultimo – come scriveva Arangio Ruiz e di recente ha ricordato il compianto Cosimo Cascione<sup>3</sup> – «è uno strumento delicato, e soltanto chi ne conosca tutte le magagne può evitare di esserne sopraffatto<sup>4</sup>». Ecco allora che, per tanti volenterosi sapienti del tempo in atto, lo *ius* dei Romani rischia di diventare – si perdoni la banale metafora – una sorta di speciale supermercato, una *boutique* dove recarsi occasionalmente per procurarsi quell'ingrediente particolare che difficilmente si trova nella grande distribuzione e che colpisce per la sua esotica raffinatezza.

Ci si intenda: il romanista deve, con sincera gratitudine, rallegrarsi che i più fini pensatori della postmodernità abbiano riscoperto la gravidanza degli archetipi del diritto romano all'interno del codice genetico della nostra cultura e della nostra tecnica. Il punto è che il diritto romano, se non attentamente governato o depurato delle sue millenarie stratificazioni, può trasformarsi in una macchina mitologica<sup>5</sup>, in un dispositivo della fabbricazione del mito, di ciò che per definizione non è verità, ma che al più può avere un tanto suggestivo quanto remoto, vago e – se non riconosciuto – pericoloso fondo di verità (che è cosa diversa dalla verità). Il diritto romano, mal digerito o mal impiegato, rischia di divenire un tesoretto di isolati brocardi cui il latino conferisce, oltre al gusto della colta *trouvaille*, un manto di pretesa autorità, perfetta per tentare di supportare e nobilitare anche la tesi più strampalata. Per esempio, chi volesse sostenere che il testamento è il luogo per antonomasia della volontà sin dal diritto romano avrebbe buon gioco a farlo, allegando il potere che il testatore ebbe, in linea

---

<sup>2</sup> Si pensi *e.g.* al recupero degli studi di Johann J. Bachofen sul matriarcato nel contesto della riflessione sul genere, o dell'influenza di Yan Thomas sulle opere di Derrida e di Agamben.

<sup>3</sup> G. CASCIONE, *Tre papiri processuali*, in *Index*, XLIX, 2021, 425.

<sup>4</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Epigrafia cirenaica e il diritto pubblico dell'antichità*, in *Atti del Primo Congresso di Studi Coloniali*, Firenze, 1931, 16, ora in *Studi Epigrafici e Papirologici*, Napoli, 1974, 54.

<sup>5</sup> Per il concetto v. F. JESI, *Mito*, Milano, 1989, 105 ss.

di principio e per tanta parte dell'esperienza giuridica romana, di diseredare perfino i figli, di disporre in modo libero per fedecommesso, di fare e disfare secondo il proprio arbitrio. E in questa impresa potrebbe – peraltro – avvalersi di citazioni dai più autorevoli giuristi romani, come *latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandæ, ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*<sup>6</sup>, e *in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur*<sup>8</sup>.

Di fronte a un simile scenario, lo studioso del diritto romano deve essere un maestro del sospetto<sup>9</sup>, riportare il dibattito un passo indietro facendolo ripartire dalle fonti, confrontarsi con una bibliografia ultramillenaria, e per tali vie destrutturare il mito. La vocazione del romanista dovrebbe essere, in tale contesto, quella di separare dal mito la componente meramente leggendaria e far riemergere la storia, producendo una vestita narrazione del nudo fatto e per tal via riconducendo il discorso il più vicino possibile al noumeno affascinante e irraggiungibile della verità (quella che il padre nobile della storiografia contemporanea, Marc Bloch, *dilexit*).

Va da sé che il tema del rapporto tra normatività e volontà testamentaria può essere esaminato da una molteplicità di prospettive e richiederebbe, per essere esaustivamente trattato, un'indagine ad ampio spettro, le cui dimensioni sono più prossime a quelle di una bibliografia che a quelle di una monografia. Nell'economia dello spazio che occupa in questo laboratorio di ricerca congiunta, questo breve contributo si limiterà a procedere selettivamente per carotaggi e, richiamando *en passant* alcuni celebri testi, intende, piuttosto che svolgerne una compiuta esegesi, problematizzarne i contorni nell'ottica di un raffronto tra distinti paradigmi di normatività della *voluntas testatoris*.

## 2. La volontà tra libera sostanza, vincoli di forma e controllo sociale

Nell'affrontare il problema della volontà testamentaria che si fa norma, ineludibile appare il problema del rapporto tra il diamante allo stato grezzo che è la libera volontà del testatore, e il nutrito complesso di limiti estrinseci che già l'ordinamento giuridico romano arcaico imponeva all'espres-

---

<sup>6</sup> Pomp. 5 *ad Q. Muc.* D. 50.16.120; v. oltre, § 3.

<sup>7</sup> Ulp. 33 *ad Sab.* D. 34.4.4.

<sup>8</sup> Paul. 3 *ad Sab.* D. 50.17.12.

<sup>9</sup> Per il concetto v. P. RICOEUR, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, 1965.

sione della medesima. L'ultima volontà, per potersi fare norma, richiedeva innanzitutto di essere associata a una serie di presupposti che fungevano da barriera alla possibilità di disporre per testamento. Tali requisiti si devono dare per conosciuti nella loro sostanza e qui non possono che essere richiamati in modo cursorio.

In primo luogo, la *testamenti factio* cd. attiva. I moderni interpreti del diritto romano insistono, a tal riguardo, sulla combinazione di capacità naturale (elemento che esalta la volontarietà profonda dell'atto dispositivo) e capacità giuridica; la perdita di quest'ultima – talora conseguente a un trattamento sanzionatorio, talora allo sfortunato accidente della *captivitas* – era idonea a caducare la *voluntas* del defunto, pur compiutamente e ritualmente espressa in origine (salvi i noti temperamenti introdotti, con l'approvazione della *lex Cornelia*, in favore del testamento del cittadino caduto in prigionia<sup>10</sup>).

Poi, alla volontà di disporre liberamente per testamento era imposta tutta una congerie di elementi ulteriori, inerenti al procedimento di confezione del testamento. Si tratta di prescrizioni che costringono il testatore ad attenersi ad alcuni vincoli formali, che si atteggiano in maniera diversa nel corso della lunga storia dell'esperienza giuridica romana. La nostra principale – se non unica – fonte sui più antichi tra questi vincoli è, come noto, Gaio. In Gai 2.101<sup>11</sup> il giurista antoniniano si concede un breve *excursus* storico sulle prime tipologie di testamento in uso a Roma, e appunto ci ragguaglia sull'esistenza del *testamentum calatis comitiis* e di quello *in procinctu*. Amplicissimi squarci delle relative vicende – l'origine di tali forme testamentarie, quali comizi fossero coinvolti, chi potesse parteciparvi (se tutti i partecipanti al comizio potessero testare o solo quelli senza eredi propri), quali tipologie di disposizioni fossero ammesse, la durata e la revocabilità di tali atti fintantoché il testatore fosse rimasto in vita, ecc. – rimangono coperti dal cono d'ombra del silenzio delle fonti primarie. Gli unici punti fermi che, a prestar fede a Gaio, sembrerebbe di poter ricavare sono la natura pubblica del procedimento, al quale partecipava l'assemblea popolare o l'esercito schierato (seppur, per quest'ultimo caso, non risulti chiaro se all'atto come testimone dovesse prender parte tutto l'esercito, parte di esso o solo un piccolo numero di commilitoni); la puntualità

<sup>10</sup> V. per tutti H.J. WOLFF, *The 'Lex Cornelia de Captivis' and the Roman Law of Succession*, in *TR*, XVII, 1941, 136 ss.

<sup>11</sup> *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

delle circostanze di tempo e luogo in cui si poteva testare, dal momento che le tempistiche di convocazione del comizio *testandi gratia* non erano certo rimesse all'iniziativa del disponente<sup>12</sup> e che la partecipazione a eventi bellici – per quanto frequenti essi fossero nell'antichità romana – sfuggiva evidentemente a logiche di prevedibilità<sup>13</sup>.

Passando all'età decemvirale, è cosa nota che il versetto Tab. 5.3<sup>14</sup> viene considerato come un punto di riferimento fondamentale in merito alla possibilità per il *pater familias* di trasferire propri diritti con *mancipatio familiae*, l'atto che – sempre stando a Gaio – avrebbe fornito il dispositivo di trasmissione della proprietà sotteso al *tertium genus testamenti*, quello *per aes et libram*<sup>15</sup>. È appena il caso di notare che, anche per questa fase storica, su tanti aspetti – anche essenziali – gli elementi traditi dalle fonti sono ben pochi, e su molti di essi non c'è unità di vedute in dottrina, con tesi disparate, ciascuna delle quali suffragata da argomenti non futili<sup>16</sup>. Sia che il ver-

<sup>12</sup> L'opinione più diffusa è che il *comitium* fosse convocato due volte l'anno: T. RÜFNER, *Testamentary Formalities in Roman Law*, in *Comparative Succession Law*, I, a cura di K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford, 2011, 3.

<sup>13</sup> Una panoramica sulle forme testamentarie arcaiche in C.M.A. RINOLFI, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant ... aut in procinctu*, Torino, 2020.

<sup>14</sup> *Uti legassit [super pecunia tutelave] suae rei, ita ius esto*. Per la ricostruzione testuale qui accolta v. M.F. CURSI, *La 'mancipatio' e la 'mancipatio familiae'*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, I, a cura di M.F. Cursi, Napoli, 2018, 357 e M. HUMBERT, *La loi des XII tables Édition et commentaire*, Rome, 2018, 183 ss. Per una discussione critica dettagliata del testo del versetto e sul relativo dibattito v. D. DI OTTAVIO, *Uti legassit ... ita ius esto. Alle radici della successione testamentaria in diritto romano*, Napoli, 2016. Una diversa ricostruzione è proposta da B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5.3 ('Uti legassit...', ita ius esto)*, in *AUPA*, XLV.1, 1998, 33 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Torino, 2006, 505 ss.

<sup>15</sup> In dettaglio sul rapporto tra *mancipatio familiae* e *testamentum per aes et libram* v. F. TERRANOVA, *Ricerche sul 'testamentum per aes et libram'*, I. *Ruolo del 'familiae emptor' (con particolare riferimento al formulario del testamento librato)*, Torino, 2011. A tali istituti nella prospettiva delle 'situazioni affidanti' ha recentissimamente guardato, in questa Serie, F. BERTOLDI, *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà*, Roma, 2025, 31 ss. In senso assolutamente critico rispetto a questa ricostruzione v. M. HUMBERT, *La loi*, cit., 191 ss., il quale ritiene che la norma fosse originariamente dettata con riguardo al testamento comiziale.

<sup>16</sup> In particolare, assai discussa è la cronologia dell'insorgenza della *mancipatio familiae* rispetto alla legislazione decemvirale e alla tipizzazione del *testamentum per aes et libram*. F. TERRANOVA (*Ricerche* cit., in specie 265 ss.) ne sostiene l'emersione già in età predecemvirale, almeno nei suoi elementi archetipici essenziali. A un'evoluzione che parte dalla *mancipatio familiae* di età decemvirale e si consolida attorno al II sec. a.C. pensa M. AVENARIUS, *'Ordo testamenti'. Pflichtdenken, Familienverfassung und Gemeinschaftsbezug im römischen Testamentsrecht*, Tübingen, 2024, 102. V. anche oltre, ntt. 30, 31, 32.

setto decemvirale recepisca una prassi già accettata, sia che abbia elementi innovativi, ciò che sembra potersi dire con buona certezza è che con la metà del V sec. a.C. si assiste a un impiego strumentale della *mancipatio* al fine di consentire al *mancipio dans* di disporre di proprie *res* per il tempo successivo alla propria morte, tramite l'espedito della vendita fiduciaria in favore dell'*accipiens* alla presenza del portatore di bilancia e dei testimoni. Se e come tale atto – formalmente *inter vivos*, sostanzialmente *mortis causa* – si coniughi con le due preesistenti forme di testamento è oggetto di più o meno persuasive speculazioni, che risentono delle enormi incertezze sulla configurazione dei *duo genera quae ab initio fuerunt*. Ma una cosa sembra sicura: le XII tavole riconoscono o attribuiscono un valore normativo (*ius esto*) alla *voluntas* del *mancipio dans*, consentendogli almeno in una certa misura di fissare un assetto di interessi tramite un atto che – a differenza di quanto accadeva con le ricordate forme testamentarie arcaiche di cui in Gai 2.101 – si svolge tra privati. Non è chiaro se il disposto decemvirale sancisca la validità e l'efficacia del solo trasferimento al *mancipio accipiens* (come si potrebbe forse argomentare a partire dal parallelo con l'omologa norma sul *nexum*<sup>17</sup>), rimettendo al piano etico-valoriale della *fides* l'assolvimento dell'incarico da costui assunto, o se attribuisse già *ab origine* tutela giudiziale e coercibile al beneficiario individuato nella *lex mancipii*, portando sul piano dello *ius* – e quindi della norma propriamente detta – l'efficacia della *suprema voluntas* del *mancipio dans*<sup>18</sup>. Del resto, è impossibile (se non ozioso) discutere dell'originario intento normativo sotteso a Tab. 5.3 fintantoché non si abbia conoscenza di un dato che rimane, invece, ignoto, e cioè il momento in cui è emersa la clausola di istituzione di erede nella *mancipatio familiae*; e ogni riflessione su questo punto ha come necessario postulato logico il vero arcano del diritto arcaico delle successioni, e cioè il tempo in cui giunse a maturazione il concetto, l'idea 'astratta' di *hereditas / familia* come complesso di beni di cui si potesse disporre in blocco<sup>19</sup>.

Questo processo, sia come sia, può considerarsi giunto a termine nel momento in cui la *mancipatio* assunse in modo compiuto i connotati di *mancipatio familiae* (e dunque dell'universalità di diritti trasmissibili) e si tipizzò a tutti gli effetti in un testamento in senso traslato: non solo atto che si doveva svolgere di fronte a testimoni, ma disposizione universale *mortis*

<sup>17</sup> Tab. 6.1, su cui v. R. CARDILLI, *Il 'nexum' e l'oportere' nelle XII tavole*, in *'XII tabulae'*, I, cit., 401 ss.

<sup>18</sup> In tema v. ancora F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., *passim* e in specie 257 ss., con ampia panoramica bibliografica del dibattito storiografico sul punto.

<sup>19</sup> B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, XX, 1949, 424 ss.; ancora, F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 216.

*causa*, in cui il ruolo del *familiae emptor* diveniva effettivamente simbolico (*propter veteris iuris imitationem*<sup>20</sup>), astrattamente assimilabile a quello dell'odierno esecutore testamentario. L'evoluzione in parola è certamente già avvenuta al momento dell'approvazione della *lex Furia testamentaria* (204-169 a.C.<sup>21</sup>). Ad ogni modo, nel corso di tutto quanto il percorso storico fin qui riepilogato, il segno *testamentum* rimase pienamente aderente anche al proprio senso originario, poiché colui che intendeva disporre dei propri beni necessitava – al fine di ottenere l'effetto giuridico – della partecipazione formale di cinque altri soggetti convocati specificamente *ad testandum*<sup>22</sup>, cui si aggiungevano il *libripens* e soprattutto il *familiae emptor*, che – pur formalmente – doveva sommare la propria volontà a quella del *mancipio dans*, facendo in modo che l'atto complesso potesse validamente concludersi. Insomma, ne risulta un quadro in cui non sembra che il testatore potesse decidere di manifestare in modo estemporaneo la propria volontà affinché essa si facesse norma e gli sopravvivesse con l'ausilio del diritto.

Oltre alla presenza di un pubblico di testimoni e del *familiae emptor*, il testamento richiedeva l'osservanza di altri requisiti formali, che irreggimentavano lo spazio della volontà individuale entro i canali di una tipizzazione fissata dallo *ius civile* sul piano precettivo. Ci si riferisce qui all'emersione dei ben noti elementi formulari e sostanziali prescritti per la validità del testamento<sup>23</sup>: la necessità di far principiare gli atti dispositivi con l'istituzione di erede, *caput et fundamentum ... totius testamenti* (Gai 2.229); l'onere, per il testatore, di istituire o diseredare i *sui*; l'obbligo di pronunciare *certa verba*, clausole letterali rigidamente prestabilite ai fini dell'efficacia delle varie disposizioni, e così via.

Una parte di questi stretti vincoli sarà superata, tra gli ultimi secoli della repubblica e i primi del principato, grazie a una serie di evoluzioni

---

<sup>20</sup> Gai 2.103.

<sup>21</sup> Per la datazione ci si rifà a G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, 282 s., ancora seguito anche da D. MANTOVANI, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, a cura di J.-L. Ferrary, Pavia, 2012, 730 e M. AVENARIUS, *'Ordo'*, cit., 278 s.

<sup>22</sup> Ulp. 2 *ad Sab.* D. 28.1.21.2: *In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet. quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorientur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.* V. e.g. G.G. ARCHI, *Oralità e scrittura nel 'testamentum per aes et libram'*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, IV, Milano, 1956, 315.

<sup>23</sup> Per una visione d'insieme sull'argomento v. T. RÜFNER, *Testamentary Formalities*, cit., 1 ss.

introdotte dal diritto pretorio<sup>24</sup>, dalla giurisprudenza in modo diretto<sup>25</sup> e tramite la sua influenza sulla legislazione imperiale, come per il caso del riconoscimento augusteo del valore di codicilli e fedecommissi<sup>26</sup> o del superamento adrianeo della rigida distinzione formale tra legati e prelegati<sup>27</sup>. Quasi certamente alla giurisprudenza repubblicana si deve, peraltro, una delle più longeve trasformazioni del negozio testamentario, e cioè la trasposizione del contenuto in *tabulae* scritte, cui si rinviava mediante il noto espediente – sempre ricordato da Gaio<sup>28</sup> – della menzione della presenza materiale delle medesime all'interno della rituale *nuncupatio* pronunciata dal *mancipio dans*. La progressiva affermazione del testamento scritto sarebbe, nel corso del tempo, stata agevolata dal diritto pretorio e in definitiva da un rescritto di Antonino Pio (citato da Gai 2.120): all'esito di questo percorso, purché sussistessero le tavole scritte e sigillate da sette testimoni, colui che ivi fosse stato designato come erede avrebbe potuto richiedere e ottenere – con preferenza rispetto all'erede civile *ab intestato* – il possesso dei beni ereditari, pur in assenza di requisiti fissati dallo *ius civile* per il *testamentum per aes et libram* (come, appunto, la pronuncia della formula nuncupativa o la *mancipatio familiae*).

L'abbondante documentazione disponibile<sup>29</sup> ragguaglia sul fatto che per lungo tempo l'affermazione del testamento librato non fece venir meno la rigida struttura dell'atto: la sequenza e tipologia delle disposizioni, così come l'impiego delle relative formule, poté semplicemente transitare dal piano della compiuta manifestazione orale a quello del documento.

La scrittura – che per certi versi potrebbe sembrare ininfluenza nell'esame dello spazio concesso alla volontà testamentaria – interseca il tema della libertà della *suprema voluntas* in almeno due punti.

<sup>24</sup> T. RÜFNER, *Testamentary Formalities*, cit., 6 ss.

<sup>25</sup> Sul punto, v. e.g. M. AVENARIUS, *Formularpraxis römischer Urkundenschreiber und ordo scripturae im Spiegel testamentsrechtlicher Dogmatik*, in *'Ars iuris'. Festschrift für O. Behrends zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl, C. Möller, Göttingen, 2009, 27 ss.

<sup>26</sup> Il noto parere di Trebazio Testa e altri giuristi ad Augusto è riportato da I. 2.25 pr.; per una recentissima e sintetica panoramica v. F. BERTOLDI, *Le situazioni*, cit., 45 ss.

<sup>27</sup> Il percorso che, tramite la giurisprudenza proculiana e l'intervento di Adriano, porta alla liceità del suo impiego anche a beneficio di soggetti diversi dagli eredi è descritto in Gai 2.216-221.

<sup>28</sup> Gai 2.104.

<sup>29</sup> M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze, 1966; L. MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto*, Torino, 1988; M. NOWAK, *Wills in the Roman Empire*, Warsaw, 2015; da ultimo, L. COLELLA, *I testamenti dei cittadini romani d'Egitto tra storia sociale e prassi giuridica*, Wiesbaden, 2024.

Il primo punto è quello della segretezza. Guardando retrospettivamente al diritto romano si insiste spesso sulla *latissima potestas* del testatore, sottolineando la sua facoltà di disporre istituzioni di erede e diseredazioni, legati (e, dall'età augustea, fedecommissi), condizioni e oneri, sostituzioni pupillari, tutela delle donne e degli impuberi, manomissioni. A grandi poteri, tuttavia, corrispondevano anche grandi responsabilità (sociali), perché fino all'introduzione del testamento pretorio era richiesto di esprimere la *voluntas* in una dichiarazione orale palese (davanti a tutto il popolo, nel *testamentum calatis comitiis*; all'esercito, nel *testamentum in procinctu*; ai testimoni, al *libripens* e al *familiae emptor* nella *mancipatio familiae*). Per la sensibilità del giurista contemporaneo è di tutta evidenza quanto l'impossibilità di disporre in segretezza potesse influenzare, e in una certa misura anche coartare, la *voluntas* del testatore, il quale – pur avendo, in punto di diritto, un'amplissima discrezionalità – per i primi secoli dell'esperienza giuridica romana doveva fronteggiare un penetrante controllo sociale sulle sue decisioni su come disporre del proprio patrimonio e della propria famiglia.

Il secondo punto è quello della revocabilità del testamento. Si è discusso, ancora in tempi recenti, sulla revocabilità della *mancipatio familiae*, con esiti interpretativi differenziati in base al fatto che si voglia sostenere l'efficacia immediata o differita del trasferimento dei diritti del *mancipio dans*<sup>30</sup>, e la necessità (o meno) della partecipazione del *familiae emptor*, con la sua propria volontà, allo smantellamento dell'assetto fissato nella precedente *mancipatio*. A prescindere dalla posizione che si voglia assumere a tal riguardo, l'affermazione della *bonorum possessio secundum tabulas*, nel momento in cui sottrae i contenuti dispositivi di ultima volontà alla necessità di essere pronunciati in presenza dei testimoni, estromette questi ultimi anche dal partecipare con la loro *scientia* alle decisioni del testatore. Il contributo dei testimoni passa da quello di prestare memoria alle scelte di ultima volontà del testatore a quello di riconoscere la materialità delle *tabulae*, alle quali hanno apposto i propri sigilli e le proprie *subscriptiones*. Ciò ha un portato evidente con riguardo alla facoltà di revoca in capo al disponente, il quale – volendo invalidare le proprie precedenti risoluzioni – poteva limitarsi a distruggere le *tabulae* o ad alterarne materialmente i contenuti, facendo nascere una complessa casistica giurisprudenziale sull'interpretazione delle condotte del testatore che, in tutto o in parte, determinino sul piano materiale la modifica o il perimento delle tavole. E il *discrimen* che la giurisprudenza classica e la cancelleria imperiale prenderà a propria guida a tal riguardo sarà, proprio, la *voluntas* ablativa del testatore, e quindi

---

<sup>30</sup> Sul dibattito, v. in dettaglio F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 276 ss.

il fatto che le *tabulae* siano state modificate o distrutte *consulto* o *inconsulto*.

Parallelamente, come si è già accennato, giurisprudenza e decisioni dei principi concorrono al superamento di altri vincoli formali legati all'originaria solennità del testamento. Ulpiano afferma, forse sulla scorta di giuristi più antichi, la libertà di scelta del supporto scrittorio (D. 37.11.1), originariamente soggetto alla forma delle *tabulae* cerate (Gai 2.104<sup>31</sup>). Alessandro Severo, come si desume da *SPP* XX 35, aprì definitivamente la via ai testamenti in greco. Con Costantino (C. 6.23.15), poi, si arriverà a un ulteriore apprezzamento della *voluntas* del testatore e alla relativa liberazione dalle formalità testamentarie, aprendo definitivamente la via a una più aperta e piena espressione dei supremi voti del disponente. Da qui è una strada in discesa verso l'adozione, in età tardoantica, di modelli pressoché liberi da forme e testimoni, come il testamento *inter liberos* (Nov. Theod. 16.5 e Nov. 107) e il testamento olografo vero e proprio (Nov. Val. 21).

### 3. La normatività della 'voluntas' testamentaria tra pubblico e privato

Si è qui voluta ripercorrere, seppure per sommi capi, una vicenda che è, nelle sue linee di fondo, a tutti nota e da tutti condivisa. Lo scopo di questa rapida rassegna è quello di mostrare come tale sviluppo possa, al netto dell'inevitabile e strutturale incidentalità dei singoli fatti storici che la compongono, essere letto come una parabola. Essa descrive la discendenza e al contempo il progressivo allontanamento da un archetipo di normatività che apparteneva a quello che i Romani chiamavano *ius civile*, ma che ha molto meno da spartire con quello che oggi si chiama 'diritto privato'. In altri termini, nel volgere indietro verso l'esperienza giuridica romana lo sguardo sul tema della volontà testamentaria che si fa norma, emergono elementi specifici che impongono di deporre – o per lo meno di decostruire con cautela – il paradigma negoziale di ascendenza savigniana, che porterebbe a vedere nel testamento un luogo in cui si esprime pienamente un potere nomopoietico tra privati, che riposa e si fonda sulla volontà dell'individuo<sup>32</sup>. Infatti, benché a partire dall'età repubblicana vada gradualmente

<sup>31</sup> M. AVENARIUS, *Die 'tabulae ceraeve' des klassischen Manzipationstestaments als Archaismus*, in *Iura*, LX, 2012, 201 ss.; ancor più di recente sul tema C. MASI DORIA, *Dal testamento di Pomponius Maximus: prospettive del diritto ereditario tardo antico*, in *Klauselgestaltungen in Römischen Testamenten*, herausgegeben von L. Isola, Berlin, 2022, 164 s.

<sup>32</sup> Si condivide qui la cauta opzione terminologica fatta propria da F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit. 40, sulla scorta dell'opinione espressa da R. SANTORO (*Potere ed azione nell'antico*

emergendo un modello testamentario che presenta alcune caratteristiche distintive del *Rechtsgeschäft* (manifestazione di volontà, legata a una causa tipica e orientata alla creazione di una norma, che determini effetti conformi all'assetto voluto dall'autore dell'atto), il meccanismo del dispositivo di produzione di diritto sotteso a tale concetto di testamento trae vigore non dalla privata *potestas* del *pater* che decide della sua *familia*, ma da una dimensione del potere giuridico che è in tutto e del tutto pubblica: pubblici sono i contesti, i cerimoniali, i requisiti formali, i presupposti che informano la genesi del testamento romano.

Questo carattere di originaria pubblicità non si evidenzia solo nei caratteri propri delle forme testamentarie arcaiche (*calatis comitiis* e *in procinctu*), di cui è autoevidente la dimensione pubblica. Esso si manifesta, negli scritti dei giuristi di età antonina o severiana, in tutta una serie di punti nodali della struttura dell'atto di ultima volontà, per come essa appare dalla compilazione giustiniana. Senza alcuna pretesa di esaustività e procedendo solo per esempi, si pensi a quanto afferma Papiniano a proposito della capacità di fare testamento:

Pap. 14 *quaest.* D. 28.1.3: *Testamenti factio non privati, sed publici iuris est.*

Il fondamento pubblico della dinamica successoria è più problematicamente espresso da una coppia di testi gaiani: l'uno proviene dall'attestazione nelle *Institutiones* della formula della *mancipatio familiae* recitata dal *familiae emptor*; l'altro, tratto dal commentario all'editto provinciale, si occupa di inquadrare le fonti del diritto su cui si fonda, a metà del II sec. d.C., il sistema ereditario romano:

Gai 2.104: ... *in qua re his verbis familiae emptor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandatela custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam etc.*<sup>33</sup>

---

diritto romano, in *AUPA*, XXX, 1967, 274 ss., nt. 2) in merito all'opportunità di impiegare *sic et simpliciter* il segno 'negozio giuridico' in proposito della *mancipatio* (e quindi con riferimento alla *mancipatio familiae*).

<sup>33</sup> Per una documentata rassegna dei principali problemi paleografici legati alla ricostruzione critica di questa porzione del testo gaiano v. F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 76 ss. Differentemente dalle parole che precedono, la sequenza *facere possis secundum legem publicam* – riportata in una pagina successiva del manoscritto veronese – risulta ben leggibile secondo l'apografo di Göschen.

Gai. 6 *ad ed. prov.* D. 5.3.1: *Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo. vetere e lege duodecim tabularum vel ex testamento, quod iure factum est... 3. ... novo iure fiunt heredes omnes qui ex senatus consultis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur.*

La necessità di richiamare congiuntamente i due brani sorge dal fatto che il secondo sembra ricondurre alla normazione di tipo pubblico (e in particolare alle XII tavole) la successione legittima, e direttamente all'atto dispositivo privato (*vel ex testamento*) quella testamentaria. La clausola mancipatoria trädita dal primo, tuttavia, dichiara esplicitamente la derivazione dalla *lex publica* della *potestas iure testamentum faciendi*. Certo, non è necessario impostare il raffronto tra i due testi in termini di franca contraddizione: essi non provengono dalla medesima sede, non affrontano *ex professo* il tema del rapporto tra normatività pubblica e privata, ma al più vi alludono incidentalmente, e non sono nemmeno tipologicamente omogenei (il primo testo è tratto da una clausola di prassi, richiamata retrospettivamente dal giurista; il secondo appartiene a una sistematica classificatoria di marca giurisprudenziale adottata da Gaio). Cionondimeno, nell'ottica del discorso che qui interessa (il fondamento della normatività dell'atto di ultima volontà) è importante tentare di comprendere se, effettivamente, Gaio individuasse o meno nella *lex publica* il principio e il limite del potere dispositivo del testatore. Il punto è complesso e assai delicato, anche perché si interseca con la già accennata *vexata quaestio* del rapporto cronologico tra Tab. 5.3<sup>34</sup> e l'emersione della *mancipatio familiae* come atto dispositivo universale *mortis causa*. Ad ogni modo, sia chi vede nelle parole *iure testamentum facere possis secundum legem publicam* il riferimento alla necessità di assolvere ai *sollemnia* fissati (consolidando il *mos* quiritario preesistente) dal diritto decemvirale<sup>35</sup>, sia chi ritiene che il *testamentum per aes et libram* rappresenti un esito seriore di un'evoluzione che parte proprio da Tab. 5.3, e cioè il frutto di un percorso graduale di interpretazione creativa della *lex* da parte della giurisprudenza<sup>36</sup>, identifica nella menzione della *lex publica* un richiamo alle XII tavole<sup>37</sup>. Tale inter-

<sup>34</sup> V. sopra, § 2. Per la sterminata bibliografia richiamata sul tema da v. ancora F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 239 ss., nt. 508.

<sup>35</sup> F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 403 ss.

<sup>36</sup> M. AMELOTTI, voce *Testamento* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1942, 461. M. AVENARIUS ('*Ordo*', cit., 103) ascrive lo sviluppo compiuto del *testamentum per aes et libram* alla generazione di Publio Mucio, Manlio Manilio e Giunio.

<sup>37</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, II. *Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milano, 1963, 88; R. CARDILLI, *Lege XII tabularum praeposita iungitur*

pretazione trova suffragio in due passi assai noti riportati nel titolo sulle *diversae regulae iuris antiqui* del Digesto:

Pomp. 5 *ad Q. Muc.* D. 50.16.120: *Verbis legis duodecim tabularum his 'uti legassit suae rei, ita ius esto' latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.*

Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 50.16.130: *Lege obvenire hereditatem non inproprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.*

Entrambi i passi fanno della legge delle XII tavole quello che si potrebbe definire il centro di gravità di tutte le successioni testamentarie, la fonte dell'autonomia privata accordata al soggetto provvisto di *testamenti factio*. Ogni eredità civile, anche quella basata sull'atto di ultima volontà, è in definitiva devoluta – prendendo le parole di Gaio – *secundum legem publicam*, in virtù del diritto decemvirale, e ciò si riflette non solo sulle disposizioni a carattere patrimoniale, ma anche sulle manomissioni e sulle nomine di tutori<sup>38</sup>.

Con questo significato di 'pubblicità' del meccanismo ereditario basato sull'atto di ultima volontà non deve confondersi la diversa accezione in cui si parla del testamento come *instrumentum publicum* in un altro frammento ulpiano del Digesto, stavolta tratto dai *libri ad edictum*:

Ulp. 50 *aded.* D. 29.3.2 pr.: *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.*

In questo caso, la caratteristica che viene in rilievo non riguarda l'interferenza tra volontà pubblica e volontà privata che caratterizza l'ἀρχή del testamento romano – con la prima che attribuisce la capacità di testare,

---

*interpretatio*', in *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contractos. Libro Homenaje a F. Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*, I, Bogotá, 2003, 214 ss.; F. CURSI, *La 'mancipatio'*, cit., 359. Per un più dettagliato *résumé* dell'enorme dibattito storiografico v. F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 212 ss., nt. 448.

<sup>38</sup> Sul punto v. anche Paul. 38 *ad ed.* D. 26.2.20.1: *Tutor incertus dari non potest. Testamento quemlibet possumus tutorem dare, siue is praetor siue consul sit, quia lex duodecim tabularum id confirmat.*

fonda i contorni della tutela giudiziale e fissa modalità e limiti per la produzione dell'effetto giuridico, e la seconda che, attenendosi a tale canovaccio, detta i contenuti concreti della norma che sorge dall'atto – ma il diverso profilo di 'pubblicità' che riguarda non l'istituto in sé, ma le *tabulae* che contengono la *Willenserklärung* del *de cuius*. L'*instrumentum* testamentario è pubblico nella misura in cui con l'apertura della successione esso esce dalla titolarità esclusiva che ne aveva il testatore, e – fondando le pretese di una platea di soggetti indefinibile *a priori* – esso non può essere considerato nella piena proprietà di nessun soggetto in modo esclusivo, nemmeno di un erede *ex asse*. Il punto emerge in modo piuttosto chiaro se si guarda alla disciplina dell'interdetto *de tabulis exhibendis*.

Ancorché questo profilo non sembri strettamente attinente al concorso tra volontà pubblica e volontà privata nella creazione della norma di diritto emergente dal testamento, si tratta di un aspetto che mantiene indirettamente un suo rilievo, perché l'enfasi sull'*instrumentum* che veicola le disposizioni disvela l'interesse collettivo sotteso alle medesime. Benché gli effetti delle *tabulae* si dispieghino solo su una cerchia finita di individui, e cioè coloro che vi sono menzionati come destinatari (*universorum, quibus quid illic adscriptum est*, nel brano testè citato, ricalcato anche da un altro passo ulpiano riguardante l'interdetto esibitorio: *solent autem exhiberi tabulas desiderare omnes omnino, qui quid in testamento adscriptum habent*<sup>39</sup>), il punto è che nessuno può sapere *a priori*, senza aver prima visto i documenti testamentari, se vi sia menzionato o meno. La *ratio* è esplicitata *apertis verbis* da Gaio a proposito del diritto, concesso a ciascuno, di ispezionare ed estrarre copia di un testamento:

Gai. 17 *ad ed. prov.* D. 29.3.1.1: *Ratio autem huius edicti manifesta est: neque enim sine iudice transigi neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti.*

La salvaguardia concreta dell'interesse privato degli effettivi beneficiari, dunque, non può che passare per la tutela di un interesse pubblico: quello della conoscibilità in astratto. Ma vi è di più: l'interdetto *de tabulis exhibendis* impone al materiale detentore di rendere disponibile non solo la documentazione (comprensiva di codicilli<sup>40</sup>) in grado di veicolare una

<sup>39</sup> Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.5.3.10.

<sup>40</sup> Ulp. 68 *ad ed.* D.43.5.1.2: *Hoc interdictum pertinet non tantum ad testamenti tabulas, verum ad omnia, quae ad causam testamenti pertinent: ut puta et ad codicillos pertinet.*

volontà idonea a farsi norma, ma anche quella del tutto priva di effetti giuridici, come le *tabulae* revocate, rimaste incomplete o viziate dall'assenza dei *sollemnia testamenti*, radicalmente nulle perché false o redatte da un soggetto privo di capacità di testare:

Ulp. 68 *ad ed.* D. 53.5.1.3: *Sive autem valet testamentum sive non, vel quod ab initio inutiliter factum est, sive ruptum sit vel in quo alio vitio, sed etiam si falsum esse dicatur vel ab eo factum qui testamenti factionem non habuerit: dicendum est interdictum valere.* 4. *Sive supremae tabulae sint sive non sint, sed priores, dicendum interdictum hoc locum habere.* 5. *Itaque dicendum est ad omnem omnino scripturam testamenti, sive perfectam sive imperfectam, interdictum hoc pertinere.* 6. *Proinde et si plures tabulae sint testamenti, quia saepius fecerat, dicendum est interdicto locum fore: est enim quod ad causam testamenti pertineat, quidquid quoquo tempore factum exhiberi debeat.*

Il criterio che emerge dal commentario ulpiano alla clausola edittale è evidente: è sufficiente che un documento sia attinente alla *causa testamenti* perché sorga la tutela alla sua generale conoscibilità, e ciò anche quando esso sia *ictu oculi* invalido per violazione di norme imperative poste da fonte pubblica. Di un'accezione così estesa di *tabulae* non è semplice rinvenire la *ratio* e la fonte; sempre il giurista di Tiro, dopo aver affermato la natura pubblica dell'*instrumentum*, si limita ad affermare che il segno *testamentum* esprime due significati: uno proprio (*proprie*), che si riferisce agli atti compiuti in conformità di quanto imposto dal diritto; uno improprio (*abusive*), che designa qualunque altro documento – ancorché falso, incompleto, invalido, rotto, ecc. – in cui sia stata trasposta una dichiarazione di ultima volontà:

Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.3.2.1: *Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt vel iniusta vel irrita vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere.* 2. *Ad causam autem testamenti pertinere videtur id quodcumque quasi ad testamentum factum sit, in quacumque materia fuerit scriptum, quod contineat supremam voluntatem: et tam principales quam secundae tabulae edicto continentur.* 3. *Si plura sint testamenta, quae quis exhiberi desideret, universorum ei facultas facienda est.*

Si tratta di una disciplina la cui logica non sembra potersi comprendere guardando al campo stretto del diritto privato – dove del resto non trova un parallelo nemmeno nel rigido regime dell'*editio* imposta agli *argentarii* con riguardo ai documenti dei conti della *mensa*<sup>41</sup> – e che per vie traverse richiama in ballo ancora in età severiana e giustiniana la primigenia pubblicità del testamento: una pubblicità *tout court*, che prescinde dalla concreta idoneità a farsi norma dell'ultima volontà del privato (che, appunto, può anche essere privo della capacità di testare), e che è finalizzata a permettere a chiunque la verifica di qualunque *scriptura mortis causa* ascrivibile a un defunto.

#### 4. Riflessioni conclusive

Da questa, pur rapida, rassegna limitata ad alcune fonti legislative o giurisprudenziali si appalesa la complessità di inquadrare la dichiarazione di ultima volontà del diritto romano come un fenomeno unidimensionale. Pur senza affrontare la questione dei limiti 'estrinseci' alla libertà del testatore (per esempio, alla sua possibilità di disporre per legato e fedecommesso, o di diseredare), un sommario esame delle tipologie testamentarie in uso nell'esperienza giuridica romana mostra come la *voluntas* del privato, nel farsi norma, dovesse soggiacere a un controllo che, sotto varie forme, è pubblico. Non solo perché è l'ordinamento, a monte, ad attribuire la *potestas testandi*, ma soprattutto perché quello che oggi si chiama negozio testamentario a Roma nasce irregimentato dalla necessità di svolgersi in forme tipiche che si collocano in occasioni specifiche e in contesti pubblici (l'assemblea popolare, l'esercito schierato). Questa cifra originaria si stempera a partire dall'emersione dei meccanismi che consentono di disporre per il tempo della propria morte con le forme del diritto privato. Si stempera, ma non si perde del tutto: non solo perché – come afferma un già citato passo di Pomponio<sup>42</sup> – la *latissima potestas* attribuita al testatore da Tab. 5.3 si troverà *coangustata* da tutta una selva di restrizioni e *sollemnia* fissati dallo *ius civile* (*interpretatione ... vel legum vel auctoritate iura constituentium*), ma anche perché l'impiego di un *gestum per aes et libram* ripropone, pur in piccolo, alcuni elementi già riscontrati nei due

<sup>41</sup> M. TALAMANCA, voce *Documentazione e documento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 559 s.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. – metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991, 161 ss.; M.L. BICCARI, *Il banco dell'argentarius' a margine del mercato*, in *StudUrb(A)*, n.s., LXVIII, fasc. 1-2, 2017, 25 ss.

<sup>42</sup> Pomp. 5 ad Q. Muc. D. 50.16.120.

originari *genera testamentorum*: l'assenza di qualunque forma di segretezza, la necessità di radunare una pluralità di testimoni e di trovare un padre di famiglia di fiducia disposto a collaborare all'atto come *familiae emptor*, l'impossibilità di modificare o revocare *ad nutum* le disposizioni. Costretta tra vincoli formali, necessità pratiche e una certa dose di controllo sociale, la *voluntas testatoris* dovrà attendere la trasformazione del ruolo del *familiae emptor* a figurante nel *testamentum per aes et libram* maturo, il lento recepimento dell'innovazione tecnologica della scrittura (con l'introduzione di ulteriori prescrizioni materiali derivanti dalla legislazione repressiva del falso<sup>43</sup>) e il progressivo alleggerimento delle formule testamentarie per giungere, nel corso di secoli, a poter esplicitare in modo più libero e agile – sia in sede costitutiva, sia in sede modificativa o ablativa – la propria capacità di farsi norma. In definitiva, sarà solo all'esito di un lungo percorso storico che il testamento romano assumerà caratteristiche che lo rendono strutturalmente assimilabile all'attuale negozio *mortis causa* di autonomia privata.

Della primigenia natura pubblicistica, tuttavia, sopravvissero tracce. Alcune, come si è visto, si rilevano da determinati brani dei giuristi romani dell'età del principato, che ricordano l'afferenza allo *ius publicum* della *testamenti factio*, il fondamento legislativo (le XII tavole) di ogni successione testamentaria, le restrizioni imposte dalla *lex publica* e da altre fonti di *ius civile* alla *potestas testandi*. A questi elementi si aggiunge la qualità di *instrumentum publicum* delle *tabulae*, fissata nella disciplina della *inspectio* e *descriptio* del testamento e dall'interdetto esibitorio introdotto dallo *ius honorarium*; si è già rilevato che quest'ultimo dato è, per certi versi, il più eloquente, perché l'applicabilità dello strumento processuale ad atti radicalmente nulli non trova altre spiegazioni se non quella di garantire un controllo diffuso della documentazione prodotta *testamenti causa*. Controllo diffuso che pare far riemergere, come un fiume carsico, l'origine pubblica della successione testata.

Ecco, dunque, che l'itinerario della normatività testamentaria, tra il potere dispositivo rimesso al singolo e le varie forme con cui l'ordinamento pubblico interferisce e costringe la *voluntas* del privato, si presenta come un percorso complesso, tortuoso. Ciò, si badi, non toglie nulla al fatto che il testatore, disponendo dei suoi beni, sia in tutto e per tutto attore di un processo nomopoietico. È notissima, ma non per questo meno significativa, l'affinità strutturale e terminologica che sussiste tra Tab. 5.3 (*Uti legassit {super pecunia tutelave} suae rei, ita ius esto*<sup>44</sup>) e 6.1 (*Cum nexum*

<sup>43</sup> Sulle prescrizioni della *lex Cornelia de falsis* in materia testamentaria v. M. AVENARIUS, 'Ordo', cit., 173 ss. Per informazioni di base e rinvii bibliografici sul *SC Neronianum adversus falsarios* v. recentissimamente L. COLELLA, *I testamenti*, cit., 15 s., nt. 45, e 36 ss.

<sup>44</sup> V. sopra, nt. 14.

*faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto*) da un lato e Tab. 12.5 (*Quod postremum populus iussisset, id ius <esto> {ratumque esset}*<sup>45</sup>) dall'altro, e che esprime il parallelismo tra la capacità normativa sottesa all'emanazione della legge pubblica e quella attribuita al singolo nella sua attività dispositiva (*inter vivos* o *mortis causa*). Non meno nota, del resto, è la dimensione precettiva cui rimanda il *legare* nel suo rapporto etimologico con *lex* e l'impiego che tale segno trova in ambito tanto pubblico quanto privato. Del resto il lapidario imperativo delle formule solenni adoperate nelle clausole testamentarie (*heres esto, ceteri exheredes sunt, adito, cernito, praecipito, damnas esto, liber esto / liberum esse iubeo, ecc.*) riflette lo stile asciutto tipico delle più antiche leggi pubbliche (già evidente nel *sakros esed* del *lapis niger*, prima ancora che nei versetti decemvirali), ed è espressione di quel concetto della dimensione rituale e del valore performativo della parola che permea tutto il diritto romano arcaico, tanto nelle sue manifestazioni pubbliche, quanto in quelle private.

Queste caratteristiche strutturali sono essenziali per cogliere il funzionamento e la portata del dispositivo di produzione del diritto da parte della *suprema voluntas*, guardando tanto alla genesi che all'evoluzione del meccanismo nell'esperienza giuridica romana. Esse, infatti, evidenziano due punti che, ad avviso di chi scrive, assumono rilievo non secondario nell'indagine retrospettiva sulla volontà testamentaria, mettendo in guardia dall'assunzione acritica di paradigmi moderni, e dunque dalla creazione di falsi miti.

Il primo punto che emerge è quello per cui – tanto nelle procedure arcaiche, quanto nel pensiero dei giuristi del principato, transitato grazie al Digesto nel diritto giustiniano – il fondamento di ogni successione testamentaria è pubblico. L'efficacia della volontà dispositiva *mortis causa*, pertanto, riposa su una *potestas* derivata, che non è concepita come emanazione di un potere diretto, «originario»<sup>46</sup>, 'naturale' (nel senso di 'preesistente'); essa opera secondo un meccanismo ottriatto dall'autorità, stabilito per via positiva, filtrato da un controllo popolare<sup>47</sup>. Per riprendere le categorie della costruzione savigniana del negozio giuridico, allora, nel soppesare l'importanza della volontà (*Wille*) dell'individuo nell'esperienza giuridica romana si deve porre sulla sua dialettica con l'ordinamento (*Rechtsordnung*) – che ne fissa le modalità di esercizio e i limiti di validità ed efficacia – un'enfasi

<sup>45</sup> Per la ricostruzione critica del versetto decemvirale qui accolta v. E. CALORE, *Le norme di diritto pubblico*, in *XII Tabulae*, II, cit., 778.

<sup>46</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, 2015, 27.

<sup>47</sup> In questo senso v. ancora, *ex plurimis*, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione*, cit., 38 ss. e 72. Un'opinione di segno completamente opposta è stata recentemente espressa a riguardo da M. HUMBERT, *La loi*, cit., in specie 193 s.

piuttosto accentuata. Si tratta di un dato sottolineato con grande lucidità da uno dei massimi teorici novecenteschi dell'autonomia privata: «l'ordinamento romano del *ius civile* rispetta l'autonomia originaria della *familia* arcaica e, lungi dal limitarla o dal circoscriverne l'ambito, ne rispecchia in sé l'assetto consuetudinario, accontentandosi di controllarne le esplicazioni più salienti e importanti per la ripercussione nell'ambiente sociale cittadino, quali l'*adrogatio* e il *testamentum*<sup>48</sup>».

Il secondo punto riguarda la necessità di guardare al rapporto tra volontà testamentaria e nomopoiesi nel diritto romano in un'ottica dinamica e multidimensionale. Nel corso di questo breve saggio si è delineata una parabola ricostruttiva per cui dall'età arcaica alla tarda antichità si registra un progressivo allentamento dei vincoli istituzionali, sociali e formali associati alle modalità di manifestazione della *voluntas*: il passaggio dalle tipologie testamentarie pubbliche al testamento *per aes et libram* prima, e poi all'introduzione del testamento olografo, determinò l'emancipazione del testatore romano dai contesti cerimoniali, rendendogli possibile di testare in modo immediato ed estemporaneo secondo la sua volontà del momento. Parallelamente, la transizione dalla forma orale alla forma scritta garantì al testatore il diritto di manifestare in modo segreto e sostanzialmente libero la propria volontà, e – grazie anche ai codicilli – di semplificare l'emendazione, l'integrazione e la revoca del proprio testamento. Il graduale abbandono della rigidità formulare delle clausole testamentarie permise di mantenere ferma la volontà del *de cuius* anche laddove questa fosse stata espressa in forma libera. Se tali caratteristiche descrivono una maggior valorizzazione della *voluntas testatoris* sul piano della struttura della sua manifestazione, un *trend* di senso completamente opposto si nota sul piano dell'ampiezza – in termini contenutistici – della capacità dispositiva attribuita al testatore. A partire dalla tarda età repubblicana, l'affermazione della *querella inofficiosi testamenti* e l'introduzione di tutta una serie di leggi e senatoconsulti (per citarne alcuni: *lex Furia*, *lex Voconia*, *lex Falcidia*, *lex Fufia Caninia*, *SC Pegasianum*) vennero a restringere fortemente le facoltà di diseredare, attribuire legati o fedecommessi, affrancare schiavi per testamento. Si apre, dunque, una stagione in cui l'interferenza estrinseca nei confronti della volontà del testatore, lungi dal cessare, inizia semplicemente ad atteggiarsi in forme diverse, destinate – in ultima istanza – a creare il concetto di successione necessaria dei legittimari, ancora vigente nel nostro ordinamento. Ma questa è un'altra storia.

---

<sup>48</sup> E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 1560.



Alessandro Cassarino

*Conoscibilità e segretezza dei contenuti del testamento  
nella prospettiva di una divergenza tra 'voluntas' e 'scriptum'.  
Qualche annotazione a margine dei dati  
delle fonti giurisprudenziali e letterarie*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'efficacia del documento – 3. I riferimenti della giurisprudenza – 4. Il caso di Regolo, cacciatore di eredità – 5. La segretezza dell'atto: un caso a mo' di esempio prima del Sc. Neroniano – 6. Una breve conclusione.

1. *Premessa*

Il tema sul quale ci intratterremo si inserisce in quello più ampio della divergenza tra quanto è stato riportato per iscritto all'interno di un testamento<sup>1</sup> e ciò che si ritengono essere le reali intenzioni del *de cuius*. Si tratta di una questione che può essere discussa sotto angolature diverse. Qui privilegiamo quella della possibilità di una conoscenza anticipata dei contenuti del testamento in rapporto alla sua segretezza e a eventuali errori o omissioni del testatore.

Da Gell. 7.12 pr.<sup>2</sup> apprendiamo come il sostantivo, che identifica tale

<sup>1</sup> Leggiamo in Ulp. 39 *ad ed.* D. 37.11.1 pr. che le tavole di testamento si intendono quelle scritte su ogni tipo di supporto: tavole di legno o altro materiale, oppure carte o pergamene o pelle conciata di qualunque animale (*Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram: sive igitur tabulae sint lignae sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sive membranae sint vel si corio alicuius animalis, tabulae recte dicuntur*).

<sup>2</sup> A detta di Gell. 7.12 pr., 2- 4, l'equivoco deriverebbe da un'errata interpretazione di Servio Sulpicio Rufo che ha subito il «fascino di un'attinenza della parola con la *mens*»: *Quod neque «testamentum», sicuti Servius Sulpicius existimavit, neque «sacellum», sicuti C. Trebatius, duplicia verba sunt, sed a testatione productum <alterum>, alterum a sacro imminutum. ... 2. nam compositum esse dixit a mentis contestatione. 3. Quid igitur «calciamentum», quid «paludamentum», quid «pavimentum», quid «vestmentum», quid alia mille per huiusmodi formam producta? etiamne ista omnia composita dicemus? 4. Obrepsisse autem videtur Servio, vel si quis est, qui id prior dixit, falsa quidem, sed non abhorrens neque inconcinna quasi mentis quaedam in hoc vocabulo significatio, sicut hercle C. quoque Trebatio eadem concinnitas obrepsit. Cfr., sull'argomento, A. CASSARINO, *I vizi della volontà nel te-**

atto unilaterale, sia stato fatto discendere, erroneamente, da una attestazione di volontà, ritenendo che questi si componesse di due parole, quali *testatio mentis*. Nonostante l'erronea derivazione etimologica, riportata anche in Mod. 2 *pand.* D. 28.1.1<sup>3</sup>, Tit. Ulp. 20.1<sup>4</sup> e in I. 2.10 pr.<sup>5</sup>, il testamento non rileva solo ai fini dello *ius privatum*, ma fa parte altresì dello *ius publicum*, poiché esso appartiene, così come afferma Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.3.2 pr., non solo all'erede, ma a tutti coloro che dal testamento ottengono qualcosa (*Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum*)<sup>6</sup>.

Dunque, da qualsiasi visuale lo si osservi, quest'atto è, nello scenario collettivo dei Romani, come anche al giorno d'oggi, un'espressione di ultima volontà, la quale deve possedere i requisiti di essere «seria, effettiva e completa»<sup>7</sup>. Ciò ci induce ad affrontare il nostro argomento analizzando alcuni selezionati testi della giurisprudenza, comparandoli a ulteriori passi della letteratura latina, poiché questi ultimi sono idonei a delineare come la società percepisse l'atto<sup>8</sup>.

---

*stamento. Uno sguardo d'insieme rivolto alla giurisprudenza romana, in Morte, discendenza, eredità. Una storia umana tra natura, cultura e diritto*, a cura di A. Cassarino, Torino, 2024, 7 ss. e, in particolare, nt. 7.

<sup>3</sup> *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*

<sup>4</sup> *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat.*

<sup>5</sup> *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.*

<sup>6</sup> Tale appartenenza la possiamo dedurre da Pap. 14 *quaest.* D. 28.1.3, il quale ritiene che la capacità di confezionare l'atto è di diritto pubblico (*Testamenti factio non privati, sed publici iuris est*), ma anche da Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.6 dove leggiamo, all'inizio del paragrafo, che la donna non può partecipare come testimone in un testamento (*Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit*). La ragione di tale diniego può trovare una motivazione dalla loro esclusione dalla vita pubblica che, come sappiamo, era appannaggio esclusivo degli uomini. Per un'analisi delle fonti letterarie che trattano del rapporto tra diritto pubblico e privato nell'ambito successorio, si rinvia a 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, 35 ss.

<sup>7</sup> Secondo quanto riporta B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*<sup>2</sup>, Milano, 1955, 506 s., «non ha efficacia un testamento fatto solo per scherzo o millanteria».

<sup>8</sup> Questo è l'iter seguito da S. SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo allo studio delle forme testamentarie*, I, Milano, 1982, *passim*, nonché, più di recente, dal già richiamato J. STERN, *Aspects*, cit., *passim*. Efficaci, in tal senso, sono le parole dell'Autore marchigiano, il quale riporta (48 s.) che il rapporto tra oralità e scrittura «attiene ... alla individuazione della rilevanza assunta nel documento testamentario sul piano della coscienza sociale dei romani, del loro comune sentire, del loro modo di considerare ed apprezzare tale documento...».

## 2. *L'efficacia del documento*

Nell'occuparsi di ogni problematica inerente alla cd. discrasia tra *voluntas* e *scriptum*, la prima domanda alla quale l'interprete è chiamato a rispondere, spesso senza successo, invero, è se questa dipenda più dalla 'lamentela' di un erede, privato, a suo dire, di un proprio diritto, che da una reale divergenza tra il voluto e lo scritto espressi dal *de cuius*. A mio avviso, tali forme di 'lamentele'<sup>9</sup> si ascrivono sovente al mero intento speculativo dell'erede, il quale, anziché porsi la 'giusta' domanda del perché sia stato escluso dal lascito, rivendica una quota o l'interezza dell'asse, nonostante l'atto sia il frutto, così come afferma Sen. *ben.* 4.11.5, di un irreprensibile criterio di giudizio (*ad ferendam sententiam incorruptum iudicem misit*)<sup>10</sup> da parte del redattore<sup>11</sup>.

Preliminarmente è necessario sottolineare, come si legge in dottrina<sup>12</sup>, che il documento, dunque anche il testamento, non ha alcuna posizione di privilegio, almeno per l'epoca di nostro interesse, e «va valutato alla

<sup>9</sup> Basti qui riflettere sul significato delle parole che compongono la *querela inofficiosi testamenti*, traducibile in una lamentela di un testamento contrario all'*officium <pietatis>*. Cfr. A. CASSARINO, *Annotazioni retoriche a margine dell'inofficiosità successoria nel De inventione di Cicerone e nella Rhetorica ad Herennium*, in *Ciceroniana*, VII, fasc. 1, 2023, 12 ss.

<sup>10</sup> L'esposizione completa del passo sarà riportata nelle conclusioni del presente lavoro.

<sup>11</sup> Vanno espunti dalle critiche, che proporremo nel corpo del testo, i testamenti che sono stati redatti con un'evidente patologia di formazione, nei quali il testatore si trova in uno stato di soggezione a un terzo esterno alla famiglia o a uno stesso erede, che pretende una parte maggiore della quota o vuole evitare che si apra la successione legittima, ottenendo un testamento a proprio favore. Fanno parte del primo gruppo le cd. istituzioni captatorie, dalle quali si devono escludere le nomine fatte per reciproco affetto, come ricaviamo da un passo di Pap. 6 *resp.* D. 28.5.71(70): *Captatorias institutiones non eas senatus improbat, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis*. Nel frammento si riporta che il divieto è stato introdotto da un senatoconsulto, di incerta data e di cui non si conosce il nome, sul quale ho avuto l'occasione di intrattenermi: A. CASSARINO, *I vizi*, cit., 16 s. e, in particolare, nt. 24. Nel secondo gruppo rientrano tutte quelle situazioni dove l'erede impedisce, ad esempio, al *testamentarius* o ai testimoni di recarsi dal testatore, per evitare che lo stesso modifichi o rediga l'atto: così sono i riferimenti, nell'ordine, di Ulp. 48 *ad ed.* D. 29.6.1 pr. (*Qui dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire volente eo facere testamentum vel mutare, divus Hadrianus constituit denegari ei debere actiones denegatisque ei actionibus fisco locum fore*) e di Paul. 44 *ad ed.* D. 29.6.2 pr. (*Si quis dolo malo fecerit, ut testes non veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi, denegandae sunt actiones ei qui dolo fecerit, sive legitimus heres sit sive priore testamento scriptus*). Cfr., ancora, A. CASSARINO, *I vizi*, cit., 28 ss.

<sup>12</sup> M. TALAMANCA, voce *Documento e documentazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 555 ss.

stregua di qualsiasi altro mezzo di prova, senza che si possa dargli un peso maggiore». Se questo è il ruolo da attribuire alla documentazione, con possibilità che ne venga contestato il contenuto con un qualsiasi altro mezzo di prova, va considerato, tuttavia, che esiste una differenza funzionale e strutturale tra il valore che lo *ius civile* e lo *ius honorarium* assegnano a tale atto di ultima volontà: parliamo del *testamentum per aes et libram* e del testamento pretorio, il quale giustifica la propria esistenza modellandosi sul primo ai fini della concessione della *bonorum possessio* da parte del pretore.

Alle *tabulae per aes et libram* possiamo conferire un'efficacia probatoria, tenuto presente che «le dichiarazioni di ultima volontà» sono «indipendenti» dallo scritto, il quale serve solo come «prova» dell'atto, diversamente dal cd. testamento pretorio<sup>13</sup> ove la documentazione assurge ad elemento «costitutivo» e, dunque, necessario al fine di integrare la volontà.

Il valore probatorio, nello *ius civile*, può essere dedotto agevolmente da Gai 2.104<sup>14</sup>, quando il Maestro antoniniano spiega come, attraverso il procedimento della *mancipatio*, si consegnino al *familiae emptor*<sup>15</sup> le tavole

<sup>13</sup> Riporta P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria, Milano, 1963, 73, che «il testamento pretorio è scritto: la scrittura è richiesta *ad substantiam*, e senza di essa l'atto non esiste». Va precisato in questa sede, come riportato da M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I. *Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, 191 ss., che non esiste «il testamento pretorio come forma autonoma di testamento alla luce delle fonti giuridiche e documentarie».

<sup>14</sup> Gai. 2.104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. in qua re his verbis familiae emptor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandatela custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt, aeneaque libra, esto mihi empti; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco. deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. Cfr., sul *testamentum per aes et libram*, ed in particolare per il ruolo del *familiae emptor*, F. TERRANOVA, *Ricerche sul 'testamentum per aes et libram'*, I. *Ruolo del 'familiae emptor' (con particolare riferimento al formulario del testamento librato)*, Torino, 2011, *passim*. Si rinvia anche a F. BERTOLDI, *Formalismo e negozi formali. Radici romanistiche e profili storico-comparatistici*, Modena, 2016, 22 ss., dove l'Autrice afferma, sulla scia della dottrina precedente, che la '*nuncupatio*' avesse lo scopo di rendere il testamento segreto, poiché, come chiaramente espresso da Gai. 2.104, si rinvia al contenuto dell'atto. La forma orale testamentaria, secondo quanto afferma la Bertoldi, nonostante fosse conosciuta dalla giurisprudenza classica, era da ritenersi desueta già dal II secolo a.C.*

<sup>15</sup> Si rinvia alla specifica indagine di F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., *passim*, e, da ultima, anche a F. BERTOLDI, *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà. Origini romane e*

testamentarie, alla presenza di testimoni<sup>16</sup>, facendo un generico rinvio (*generalis sermone*) a quanto è riportato al loro interno.

Proprio perché si tratta di un procedimento formale o di una *imaginararia venditio*, così come lo stesso Gai 2.119 qualifica la *mancipatio*, la perdita delle tavole non avrebbe pregiudicato le ultime volontà del testatore<sup>17</sup>, che comunque sarebbero rimaste valide, ma pur sempre difficili da dimostrare. Per tale ragione non era inusuale che lo stesso testatore redigesse più esemplari<sup>18</sup>, volendo evitare che le proprie scelte ‘cadessero nell’oblio’.

*sviluppi contemporanei*, Roma, 2025, 37 ss.

<sup>16</sup> Oltre al riferimento di Ulp. 1 *ad Sab.* D. 20.1.20.6, nel quale si afferma che la donna non può fungere da testimone in un testamento (*Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit*), e a cui abbiamo fatto riferimento anche *supra* nt. 6, coloro che parteciperanno alla *mancipatio familiae*, come scrive ulteriormente Ulp. 2 *ad Sab.* D. 28.1.21.2, devono essere appositamente convocati e, nel caso in cui siano presenti per altri motivi, devono essere informati che assumeranno il ruolo di testi (*In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet. quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorantur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere*). Nelle Paul. Sent. D. 28.1.30 leggiamo come ‘si consigli’ di annotare le ‘generalità’ dei testi, nonché di chi sia il testamento sul quale si sia apposto il sigillo (*Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cuius testamentum signaverit*).

<sup>17</sup> Cfr. M. AMELOTTI, *Testamento e donazione ‘mortis causa’*. Il testamento romano, in *Sintesi del corso di diritto romano dell’a.a. 1987-1988* (Università di Genova), ora in *Scritti giuridici*, a cura di L. Migliardi Zingale, Torino, 1996, 406.

<sup>18</sup> Esplicito, in tal senso, è Floren. 10 *inst.* D. 28.1.24, dove si afferma che un testatore può sigillare il medesimo testamento in più esemplari, se, per esempio, sta per compiere un viaggio per nave e desidera portare con sé l’atto e lasciare anche un’ulteriore attestazione delle proprie decisioni (*Unum testamentum pluribus exemplis consignare quis potest idque interdum necessarium est, forte si navigaturus et secum ferre et relinquere iudiciorum suorum testationem velit*). Cfr. lo studio di F. SCOTTI, *La pluralità di ‘tabulae’ testamentarie: fonti letterarie e casistica giurisprudenziale*, in *D@S*, XIV, 2016, 8 ss. Diverso è il tema della *cd. ruptio*, nel caso in cui si confezioni un nuovo testamento, così come lo stesso Gai 2.144 ci informa (*Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur*). Per capire, poi, come si debba intendere ‘l’ultimo testamento’ possiamo richiamare, nel campo della *bonorum possessio secundum tabulas*, collocata all’interno del titolo XI del libro XXXVII, il frammento di Ulp. 39 *ad ed.* D. 37.11.1.1 nel quale leggiamo che il pretore non dà seguito a tutte tavole, ma alle ultime, cioè, fatte di recente, senza che ne siano state confezionate di nuove successivamente. Non si intendono quelle redatte al momento stesso della morte, ma le ultime, anche se sono risalenti (*Non autem omnes tabulas praetor sequitur hac parte edicti, sed supremas, hoc est eas, quae novissimae ita factae sunt, post quas nullae factae sunt: supremas enim hae sunt non quae sub ipso mortis tempore factae sunt, sed post quas nullae factae sunt, licet hae veteres sint*). Sulla *ruptio testamenti*, cfr. R. MARINI, *Prius testamentum ruptum est’*. Il problema della revoca del testamento in diritto romano, Torino, 2022, 69 ss. e 89 ss.

### 3. I riferimenti della giurisprudenza

Al fine di inoltrarci *in medias res*, prendiamo in esame un passo di Ulp. 5 *ad Sab.* D. 28.5.9<sup>19</sup>, la cui interezza è rivolta o all'errata nomina degli eredi o all'attribuzione di una diversa quota; di esso, tuttavia, daremo conto, nel corpo del testo, del solo *principium* e del § 3, poiché entrambi funzionali, a nostro avviso, all'indagine che qui ci proponiamo di compiere.

Partendo dal *principium*, secondo quanto scrive il giurista di Tiro:

*Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti 'frater meus' scribere volens scripserit 'patronus meus', placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est.*

Ogni qual volta il testatore (*Quotiens volens*), volendo designare per iscritto un erede (*alium heredem scribere*), ne ha scritto un altro, errando sull'identità fisica della persona (*alium scripserit in corpore hominis errans*), ad esempio, volendo designare 'mio fratello', ha scritto 'il mio patrono', (*veluti 'frater meus' scribere volens scripserit 'patronus meus'*) pare bene che non diventi erede né chi è stato designato per iscritto, perché manca la volontà, né chi il testatore avrebbe voluto (*placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit*), perché non è stato scritto (*quoniam scriptus non est*).

Nel frammento si riporta il caso, manualistico (?)<sup>20</sup>, secondo il quale chiunque sia stato voluto come erede, ma non sia stato scritto nel testamento, e, allo stesso modo, chi sia stato scritto nel testamento, ma non sia stato voluto, non diverrà erede, mancando la *voluntas* del testatore medesimo in entrambe le circostanze. Tuttavia, l'uso di *placet* nel passo, al quale segue la soluzione adottata, «è la spia semantica di uno *ius contro-*

<sup>19</sup> Sul passo, e in particolare dal «pr. bis § 6», si veda A. KRÜKEL, *Zum Irrtum des Erblassers im klassischen römischen Recht*, in *TR*, XCI, fasc. 1-2, 2023, 54 ss.

<sup>20</sup> Secondo l'interpretazione di F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it, Firenze, 1968, 276 ss., i *Libri tres iuris civilis* rientrerebbero nella «letteratura isagogica». A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 298 puntualizza che «Sabino appare come la figura di maggior rilievo <del I secolo d.C.>: alla sua opera più importante – un breve componimento sul *ius civile* in tre libri – si deve infatti la stabilizzazione definitiva di questa materia e la costruzione di un testo che sarebbe stato il punto di riferimento sia per i grandi commentari civilistici di Pomponio, di Paolo e di Ulpiano, sia (probabilmente) per il manuale di Gaio».

*versum*»<sup>21</sup>. Dunque, la scelta di non far prevalere né il nominato né l'altro voluto, ma non nominato, non può ritenersi la soluzione di una regola unanimamente condivisa, imponendo all'interprete di credere che una parte della giurisprudenza tendesse a supportare la prevalenza di quanto scritto ed un'altra quella della *nuncupatio*, anche se di mero rinvio, così come vedremo tra breve.

Siamo in presenza di una discrasia evidente tra *scriptum* e *voluntas*, se consideriamo che uno non diverrà erede perché, anche se scritto, il testatore non lo ha voluto, e l'altro, perché, anche se voluto, non è stato scritto: sulla chiarezza del passo, credo che non ci siano dubbi. Allora, il documento, si sostiene in dottrina<sup>22</sup>, non assume alcun valore probatorio o costitutivo, se teniamo presente come una diversa volontà, dimostrata attraverso un altro e differente mezzo di prova, pregiudichi la nomina dell'erede.

Una questione preliminare all'argomento, che qui stiamo cercando di affrontare, è da cosa si deduca che il testatore volesse indicare un erede ed invece ne avesse scritto un altro.

Se osserviamo il *testamentum per aes et libram*, il quale, come è noto, è un'evoluzione della *mancipatio familiae*, esso trova nella *nuncupatio*, innanzi ai testimoni, la propria validità, essendo fondamentale il solo requisito della 'forma'<sup>23</sup>. Tuttavia, come lo stesso Gai 2.104 precisa, già da tempo, le pronunce verbali si sarebbero limitate al solo rinvio alle tavole cerate, senza che si procedesse ad elencarne il contenuto (*haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites testimonium mihi perhibetote*)<sup>24</sup>.

Allora, rimane oscuro, a mio avviso, il quesito su come si possa ritenere errata la nomina dell'erede all'interno delle tavole, in assenza di un qualcuno che abbia effettiva contezza delle reali intenzioni del *de cuius*<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Si riportano le parole di M. BRUTTI, *Gaio e lo 'ius controversum'*, in *AUPA*, LV, 2012, 117. Sul tema dello *ius controversum*, cfr. anche M. BRETONE, *'Ius controversum' nella giurisprudenza classica*, in *MemLincei*, IX<sup>a</sup> ser., XXIII, fasc. 3, Roma, 2008, 829 s.; P. CERAMI, *Il 'ius controversum' nello sguardo dei moderni*, in *'Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, a cura di V. Marotta ed E. Stolfi, Roma, 2012, 399 s.

<sup>22</sup> M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Palermo, 2006, 137 ss.

<sup>23</sup> Cfr., da ultima, F. BERTOLDI, *Le situazioni*, cit., 31 ss.

<sup>24</sup> Cfr. sopra, nt. 14.

<sup>25</sup> Secondo M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano 1990, 721, «il *testamentum per aes et libram* nella forma più diffusa (quella con la *nuncupatio testamenti*) è, secondo la terminologia moderna, un negozio *per relationem*, in cui il contenuto pre-cettivo dell'atto non risulta interamente dalla dichiarazione, che va integrata mediante il riferimento ad un fatto oggettivo, nel caso rappresentato da un documento. Le *tabulae testamenti* dovevano esser tenute segrete dal testatore già a livello di prassi...».

La giurisprudenza romana sarebbe rimasta legata, infatti, al principio *plus nuncupatum, minus scriptum*, il quale, tuttavia, pone già dei dubbi su quale *nuncupatio* fare affidamento, se questa è inesistente<sup>26</sup>.

Tuttavia, dobbiamo qui considerare, come lo stesso Ulp. 33 *ad Sab.* D. 34.4.4 non manca di rilevare, che ‘la volontà del defunto è mutabile fino all’ultimo istante di vita’ (*ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*)<sup>27</sup>. Proprio perché la volontà è ambulatoria e modificabile fino alla fine della propria esistenza, può accadere, ed è una mera valutazione di fatto, che la diversa indicazione nello *scriptum*, rispetto a ciò che si ritengono essere le effettive volontà, sia un chiaro segno che il testatore non abbia errato.

In una società come quella romana, dove il testamento e le successioni, in generale, rivestono un ruolo di importanza primaria<sup>28</sup> per determinare i lasciti alle future *familiae*, appare discutibile che non trovi spazio la libertà attribuita al confezionamento dell’atto, nel caso in cui il testatore voglia apportarvi delle modifiche ad un dato momento, ma si scelga di utilizzare un esemplare già redatto del tutto non conforme alla propria ultima *voluntas*. Eppure, se non si opta per la pronuncia chiara degli eredi, in modo tale che vengano uditi i loro nomi dai testimoni, il testatore può decidere di riportarli per iscritto, così come si esprime Ulp. 2 *ad Sab.* D. 28.1.21 pr. (*heredes palam ita, ut exaudiri possunt, nuncupandi sint: licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere: sed si nuncupat, palam debet*)<sup>29</sup>. In altre parole, se si persistesse nell’idea di un errore tra una *nuncupatio, de facto* non avvenuta, e l’atto scritto, si ammetterebbe una contraddizione in termini, portandoci a ritenere, piuttosto, che il caso proposto da Ulp. 5 *ad Sab.* D. 28.5.9 pr. sia più da collocarsi in un ambito scolastico che in quello ‘della realtà’. Tanto è vero che nello stesso testo di D. 28.1.21.1 leggiamo che, se si vuole cambiare qualche disposizione in un testamento già confezionato, si deve rifare tutto integralmente (*Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt*), in base al pen-

<sup>26</sup> Il richiamo al principio si riscontra anche in A. KRÜKEL, *Zum Irrtum*, cit., 63 ss.

<sup>27</sup> Cfr., sull’argomento, S. LO IACONO, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui ‘patti successorii’ istitutivi*, Milano, 2019, 231 ss.

<sup>28</sup> Basta qui riferire che le successioni occupano ampio spazio nel Diritto romano: Gai 2.97-3.87; I. 2.10-3.12 e nel Digesto dal libro XXVIII al XXXVI e dal libro XXXVII e «buona parte del XXXVIII». Cfr. A. PETRUCCI, *Manuale di diritto privato romano*<sup>2</sup>, Torino, 2022, 75 s.

<sup>29</sup> Il passo di Ulp. 2 *ad Sab.* D. 28.1.21 pr. prosegue nella spiegazione di come vada inteso ‘palam’: *quid est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit: exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus: et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit sollemnem numerum exaudire.*

siero di Sabino, secondo quanto sostenuto dal Voci<sup>30</sup>.

Questo ritengo che sia il primo elemento pratico da valutare, poiché, in caso contrario, si arriverebbe a supporre che la massima *ambulatoria est voluntas defuncti* venga contraddetta dagli stessi giuristi.

Un dato che può considerarsi decisamente utile, ai nostri fini, è il § 3 di Ulp. 5 *ad Sab.* D. 28.5.9, dove lo stesso giurista si mostra 'dubbioso' quando affronta il tema sull'attribuzione di una diversa quota ereditaria:

*Sed si maiorem adscripserit testamentarius vel (quod difficilius est probatione) ipse testator, ut pro quadrante semissem, Proculus putat ex quadrante fore heredem, quoniam inest quadrans in semisse: quam sententiam et Celsus probat.*

Leggiamo nel passo che, se è stata assegnata una quota maggiore (*Sed si maiorem adscripserit*) dall'estensore del testamento (*testamentarius*) o (il che è difficile da provare) dallo stesso testatore (*vel (quod difficilius est probatione) ipse testator*), ad esempio metà al posto di un quarto (*ut pro quadrante semissem*), Proculo reputava che il designato diventasse erede per un quarto (*Proculus putat ex quadrante fore heredem*), perché il quarto è contenuto nella metà (*quoniam inest quadrans in semisse*). Parere, questo, che anche Celso approvava (*quam sententiam et Celsus probat*).

L'inciso ulpiano *quod difficilius est probatione* fa comprendere come, in realtà, discutere dell'errata volontà del *de cuius* non sia di facile risoluzione, se lo stesso si fosse confezionato il testamento.

La difficoltà di reperire una prova sull'effettivo errore, nel caso in cui il testatore abbia redatto le proprie *tabulae*, è l'ulteriore l'elemento, se non

<sup>30</sup> Scrive P. VOCI, *Diritto*<sup>2</sup>, II, cit., 810 s., che la frase «è molto verosimilmente di Sabino, il resto di Ulpiano». Nel prosieguo del § 1, il giurista di Tiro ammette la possibilità che lo stesso testatore possa aggiungere delle specifiche a ciò che ha detto o scritto, nel caso in cui sia stato oscuro. Gli esempi riportati sono una notazione al legato, l'aggiunta del nome del legatario o la quantità o la qualità di monete (*quod vero quis obscurus in testamento vel nuncupat vel scribit, an post sollemnia explanare possit, quaeritur: ut puta Stichum legaverat, cum plures haberet, nec declaravit de quo sentiret: Titio legavit, cum multos Titios amicos haberet: erraverat in nomine vel prae nomine vel cognomine, cum in corpore non errasset: poteritne postea declarare, de quo senserit? et puto posse: nihil enim nunc dat, sed datum significat. sed et si notam postea adiecerit legato vel sua voce vel litteris vel summam vel nomen legatarii quod non scripserat vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi: nam etsi adiecta non fuisset, utique placeret coniectionem fieri eius quod reliquit vel ex vicinis scripturis vel ex consuetudine patris familias vel regionis*). Tuttavia, a mio avviso, è chiaro come l'interessa del § 1 si riferisca alla scelta del testatore di rendere pubblici i propri lasciti. In questo caso, ci troviamo in un contesto diametralmente opposto alla segretezza dell'atto.

addirittura quello determinante, sul quale rapportarsi quando si discute della segretezza del testamento. Ci dobbiamo chiedere, allora, su quale base si possa ritenere che il redattore dell'atto abbia sbagliato, se esso è stato scritto personalmente e segue la sola *nuncupatio* di rinvio<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Qualche dubbio probatorio ulteriore non ritenuto, tuttavia, 'difficilius' da Ulpiano, ma che, comunque, potrebbe apparire tale, è l'eventuale errore commesso dal *testamentarius* nel trascrivere le ultime volontà del testatore. Due potrebbero essere, infatti, le alternative: a) che lo scriba abbia errato nel riportare le parole; b) che lo stesso abbia volontamente modificato la volontà del *de cuius*. Al fine della risoluzione del punto a) possiamo richiamare i §§ 1-2 di Ulp. 5 *ad Sab.* D. 28.5.9. Il § 1 riferisce di un cd. *error in corpore*, se, ad esempio, si voleva legare un piatto, ma è stata attribuita una veste. In questo caso, sia che l'errore sia stato commesso dal testatore oppure dal *testamentarius*, comunque non vanno legati né l'uno né l'altra (*Et si in re quis erraverit, ut puta dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debetur, sive ipse scripsit sive scribendum dictaverit*). Il § 2 prende in esame l'errore nell'assegnazione della quota all'erede, se il *testamentarius* abbia scritto di meno (1/4), diversamente dal testatore che voleva attribuire una quota maggiore (metà). In questo caso si accoglie il parere di Celso, tratto dal libro dodicesimo delle questioni e dal libro undicesimo dei Digesti, il quale riteneva che all'erede andasse attribuita la metà. La medesima linea interpretativa, fatta propria anche da rescritti di carattere generale, si segue pure quando il testatore abbia scritto di meno volendo attribuire di più (*Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si, cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus libro duodecimo quaestionum, digestorum undecimo posse defendi ait ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum: quae sententia rescriptis adiuvatur generalibus. idemque est et si ipse testator minus scribat, cum plus vellet adscribere*). Nel § 1, la mancata attribuzione dell'oggetto, riportato nel testamento, può trovare una giustificazione in una assenza di volontà, la quale deve essere certa. Nel § 2, la questione andrebbe vista sulla scorta del principio *plus nuncupatum minus scriptum*, portando, allora, ad una presunzione conoscitiva delle reali intenzioni del testatore. Per l'alternativa b), possiamo qui richiamare dei §§ 5 e 6 di Ulp. 5 *ad Sab.* D. 28.5.9, nei quali si riporta l'opinione di Marcello, il quale affermava che l'assenza di una condizione voluta ai fini della nomina di un erede (§ 5: *Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui condicionem destinans inserere non addidit: nam et hunc pro non instituto putat...*) o la sua volontaria detrazione o modifica da parte del *testamentarius* precludessero all'istituto di diventare erede (§ 6: *Idem tractat et si testamentarius contra voluntatem testatoris condicionem detraxit vel mutavit, heredem non futurum, sed pro non instituto habendum*). Diversamente, nel caso in cui sia stata aggiunta una condizione che non si voleva, tolta questa, l'istituto sarà erede (§ 5: *... sed si condicionem addidit dum nollet, detracta ea heredem futurum nec nuncupatum videri quod contra voluntatem scriptum est: quam sententiam et ipse et nos probamus*). Secondo l'interpretazione di P. VOGLI, *Diritto*<sup>2</sup>, II, cit., 831, «le disposizioni scritte nel testamento hanno valore giuridico perché la *nuncupatio* rinvia ad esse; ma se la *nuncupatio* è retta da una volontà ... pertanto le disposizioni scritte, ma non volute, non sono oggetto del rinvio operato dalla *nuncupatio*, e non possono essere valide». Preliminarmente, ho voluto dividere la composizione strutturale del § 5, perché reputo che si tratti, in quest'ultimo caso, del confezionamento personale dell'atto. Tuttavia, si pone un dubbio ulteriore, a mio giudizio, di come sia possibile che il testatore abbia volutamente scritto qualcosa che in realtà non voleva. Allora, dobbiamo ritenere che nella *nuncupatio* abbia elencato le proprie

L'affermazione ulpiana *difficilius est* di D. 28.5.9.3 si pone, dunque, come la chiave di volta per capire se e in che modo la disciplina degli errori possa subire un qualche 'freno': come si può 'conoscere' qualcosa di non 'conosciuto'?

#### 4. Il caso di Regolo, cacciatore di eredità

Le questioni trattate dai giuristi, sulle quali ci siamo soffermati, devono essere valutate sul piano sociale alla luce della valenza attribuita al documento, che racchiude le ultime volontà. A tal fine è necessario prendere in esame le fonti letterarie, poiché, se «nelle opere dei giuristi la concettualizzazione degli elementi che concorrevano ad integrare le

disposizioni, con in mano delle tavole falsate, altrimenti, l'aver detratto la condizione, sulla scia del parere di Marcello, senza che ci siano elementi esterni che possano indurre ciò, impone di credere una arbitraria modifica del testamento da parte degli interpreti. Inoltre, il rapporto tra il testatore e lo scriba, senza la presenza di terzi, mi sembra possa essere chiaramente dedotto da un ulteriore frammento di Ulp. 48 *ad ed.* D. 29.6.1 pr., nel quale si afferma che, se colui che ha cercato di ottenere un'eredità legittima o per testamento, abbia impedito al *testamentarius* di recarsi <scil. dal testatore> che voleva fare o modificare il testamento, il divo Adriano aveva stabilito che gli fossero negate le azioni e che subentrasse il fisco (*Qui dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire volente eo facere testamentum vel mutare, divus Hadrianus constituit denegari ei debere actiones denegatisque ei actionibus fisco locum fore*). Per dimostrare l'errata volontà del *de cuius*, escluso il caso di palese errore di trascrizione, una volta aperta la successione, l'unica via percorribile sarebbe stata quella della prova 'testimoniale' del *testamentarius*, il quale, interrogato, avrebbe riconosciuto il proprio errore di scrittura: infatti, su quale ulteriore presupposto si poteva addurre un qualche errore senza una conferma dello stesso? È sufficiente far riferimento al testamento di Antonio Silvano (142 d.C.), il cui documento presenta una clausola finale di riconoscimento dell'atto, riportata in greco, nella quale si afferma: Ἀντωνίου<ο> Σιλβανός ὁ προγεγραμμένος ἀντίβαλον τὴν προκείμενὴν μου διαθήκην καὶ ἀναγνώσθε καὶ [[θα]] ἤρεσ[έ] μοι κ[α]θὼς πρόκειται «e cioè 'io, Antonio Silvano, ho confrontato il mio testamento e l'ho letto ed approvato così come sopra riportato'». Questo potrebbe indurre a ritenere che solo il dolo del redattore dell'atto possa comportare la detrazione o modifica di una condizione, di cui al § 6 di Ulp. 5 *ad Sab.* D. 28.5.9, se consideriamo come al testatore venga richiesto di riconoscere le proprie volontà. Si riporta la traduzione della clausola finale in italiano di L. MIGLIARDI ZINGALE, «Il testamento romano attraverso la prassi documentale» di Mario Amelotti: a cinquant'anni dalla pubblicazione di un libro esemplare, in *MEP*, XXIII, 2020, 301 ss. e, da ultimo, cfr. L.C. COLELLA, *I testamenti dei cittadini romani d'Egitto tra storia secolare e prassi giuridica. Dal I secolo d.C. a Severo Alessandro*, Wiesbaden, 2024, 199 ss., e, in particolare, 204. Va qui segnalato come l'Autrice si occupi dell'argomento, oltre ai riferimenti qui citati, anche in più luoghi della sua opera monografica.

formalità del *testamentum per aes et libram* appare fatta alla stregua della struttura giuridica esterna del negozio»<sup>32</sup>, la stessa veniva ad assumere una dimensione anche all'interno della società a cui appartenevano il testatore e i destinatari delle sue ultime volontà.

Tale apporto ricostruttivo delle fonti letterarie<sup>33</sup> non può che incontrare un assenso comune – credo – se teniamo presente come la realtà si muova spesso su regole proprie, che possono solo essere messe in discussione in sede 'processuale', con risultati a volte 'infelici', considerato che il giudizio viene espresso da persone diverse, anche in questo caso, dal *de cuius* medesimo.

Il primo esempio che riferiamo è riportato nell'Epistolario di Plinio, il quale racconta del comportamento di un certo Regolo<sup>34</sup>, cacciatore di eredità, che cercava in tutti i modi di farsi inserire all'interno dei testamenti per poter ricevere qualcosa<sup>35</sup>.

Così egli riferisce in Plin. *ep.* 2.20.7.8:

*Velleius Blaesus ille locuples consularis novissima valetudine conflictabatur: cupiebat mutare testamentum. Regulus qui speraret aliquid ex novis tabulis, quia nuper captare eum coeperat, medicos hortari rogare, quoquo modo spiritum homini prorogarent. 8 Postquam signatum est testamentum, mutat personam, vertit allocutionem isdemque medicis: 'Quousque miserum cruciatis? quid invidetis bona morte, cui dare vitam non potestis?'. Moritur Blaesus et, tamquam omnia audisset, Regulo ne tantulum quidem.*

Plinio narra l'episodio di Velleio Bleso, il famoso ricchissimo ex

<sup>32</sup> S. SERANGELI, *Studi*, cit., 48 ss.

<sup>33</sup> Del resto, è la medesima impostazione che ha seguito di recente anche J. STERN, *Aspects*, cit., 67 ss.

<sup>34</sup> In *ep.* 1.5.1, Plinio, indirizzando la sua lettera a Voconio Romano, gli domanda se abbia mai visto un essere più vile di Marco Regolo, il quale, sotto l'impero di Domiziano, non aveva commesso minori turpitudini rispetto a quando era in vita Nerone (*Vidistine quemquam M. Regulo timidiorum humiliorum post Domitiani mortem? Sub quo non minora flagitia commiserat quam sub Nerone sed tectiora*). L'epistola continua, poi, con una descrizione dei motivi che giustificano l'odio di Plinio e del tentativo di Regolo di chiedere una riconciliazione.

<sup>35</sup> Sul personaggio cfr., da ultima, G. VETTORI, *'Bonae matronae' e 'bona matronarum'. Donne e capacità patrimoniale tra Repubblica e Principato*, Bari, 2022, 176, la quale riporta che si tratta di «un nemico giurato di Plinio, che, provenendo da una famiglia aristocratica caduta in miseria, tendeva evidentemente ad ammassare ricchezze facendo ricorso anche a pratiche non del tutto onorevoli».

console, il quale, trovandosi nelle ‘grinfie’ della sua ultima malattia (*Velleius Blaesus ille locuples consularis novissima valetudine conflictabatur*), aveva intenzione di cambiare il proprio testamento (*cupiebat mutare testamentum*). Regolo, che sperava qualcosa dalle nuove tavole testamentarie (*Regulus qui speraret aliquid ex novis tabulis*), perché aveva cominciato a ‘fargli la posta’ (*quia nuper captare eum coeperat*), esorta i medici, affinché in qualche modo gli prolunghino la vita (*medicos hortari rogare, quoquo modo spiritum homini prorogarent*). Dopo che il nuovo testamento è sigillato (*Postquam signatum est testamentum*), cambia atteggiamento (*mutat personam*) e si rivolge ai medici per chiedere fino a quando abbiano intenzione di tormentare quel povero uomo (*vertit allocutionem isdemque medicis: ‘Quousque miserum cruciatis?’*) e per quale motivo gli neghino la morte, tenuto conto che non possono dargli la vita (*quid invidetis bona morte, cui dare vitam non potestis?’*). Bleso muore e, come se avesse udita ogni cosa, a Regolo non va niente (*Moritur Blaesus et, tamquam omnia audisset, Regulo ne tantulum quidem*).

Se ci muovessimo sulla scia dell’interpretazione discendente dai libri sullo *ius civile* di Sabino<sup>36</sup>, dovremmo supporre che Regolo possa essere il candidato ideale per ricorrere in giudizio, al fine di rivendicare un legato che non ‘è stato scritto’, ma si ritiene essere stato ‘voluti’: le continue ‘poste’, l’aiuto richiesto ai medici per prolungare la vita di Bleso, fino al confezionamento del nuovo testamento, non possono far altro che portare alla conclusione che un lascito a proprio favore fosse una cosa certa. Ci troveremmo, pertanto, in presenza di un errore nella redazione dell’atto, a dimostrazione di una differenza tra ‘scritto e pronunciato/voluto’.

Il successivo riferimento pliniano al nostro Regolo mostra, in un altro episodio, come egli volesse sincerarsi questa volta dell’esistenza del lascito, non ‘fidandosi’ solo di una mera ‘potenziale’ volontà.

Leggiamo in Plin. *ep.* 2.20.10-11 che:

*Aurelia ornata femina signatura testamentum sumpserat pulcherrimas tunicas. Regulus cum venisset ad signandum, ‘Rogo’ inquit ‘has mihi leges’. Ille Aurelia ludere hominem putabat, ille serio instabat; ne multa, coegit mulierem aperire tabulas ac sibi tunicas quas erat induta legare; observavit scribentem, inspexit an scripsisset. Et Aurelia quidem vivit, ille tamen istud tamquam morituram coegit. Et hic hereditates, hic legata quasi mereatur accipit.*

<sup>36</sup> Cfr. D. 28.1.21.1, su cui sopra, § 3.

Aurelia, *ornata femina*, per il sigillo del proprio testamento aveva indossato bellissime tuniche (*signatura testamentum sumpserat pulcherrimas tunicas*). Regolo, essendo intervenuto alla cerimonia per apporre il sigillo (*Regulus cum venisset ad signandum*), disse: ‘Ti chiedo che tu me le lasci in legato’ (*Rogo* inquit *has mihi leges*). Aurelia riteneva che scherzasse (*Aurelia ludere hominem putabat*), ma quello insisteva seriamente (*ille serio instabat*); in breve, obbligò la donna a riaprire le tavole testamentarie (*ne multa, coegit mulierem aperire tabulas*) e a legargli le vesti che essa portava (*ac sibi tunicas quas erat induta legare*); la sorvegliò mentre scriveva e volle vedere se l’avesse scritto (*observavit scribentem, inspexit an scripsisset*). Aurelia era però viva; egli la obbligò a ciò credendola prossima alla morte (*Et Aurelia quidem vivit, ille tamen istud tamquam morituram coegit*). Come se lo meritasse, costui riceveva eredità e legati (*Et hic hereditates, hic legata quasi mereatur accipit*).

Senza soffermarci sul ruolo assunto da Regolo<sup>37</sup>, il quale è intervenuto in qualità di ‘firmatario e testimone’ dell’atto (*ad signandum*)<sup>38</sup>, si può notare come Aurelia riapra il testamento senza alcuna formalità. Eppure, ancora in quell’epoca per le donne sussisteva la complessa procedura della *cōemptio fiduciae causa* (Gai 1.115<sup>39</sup>), a meno che non possedessero lo *ius trium liberorum*, introdotto da Augusto con la legge *Iulia et Papia*<sup>40</sup>.

Purtroppo, all’interno dello stesso epistolario, non è dato sapere chi fosse Aurelia<sup>41</sup>, se non che si trattasse di una donna ‘ornata’, non potendosi

<sup>37</sup> Nello studio di G. VETTORI, ‘*Bonae matronae*’, cit., 177, si cita anche un ulteriore episodio che coinvolge ancora Regolo, il quale «si presenta da una donna – scil. Verania - che giace gravemente malata ... (e personalmente antipaticissimo a lei) e, facendo leva sulla superstizione, riesce a ottenere una parte dei beni di lei. ... Verania chiede che le vengano portati i codicilli ... e assegna una quota a favore di Regolo». Su *Verania Gemina*, cfr. i riferimenti riportati dall’Autrice a nt. 135.

<sup>38</sup> Solo per fare qualche esempio testuale, si veda Ulp. 39 *ad ed.* D. 28.1.22.4, nel quale si afferma che la persona che non abbia apposto per iscritto il proprio nome, ma solo il sigillo, o viceversa, non verrà considerata testimone (*Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est atque si adhibitus non esset: et si ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus*). In particolare, sull’*obsignatio testamenti* si rinvia a S. SERANGELI, *Studi sulla revoca*, cit., 71.

<sup>39</sup> *Quod est tale: si qua velit quos habet tutores reponere et alium nancisci, illis tutoribus auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferioribus apparebit.*

<sup>40</sup> Cfr., sull’argomento, E. BISTO, *Il ‘ius liberorum’: tra procreazione e concessione imperiale. Una prima ricognizione delle fonti*, in *RDR*, XX, 2020, 127 ss.

<sup>41</sup> Cfr., ancora, G. VETTORI, ‘*Bonae matronae*’, cit., 177, nt. 139, con indicazione della dottrina che ha cercato di ricostruirne l’identità.

pertanto affermare se fosse o meno libera dalla tutela. Tuttavia, se fosse stata sottoposta al tutore fiduciario dopo le 'tre vendite', poiché Plinio è vissuto prima della riforma di Adriano, non si comprende perché 'il garante', assente nella storia, non abbia detto nulla.

Dalla vicenda si possono trarre le seguenti considerazioni, se si osserva: a) Aurelia si è scritta il testamento da sola, poiché la stessa lo riapre e aggiunge le vesti in successione a Regolo, non potendosi ritenere, a mio avviso, che queste siano state legate con l'ausilio di un codicillo, in quanto il lascito appare inserito all'interno delle *tabulae*; b) se non fosse intervenuto il 'cacciatore di eredità', il testamento sarebbe stato presentato ai testimoni solo per la '*signatura*'; c) con tutta probabilità, anche se non è certo, Regolo ha letto le altre disposizioni presenti nelle tavole dove è stato riportato il legato: infatti, dobbiamo considerare come lo stesso se ne fosse sincerato; d) se questa aggiunta, a suo favore fosse stata riportata alla fine del testamento, dopo la clausola di dolo e la menzione della *mancipatio familiae*, avrebbe comportato uno stravolgimento della struttura del testamento<sup>42</sup>.

##### 5. La segretezza dell'atto: un caso a mo' di esempio prima del Sc. Neroniano

In merito alla conoscibilità del contenuto dell'atto e del suo confezionamento, vorrei qui descrivere brevemente un episodio, questa volta narrato da Tac. *Ann.* 3.76, che riguarda l'apertura del testamento di Giunia Terzia, moglie di Gaio Cassio Longino e sorellastra di Marco Giunio Bruto (*C. Cassii uxor, M. Bruti soror*), organizzatori dell'assassinio di Giulio Cesare, la quale morì sessantaquattro anni dopo la battaglia di Filippi (*Et Iunia sexagesimo quarto post Philippensem aciem anno supremum diem explevit*).

Leggiamo che:

*... testamentum eius multo apud vulgum rumore fuit, quia in magnis opibus cum ferme cunctos proceres cum honore nominavisset Caesarem omisit. quod civiliter acceptum neque prohibuit quo minus laudatione pro rostris ceterisque sollemnibus funus cohonestaretur. ...*

<sup>42</sup> È sufficiente riferire della struttura del testamento di Antonio Silvano, già richiamato a nt. 31, il quale termina con la clausola di dolo, la *mancipatio familiae*, luogo e data e, infine, il riconoscimento dell'atto da parte del militare. Cfr., ancora, L. MIGLIARDI ZINGALE, *Il testamento*, cit., 301 ss. e L.C. COLELLA, *I testamenti*, cit., 199 ss.

Secondo quanto narra Tacito, l'apertura del testamento di Giunia fu oggetto di molto rumore tra la gente (*testamentum eius multo apud vulgum rumore fuit*) perché, pur possedendo grandi ricchezze e nominato tutti i nobili con onore (*quia in magnis opibus cum ferme cunctos proceres cum honore nominavisset*), omise il Principe (*Caesarem omisit*). Ciò fu accettato con dignità (*quod civiliter acceptum*) e non fu proibito che il funerale fosse onorato con una lode (*neque prohibuit quo minus laudatione*) e con altre cerimonie solenni (*pro rostris ceterisque sollemnibus funus cohonestaretur*).

Al di là del rapporto parentale e di coniugio con i Cesaricidi, ciò che colpisce è l'esclusione dell'imperatore da un lascito testamentario: infatti, secondo quanto si legge in dottrina<sup>43</sup>, questa era una «prassi ormai diffusa». Tenuto conto che Giunia Terzia apparteneva all'aristocrazia romana, sensibile certamente a tale prassi, perché non si seppe nulla di queste sue ultime volontà? Evidentemente perché se ne era assicurata l'assoluta segretezza, il che aveva provocato il 'chiacchiericcio' della gente all'apertura dell'atto cui lo stesso 'Cesare' (Tiberio) aveva reagito dignitosamente, non impedendo i funerali. Dunque, nessun ostacolo sopraggiunse contro il confezionamento delle *tabulae* della matrona romana. E come è possibile che ciò fosse avvenuto? Con tutta probabilità, si potrebbe supporre che la stessa Terzia abbia chiesto ai *domestici* di presenziare alla cerimonia di chiusura del testamento, come fece lo stesso Cicerone, secondo quanto da lui riportato in *Att.* 12.17[18a]<sup>44</sup> e correttamente rilevato in dottrina<sup>45</sup>.

La segretezza delle disposizioni appare, dunque, il criterio ormai seguito nella formalità testamentaria e il successivo Sc. Neroniano (61 d.C.), vigente ai tempi di Plinio il Giovane, nato nell'anno dell'emanazione del provvedimento, si pone solo come ulteriore baluardo per ovviare alla problematica dei falsari, un criterio questo adottato anche dall'*ornata femina Aurelia*.

Secondo quanto afferma Suet. *Nero* 17<sup>46</sup>:

<sup>43</sup> Cfr. G. VETTORI, 'Bonae matronae', cit., 171.

<sup>44</sup> A seguito delle critiche di Terenzia sul testamento di Cicerone (*quod scribis Terentiam de obsignatoribus mei testamenti loqui, primum tibi persuade me istaec non curare neque esse quicquam aut parvae curae aut novae loci*), egli si rende disponibile a farlo leggere a chiunque lo vorrà (*dabo meum testamentum legendum cui voluerit*), ciononostante, tenuto conto che non era necessaria una moltitudine di presenti, lo ha fatto sigillare da *domestici* (*quid enim opus erat multis? equidem domesticos iusseram*).

<sup>45</sup> S. SERANGELI, *Studi*, cit., 73.

<sup>46</sup> Tracce di questo Senatoconsulto, emanato sotto Nerone nel 61 d.C., si rinvengono nelle Paul. Sent. 5.25.6 (*Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitibus testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur atque impositae supra linum cerae signa imprimantur*).

*Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulae nisi pertusae ac ter lino per foramina traiecto obsignarentur; cautum ut testamentis primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur, ac ne qui alieni testamenti scriptor legatum sibi ascriberet.*

Per la prima volta, contro i falsari si escogitò (*Adversus falsarios tunc primum repertum*) di non sigillare le tavolette se non dopo averle perforate e aver passato tre volte un cordoncino attraverso i buchi (*ne tabulae nisi pertusae ac ter lino per foramina traiecto obsignarentur*). Per quanto concerne i testamenti, si ordinò che venissero presentate ai testimoni, per apporvi la firma, soltanto le due prime tavolette, con sopra il solo nome del testatore (*cautum ut testamentis primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur*), e si proibì che coloro i quali scrivevano un testamento per conto di altri, vi assegnassero un legato per sé (*ac ne qui alieni testamenti scriptor legatum sibi ascriberet*)<sup>47</sup>.

Pertanto, l'iter di sigillatura del testamento rientra in un procedimento puramente 'meccanico', ormai consolidato al tempo di Gaio (2.104), e al contenuto delle *tabulae* si fa riferimento attraverso la *nuncupatio* di rinvio.

Sono due gli spunti di riflessione che possiamo trarre dalle parole dello Scrittore delle vite dei Cesari.

Il primo riguarda il divieto in capo al *testamentarius* di attribuirsi dei legati: dunque, se si possa proporre una divergenza tra lo scritto e il voluto, da imputare anche al comportamento doloso dello scriba, egli è comunque escluso dalla possibilità di ottenere dei lasciti<sup>48</sup>.

---

*ut exteriori scripturae fidem interior servet. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent*), ma anche in I. 2.10.3 (... *ut hoc ius triperitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris*). Cfr. M.L. DE FILIPPI, *Il testamento segreto romano e il senatoconsulto neroniano*, in *CEL*, II, 2018, 34 ss. Tuttavia, è da rilevare come questa disposizione senatoriale sia differente dal più famoso provvedimento propriamente detto *Sc. Neronianum*, «emanato auctore Nerone Caesare», dove si prevedeva la conversione di un legato *per vindicationem* invalido in uno *per damnationem*, se ne avesse avuto i requisiti minimi, così come possiamo ricavare da Gai 2.197-198, 212, 218, 220, 222. Su tale ricostruzione si rinvia a E. VOLTERRA, *Senatoconsulta*, in *Nuovo dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 1070 s. Cfr., da ultimo, *Ricerche sulle tecniche di scrittura delle Istituzioni di Gaio*<sup>2</sup>, a cura di P. Arces, Torino, 2022, 102 ss.

<sup>47</sup> Cfr., sul tema del falso, più di recente, M.G. RIZZI, *Poenam legis Corneliae ... statuit. L'apporto della legislazione imperiale allo sviluppo del falso in età classica*, Roma, 2022, in particolare, Cap. II.

<sup>48</sup> La sola via percorribile dal *testamentarius* sarebbe stato un accordo sottostante all'inse-

Il secondo, sicuramente più interessante, a mio modesto avviso, è osservare come, per combattere i falsari, l'unica indicazione visibile fosse il nome del testatore.

Tutto questo ci riporta alla questione iniziale: in base a quale elemento si può ritenere che vi sia un errore di nomina nel testamento? È chiaro come l'atto fosse, nella maggior parte dei casi, inequivocabilmente segreto<sup>49</sup>.

Una conferma esplicita la ricaviamo, *a contrario*, da un passo ancora di Ulp. 46 *ad ed.* D. 28.3.11, nel quale si sostiene che un secondo testamento, sigillato da sette testimoni, ma nelle cui tavole non è scritto nulla, non rompe il *prius*, perché il «successivo è inesistente» (*Si binae tabulae proferantur diversis temporibus factae, unae prius, alia postea, utraeque tamen septem testium signis signatae, et apertae posteriores vacuae inventae sint, id est nihil scriptum habentes omnino, superius testamentum non est ruptum, quia sequens nullum est*)<sup>50</sup>. Se il testamento non soggiacesse alla regola della segretezza, non si spiegherebbe, allora, la presenza di tavole validamente 'chiuse', ma vuote al loro interno.

## 6. Una breve conclusione

Alla luce di quanto abbiamo riferito fin qui, una conferma nella direzione che il testamento a Roma fosse, oltre che segreto, anche e soprattutto 'meditato', lo leggiamo chiaramente in un passo di Seneca, sulla cui conoscenza del diritto è inutile qui discutere<sup>51</sup>.

Mi riferisco a Sen. *ben.* 4.11.4-6, nel quale si chiarisce ulteriormente come vengano scelti gli eredi:

*Quid? Cum ipso vitae fine constitimus, cum testamentum ordinamus, non beneficia nihil nobis profutura dividimus? Quantum temporis consumitur, quam diu secreto agitur, quantum et quibus demus! ... 5. Atqui numquam diligentius damus, numquam magis iudicia nostra torquemus, quam ubi remotis utilitatibus solum ante oculos honestum stetit. Tam diu*

---

rimento nel testamento di un prelegato a favore dell'erede consenziente, che avrebbe poi trasferito la *res* allo scriba medesimo. Sul punto si rinvia, sopra, nt. 31.

<sup>49</sup> S. SERANGELI, *Studi*, cit., 87.

<sup>50</sup> Sull'interpretazione del frammento, si rinvia a R. MARINI, '*Prius testamentum*', cit., 117 ss.

<sup>51</sup> Cfr., per tutti, il recente studio di F. BERTOLDI, *Lessico giuridico di Lucio Anneo Seneca*, Modena, 2021, *passim*.

*officiorum mali iudices ... ubi mors interclusit omnia et ad ferendam sententiam incorruptum iudicem misit, quaerimus dignissimos, quibus nostra tradamus ... 6. At mehercules tunc magna voluptas subit cogitantem: «hunc ego locupletiores faciam et interim huius dignitati adiectis opibus aliquid splendoris adfundam». Si non damus beneficia nisi recepturi, intestatis moriendum sit.*

Seguendo le parole del Maestro di Nerone, quando si arriva alla fine della nostra vita e facciamo testamento, forse che non dividiamo dei benefici che non ci arrecheranno alcun frutto? (*Cum ipso vitae fine constitimus, cum testamentum ordinamus, non beneficia nihil nobis profutura dividimus?*) Quanto tempo consumiamo, quali lunghi esami compiamo nel nostro intimo per decidere l'entità ed i destinatari dei nostri lasciti! (*Quantum temporis consumitur, quam diu secreto agitur, quantum et quibus demus!*). Eppure, mai siamo più oculati nel donare, mai più meticolosi nel giudicare, come quando, eliminato ogni tornaconto, abbiamo l'idea del bene come unica meta (*Atqui numquam diligentius damus, numquam magis iudicia nostra torquemus, quam ubi remotis utilitatibus solum ante oculos honestum stetit*). Proprio noi, che siamo stati così cattivi giudici dei nostri doveri (*Tam diu officiorum mali iudices ...*), quando la morte non lascia posto per tutte le altre cose e ci fornisce per le nostre sentenze un irreprensibile criterio di giudizio, ricerchiamo i più meritevoli per affidar loro i nostri beni (*ubi mors interclusit omnia et ad ferendam sententiam incorruptum iudicem misit, quaerimus dignissimos, quibus nostra tradamus ...*). Allora, una grande gioia penetra nell'animo di chi pensa: «io contribuirò ad ampliare il patrimonio di costui e aggiungendo altre ricchezze, arrecherò lustro al suo rango sociale» (*tunc magna voluptas subit cogitantem: «hunc ego locupletiores faciam et interim huius dignitati adiectis opibus aliquid splendoris adfundam»*). Se noi facciamo il bene solo con la speranza di una ricompensa, allora dovremmo morire senza far testamento! (*Si non damus beneficia nisi recepturi, intestatis moriendum sit*)<sup>52</sup>.

Al di là dell'ovvia rettitudine morale di Seneca, il testamento viene descritto come mezzo di 'riflessione' sull'operato della vita, non potendosi qui ritenere, dato il tenore generale del passo, che egli faccia esclusivo riferimento al proprio *modus procedendi* di confezionamento dell'atto, troviamo così un'ulteriore conferma che, essendo i lasciti meditati, essi sono il frutto

<sup>52</sup> Ho adattato qui la traduzione di S. Guglielmino, Lucio Anneo Seneca, *I benefici. Testo latino, introduzione, versione e note*, Bologna, 1971, 211.

di una riflessione personalissima e segreta, almeno se si sceglie tale via<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> L'unica accortezza è quella di evitare che il testamento sia scritto in modo errato, se si preferisce non chiedere ausilio a un *testamentarius*. Si tratta del caso riportato da Scaev. 3 resp. D. 31.88.17: «*Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*»: deinde heredes instituit. quaesitum est intestati eius bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt. respondi secundum ea quae proponerentur posse. Secondo l'interpretazione di M. AMELOTI, *Il testamento*, cit., 114 nt. 6, «... il testamento è invalido, e solo l'acutezza di Scevola trova il modo di salvarne le disposizioni a titolo di fedecommesso, ravvisando nella dichiarazione del testatore una clausola codicillare».

Sara Galeotti

*Oltre le parole: l'interpretazione della  
'voluntas testatoris' nell'esempio della 'causa curiana'*

*Praedicta [magis attendi mens, quam ipsa verba] fortius  
militant in ultimis voluntatibus ubi semper debet attendi  
voluntas testatoris, tanquam regina, potius quam verba ...  
mentem et rationem testatoris esse considerandam,  
etiam si sit contra eius verba*  
Giasone del Maino\*

SOMMARIO: 1. Una *cause célèbre* – 2. Volontà e interpretazione nella manualistica retorica – 3. La controversia ereditaria per morte del *pupillus* nel *De inventione* – 4. Formalismo esegetico *vs* interpretazione equitativa? – 5. Le ragioni di una vittoria

1. Una *'cause célèbre'*

Discussa agli albori del I secolo a.C.<sup>1</sup>, la *causa Curiana* lumeggia in

\* I. MAYNI, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Lugduni, 1581, *Comm. ad D.* 2.14.7.7, *de pactis*, § *praetor ait*, n. 19, f. 154v.

<sup>1</sup> Sulla collocazione cronologica della *causa Curiana*, v., *ex aliis*, F.P. BREMER, *Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I. *'Liberiae rei publicae iuris consulti'*, Lipsiae, 1896, 46; J. STROUX, *Summum ius summa iniuria*. *Ein Kapitel aus der Geschichte der 'interpretatio iuris'* (Abhandlung erschien in der *Festschrift P. Speiser-Sarasin zum 80. Geburtstag am 16. Oktober 1926 überreicht von seinen Kindern*), Leipzig-Berlin, 1926, 28 s., da cui si cita, ripubblicato, con traduzione in lingua italiana di G. Funaioli e prefazione di S. Riccobono, in *AUPA*, XII, 1929, 639 ss. (pagina 672, con riguardo all'inquadramento storico della controversia); B. PERRIN, *La substitution pupillaire à l'époque de Cicéron (Étude de quelques textes)*, in *RHD*, IV<sup>e</sup> ser., XXVI, 1949, 363 s.; E. MALCOVATI, *'Oratorum Romanorum fragmenta'*<sup>2</sup>, Torino, 1955, 245; F. WIEACKER, *The 'Causa Curiana' and Contemporary Roman Jurisprudence*, in *The Irish Jurist*, II, fasc. 1, 1967, 151; A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971, 44, 53, 94; ID., *Law-making in the Later Roman Republic*, Oxford, 1974, 106, 129; R. DÜLL, *'Seneca Iurisconsultus'*, in *ANRW*, II.15, 1976, 370; G. FALCHI, *Interpretazione 'tipica' nella 'causa Curiana'*, in *SDHI*, XLVI, 1980, 387, nt. 6; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*<sup>2</sup>, Napoli, 1982, 86, nt. 70; J.W. TELLEGEN, *'Oratores', 'Jurisprudentes' and the 'Causa Curiana'*, in *RIDA*, III<sup>e</sup> ser., XXX, 1983, 296; J.W. VAUGHN, *Law and Rhetoric in the 'Causa Curiana'*, in *ClAnt*, IV, fasc. 2, 1985, 208; A. TORRENT, *'De conservando iure civili': los antagonismos forenses en*

modo paradigmatico le complesse intersezioni tra retorica, pratica oratoria e diritto, che peculiarmente connotano il contesto giudiziario dell'ultimo scorcio della *res publica*<sup>2</sup>. Alla sua qualità d'*exemplum* ideale si deve, del

la 'causa Curiana', in *BIDR*, LXXXIX, 1986, 146; A. BURDESE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in *BIDR*, XCI, 1988, 193, ripubblicato in voce *Interpretazione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, X, Torino, 1993, 6; F. LAMBERTI, *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, 136, nt. 69; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I. *Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, 240; U. MANTHE, *Ein Sieg der Rhetorik über die Jurisprudenz. Der Erbschaftsstreit des Manius Curius – eine wertene Chance der Rechtspolitik*, in *Große Prozesse der römischen Antike*, herausgegeben von U. Manthe und J. von Ungern-Sternberg, München, 1997, 74; G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, 82, nt. 6; J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Law and Rhetoric in the 'causa Curiana'*, in *OIR*, VI, 2000, 171; G. NEGRI, *Cicerone come fonte di cognizione del diritto privato romano. L'esempio della 'causa Curiana': appunti per una ricerca*, in *Ciceroniana*, XIII (= *Atti del XIII Colloquium Tullianum*, Milano, 27-29 marzo 2008), 2009, 165 (on-line 2016: <https://doi.org/10.13135/2532-5353/1447>); L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti di diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 2012, 30, nt. 11; A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei 'Responsa' di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, 131; PH. THOMAS, *The Intention of the Testator: From the 'Causa Curiana' to Modern South African Law*, in *Inter cives necnon peregrinos. Essays in Honour of B. Sirks*, edited by J. Hallebeek, M. Schermaier, R. Fiori, E. Metzger, Jean-Pierre Coriat, Göttingen, 2014, 727; A.A. RASCHIERI, *Retorica, pratica oratoria e diritto: le cause di eredità nel 'De inventione' di Cicerone*, in *AAT*, CXLIX, 2015, 139; B. CORTESE, *Tra 'aequitas' e 'ius' nella causa curiana*, in *Iura*, LXVII, 2019, 51; U. BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte. Römisches Erbrecht*<sup>2</sup>, Wien-Köln-Weimar, 2021, 302; S. BARBATI, *La 'vetus atque usitata exceptio' – 'cuius pecuniae dies fuisset' – di Cic. De orat. 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la 'pluris petitio tempore' nel processo per 'legis actiones'*, in *Scripta Extravagantia. Studi in ricordo di F. Zuccotti*, a cura di I. Fagnoli, Milano, 2024, 74.

<sup>2</sup> Cfr. J. STROUX, 'Summum ius', cit., 16 s., 28 s.; G. LA PIRA, *La genesi del sistema della giurisprudenza romana*, I. *Problemi generali*, Siena, 1934, 3 ss. (estratto da *Studi in onore di F. Virgilì nel XL anno d'insegnamento*, Roma, 1935, 159 ss.), ora in *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano* (da cui si cita), a cura di P. Giunti, Firenze, 2019, 321 ss., segnatamente 330 ss.; Id., *La genesi del sistema della giurisprudenza romana*, II. *L'arte sistematrice*, in *BIDR*, XLII, 1934, 336 ss., ora in *La fondazione* (da cui si cita), cit., 337 ss., in specie 339 ss., 345 ss.; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, 254 ss., 263 ss.; U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, 36 ss.; F. WIEACKER, *The 'Causa Curiana'*, cit., 153; B. SCHMIDLIN, 'Horoi', 'pithana' und 'regulae' – *Zum Einfluß der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung*, in *ANRW*, II.15, cit., 101 ss.; M. BRETONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 300 ss.; A. BURDESE, voce *Interpretazione*, cit., 7; C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 218 ss., 239 s.; G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano*<sup>3</sup>, Bologna, 2000, 409 ss.; J. DUGAN, *Making a New Man: Ciceronian Self-Fashioning in the Rhetorical Works*, Oxford, 2005, 75 ss.; A. SCHIAVONE, 'Ius'. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, *passim*; S. MASUELLI, *Interpretazione, chiarezza e oscurità in diritto romano e nella tradizione romanistica*. I. *Interpretazione: tratti di un percorso concettuale*,

resto, la frequenza con la quale Cicerone<sup>3</sup> ne richiama gli svolgimenti all'interno di pagine destinate alla formazione del giovane *advocatus* – dal *De inventione*<sup>4</sup> alla *Pro Caecina*<sup>5</sup>, dal *De oratore*<sup>6</sup> al *Brutus*<sup>7</sup>, ai *Topica*<sup>8</sup> –, nonché la circostanza la controversia continui a rappresentare tanto un osservatorio privilegiato per l'indagine delle tecniche di interpretazione della *voluntas* testamentaria, quanto un'occasione di dialogo tra romanisti e cultori della letteratura giuridica romana<sup>9</sup>.

Il tessuto diegetico del caso è ben conosciuto: un cittadino romano, dal nome ignoto<sup>10</sup>, confidando nella possibilità d'avere uno o più figli, designa erede il potenziale nascituro, istituendo contestualmente, in caso di morte in minore età di quest'ultimo, un certo Manio Curio quale *heres substitutus*.

All'apertura del testamento, accertata la mancata nascita del *pupillus*, mai davvero concepito, Curio domanda per sé i beni ereditari, facendo

---

in *RDR*, VIII, 2008, 29 ss. (paginazione del documento a stampa, disponibile on-line al link: <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano08Masuelli.pdf>); L. VACCA, *La giurisprudenza*<sup>2</sup>, cit., 23 ss., 38 s., 48; L. SOLIDORO, 'Aequitas' e 'ius scriptum'. *Profili storici*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, I, 2012, 249 ss.; G. BELLINI, 'Quorum maxima consilia et ingenia': i maestri di Cicerone nel 'corpus' delle orazioni, in *MIL*, XLVII, 2017, 60 s.; A.A. RASCHIERI, *Il lessico retorico latino delle 'partes orationis' tra sincronia e diacronia*, in *Pallas*, CIII, 2017, 319; M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino, 2017, 43 ss. Sui debiti della giurisprudenza romana verso la filosofia greca, v. invece, *ex aliis*, H. COING, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in *ZSS*, LXIX, 1952, 24 ss., in particolare 29 (sull'ascendenza filosofica, soprattutto aristotelica, della «Kunst der Definition», nonché della «Unterscheidung von genera und species»); M. BRETONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 182 s., 188 s.; C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 216 ss.; G. CRIFÒ, *Lezioni*<sup>3</sup>, cit., 408 s., 412.

<sup>3</sup> Ma non solo; il valore esemplare della controversia sul piano dell'azione performativa emerge anche da Quint. *Inst.* 7.6.9: *sed ut qui voluntate nitetur scriptum, quotiens poterit, infirmare debet, ita, qui scriptum tuebitur, adiuare se etiam voluntate temptabit. In testamentis et illa accidunt, ut voluntas manifesta sit, scriptum nihil sit: ut in iudicio Curiano, in quo nota L. Crassi et Scaevolae fuit contentio.*

<sup>4</sup> Cic. *inv.* 2.42.122-124. V. anche oltre, § 3.

<sup>5</sup> Cic. *Caec.* 18.53, 24.67, 24.69.

<sup>6</sup> Cic. *de or.* 1.39.180, 1.56.238, 1.57.242-244, 2.6.24, 2.32.140 s., 2.54.220-222.

<sup>7</sup> Cic. *Brut.* 39.144-145, 52.194-197, 73.256.

<sup>8</sup> Cic. *Top.* 10.44.

<sup>9</sup> Così, precisamente, G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 165.

<sup>10</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 240. Altri studiosi (per esempio B. PERRIN, *La substitution*, cit., 364; F. WIEACKER, *The 'Causa Curiana'*, cit., 154 e nt. 10; J.W. TELLEGEN, 'Oratores', cit., 296; F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 137; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 83; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 165; A. SPINA, *Ricerche*, cit., 131, nt. 140; A.A. RASCHIERI, *Retorica*, cit., 139; B. CORTESE, *Tra 'aequitas'*, cit., 57) designano come Coponio anche il testatore.

leva sull'inveramento della condizione della sostituzione; di opposto avviso, l'*adgnatus proximus*, Marco Coponio, lo cita innanzi al tribunale<sup>11</sup> dei *centumviri*<sup>12</sup>, rivendicando, in qualità di successore legittimo, l'eredità<sup>13</sup>. A rappresentare le ragioni del querelante è Q. Mucio Scevola, mentre L. Licinio Crasso assume la difesa di Curio.

*Cause célèbre*<sup>14</sup>, la controversia è presentata come modello di conflitto scaturente dalla dialettica tra la coppia oppositiva testo-volontà (*scriptum-sententia*)<sup>15</sup>: il patrociniante dell'*adgnatus* avrebbe fondato, infatti, la

<sup>11</sup> Sull'opportunità dell'uso del termine 'tribunale' v., però, le osservazioni di L. GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'centumviri'. Origini e competenze*, Milano, 2002, 99, nt. 2.

<sup>12</sup> Con riguardo alla procedura da intentare innanzi al tribunale centumvirale cfr., *ex aliis*, M. WŁASSAK, voce *'Centumviri (I. Richter)'*, in *RE*, III.2 (Halbband 6: *Campanus ager-Claudius*), Stuttgart, 1899, col. 1940 ss.; *Id.*, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien, 1921, 4 ss. e 197; A. CARCATERRA, *La 'hereditatis petitio' (primi appunti)*, in *Ann. Bari*, XVIII, 1940, 43 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II. *Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948, 242 s.; B. PERRIN, *La substitution*, cit., 366; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, 197 ss., 275 ss., 399 ss., 415 ss., 435 ss. e 442 ss.; J.M. KELLY, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976, 9 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en derecho romano. 'Querrela inofficiosi testamenti': fundamentos y régimen clásico*, Granada, 1998, 147 e, più recentemente, L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 128 ss., specialmente 135 ss. (ulteriore letteratura in nota); M. MARRONE, *'Querrela inofficiosi testamenti' (Lezioni di diritto romano)*. Edizione rivista con una nota di lettura, una nota bibliografica e un indice delle fonti, a cura di M. De Simone, Palermo, 2024, 63 ss., 101 ss.

<sup>13</sup> Diversamente C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 241, secondo il quale l'azione (una *vindicatio hereditatis*) sarebbe stata intentata da Curio contro Coponio. Per vero, stando all'ordine di parola, non mi pare che tale ipotesi possa essere accolta. Egualmente, direi che supporti la ricostruzione da me proposta quanto riferito da Cic. *inv.* 2.42.122: ... *ambigunt adgnati cum eo, qui est heres, si filius ante, quam in tutelam veniat, mortuus sit*, e Quint. *Inst.* 7.6.10: ... *propinqui bona sibi vindicabant...* Sul punto (con una indicazione dei ruoli processuali analoga a quella proposta nel testo), v., *ex aliis*, anche B. PERRIN, *La substitution*, cit., 365; F. WIEACKER, *The 'Causa Curiana'*, cit., 155 e nt. 14, 157 e nt. 21; J.W. TELLEGEN, *'Oratores'*, cit., 296; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 83 e nt. 8; J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Law*, cit., 171; L. VACCA, *La giurisprudenza*<sup>2</sup>, cit., 30, nt. 11; A. SPINA, *Ricerche*, cit., 131, nt. 140; PH. THOMAS, *The Intention*, cit., 728 s.; B. CORTESE, *Tra 'aequitas'*, cit., 57.

<sup>14</sup> «Ni l'un ni l'autre, ni Coponius, le défunt, ne doivent être des personnages de grande illustration (...). La célébrité, ce sont les avocats qui la monopolisent»: così B. PERRIN, *La substitution*, cit., 364.

<sup>15</sup> Cfr. C.A. MASCHI, *Studi sull'interpretazione dei legati. 'Verba' e 'voluntas'*, Milano, 1938, 38; B. PERRIN, *La substitution*, cit., 529 ss.; S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano, 1949, 52 s., ripubblicato a cura di M. Campolunghi e C. Lanza, Roma, 2013, 45; U. WESEL, *Zur Deutung und Bedeutung des 'Status Scriptum et Sententia'*, in *TR*, XXXVIII, 1970, 351 ss.; F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 138 e nt. 73; J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Law*, cit., 172.

propria argomentazione su un'interpretazione letterale delle disposizioni testamentarie, ribadendo la necessità d'anteporre il tenore testuale alle mere congetture, sia per la natura peculiare della materia successoria, sia – soprattutto – per esigenze di certezza del diritto. Segnatamente, Q. Mucio Scevola, eccedendo il mancato inveramento della condizione<sup>16</sup> posta dal *de cuius* (per morire, occorre prima nascere!)<sup>17</sup>, avrebbe sostanzialmente la propria perorazione con una formulazione alternativa della clausola adottata nel testamento, onde dimostrare l'inadeguatezza<sup>18</sup> di quest'ultima al raggiungimento del preteso scopo – assicurare il subentro di Curio al pupillo<sup>19</sup>.

Al fine di difendere le ragioni del convenuto, Crasso avrebbe invece contestato la rigidità del ragionamento avversario, spostando il fulcro dell'argomentazione dai *verba* alla *voluntas* di Coponio. Secondo il retore, gli intimi desideri del testatore avrebbero dovuto prevalere sullo *scriptum*, in nome dell'equità e della ragionevolezza; per quanto ambigua potesse apparire la formulazione del testamento, non sarebbero state invero dubbie le reali intenzioni da esso veicolate: rendere Curio erede in assenza d'un figlio giunto a età matura – poco importa se per premorienza rispetto al raggiungimento della *testamenti factio* attiva, ovvero perché mai venuto al mondo. Del resto, se da un lato non avrebbe potuto domandarsi a un *de cuius* la perizia tecnica del giurista<sup>20</sup>, dall'altro occorreva riconoscere come fossero ormai invalse

<sup>16</sup> Il testatore avrebbe designato Curio come sostituto pupillare pressappoco con queste parole: '*Si mihi filius genitur unus pluresve, is mihi heres esto; si filius ante moriatur quam in tutelam suam venerit, tum mihi M. Curius heres esto*' (Cic. *inv.* 2.42.122; *de or.* 1.39.180). Sul punto, v. M. BREONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 112 e nt. 31; F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 137 s.; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 87 ss. e nt. 21; J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Law*, cit., 194.

<sup>17</sup> Puntualizzazione sulla quale l'avversario non avrebbe mancato di fare ironia: Cic. *de or.* 1.57.243: *Ac mea quidem sententia – frequens enim te audivi atque adfui – multo maiorem partem sententiarum sale tuo et lepore et politissimis facetiis pellexisti, cum et illud nimium acumen inluderet et admirarere ingenium Scaevolae qui excogitasset nasci prius oportere quam emori...* In argomento, v., *ex aliis*, B. PERRIN, *La substitution*, cit., 360, 368; C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 248; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 90 e nt. 26; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 170.

<sup>18</sup> V. specialmente G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 89 s.

<sup>19</sup> Diversamente sarebbe accaduto con la formula d'uso comune nei giorni in cui Gaio vive, e che l'istituzionista riferisce in Gai 2.179: '*Titius filius meus mihi heres esto. Si filius meus mihi heres non erit, sive heres mihi erit et is prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto*'. In argomento, v. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, II. *Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*, Milano, 1963, 160 ss., cui *adde* M. BREONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 112 e nt. 31; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 166.

<sup>20</sup> Sul punto, v. M. BREONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 111, 116.

nella prassi testamentaria formule analoghe a quella impiegata da Coponio<sup>21</sup> – così almeno suggerirebbero, a giudizio del retore, i *responsa* d'illustri giureconsulti, invocati a sostegno di argomentazione siffatta.

Com'è noto, i *centumviri* parvero ritenere la tesi di Crasso più persuasiva di quella sostenuta da Scevola, assegnando di conseguenza a Curio l'eredità contesa: ma fu una vittoria del diritto, oppure della retorica? La capacità di convincimento di un oratore in grado di attingere a una efficace strategia argomentativa avrebbe saputo davvero, all'occorrenza, prevalere sulla perizia tecnica del giurista?<sup>22</sup>

Movendo da tali interrogativi, questo studio vorrebbe proporre una rilettura della controversia coerente con la mentalità giuridica romana, al fine di restituirne l'autentico significato sia nel contesto della prassi giudiziaria tardorepubblicana, sia sul piano della coeva riflessione in tema d'interpretazione delle disposizioni d'ultima volontà.

## 2. Volontà e interpretazione nella manualistica retorica

A dispetto della ben nota matrice culturale, l'arte dell'eloquenza romana non costituisce una semplice riproposizione della *téchne retoriké* aristotelico-ermagorea<sup>23</sup>; esiti del tutto originali debbono considerarsi,

<sup>21</sup> L'argomento parrebbe più convincente che non del tutto rispondente a verità, o Marco Aurelio e Lucio Vero non avrebbero sentito la necessità d'intervenire, con una loro costituzione, in ordine a una fattispecie analoga a quella qui discussa: Mod. *l. s. de heremat.* D. 28.6.4 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.* Cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 139; A. SPINA, *Ricerche*, cit., 132; S. PULIATTI, *'De cuius hereditate agitur'. Il regime romano delle successioni*, Torino, 2016, 111.

<sup>22</sup> «... Il prevalere della tesi di Crasso (...) fu dovuto probabilmente più ad un migliore uso della retorica forense che ad una 'scelta' di politica del diritto del tribunale giudicante in favore dell'*aequitas* piuttosto che in favore dello *strictum ius*», suggerisce L. VACCA, *La giurisprudenza*<sup>2</sup>, cit., 48, come già U. WESEL, *Zur Deutung*, cit., 352, secondo il quale «... er hatte Glück. Crassus kam vor ein Gericht von hundert Männern und nicht vor den *iudex unus* mit seinen juristischen Beratern». Su posizioni vicine a quelle di Letizia Vacca anche C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 250, che ritiene, a dispetto degli argomenti giuridici pure sollevati, la vittoria del patrocinatore di Curio imputabile, soprattutto, a un efficace uso degli strumenti della retorica. *Contra*, però, L. SOLIDORO, *'Aequitas'*, cit., 249.

<sup>23</sup> Cic. *Brut.* 7.26: *Testis est Graecia, quae cum eloquentiae studio sit incensa iamdiuque excellat in ea praestetque ceteris, tamen omnis artis vetustiores habet et multo ante non inventas solum sed etiam perfectas, quam haec est a Graecis elaborata dicendi vis atque copia.*

piuttosto, tanto il ruolo educativo affidato allo studio e alla pratica della disciplina, che la sistematicità delle formulazioni didattiche. Per quanto qui interessa, sono, in particolare, i primi decenni del I secolo a.C. a segnare l'emergere di tecniche argomentative destinate a esercitare un influsso profondo sulla costruzione stessa del diritto giurisprudenziale romano<sup>24</sup>. In quel torno di anni, nella trattatistica dedicata all'arte della persuasione e all'analisi delle strutture del discorso, ci s'imbatte, infatti, in riflessioni che investono in modo diretto la sfera del *ius civile* e che rivelano, attraverso la riconduzione di contratti, testamenti e deliberazioni individuali alla più ampia categoria delle *leges privatae*<sup>25</sup>, una sostanziale continuità di linguaggio tra diritto e retorica<sup>26</sup>.

Soprattutto, una costante che si rinviene in opere siffatte è la tendenza ad affrontare il problema del significato giuridico di un atto movendo dal rapporto tra la volontà del disponente e la formulazione linguistica che ne veicola l'intento, oppure attraverso il richiamo a principi d'ordine superiore, volti ad assicurare coerenza tra l'atto in sé e i principi del *ius*. L'efficacia di quest'approccio, nato nell'ambito dell'oratoria forense, si apprezza da subito ben oltre i confini del discorso persuasivo, tanto da trovare risponderne concrete nella riflessione dei giuristi coevi: echi del modello argomentativo delineato nella *Rhetorica ad Herennium* –

---

*In quam cum intueor, maxime mihi occurrunt, Attice, et quasi lucent Athenae tuae, qua in urbe primum se orator extulit primumque etiam monumentis et litteris oratio est coepta mandari. 27. Tamen ante Periclem, cuius scripta quae dam feruntur, et Thucydidem, qui non nascentibus Athenis sed iam adultis fuerunt, littera nulla est quae quidem ornatum aliquem habeat et oratoris esse videatur. Quamquam opinio est et eum, qui multis annis ante hos fuerit, Pisistratum et paulo seniore etiam Solonem posteaque Clisthenem multum ut temporibus illis valuisse dicendo.* In argomento, cfr. J. STROUX, 'Summum ius', cit., 20 ss., 35 ss.; U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre*, cit., 22 ss.; S. MASUELLI, *Interpretazione*, cit., 31 s., nt. 144; M. BRUTTI, *Interpretare*, cit., 46 s. V., inoltre, H. LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft*, München, 1960, 64 s. (in specie sulla nozione di *status*); A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, 55 ss.; B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, 1994, 30 ss.; R.N. GAINES, *Roman Rhetorical Handbooks*, in *A Companion to Roman Rhetoric*, edited by W. Dominik and J. Hall, Malden (MA), 2010, 165 s.

<sup>24</sup> Cfr. J. STROUX, 'Summum ius', cit., 28; G. LA PIRA, *La genesi*, I, cit., 330 ss.; ID., *La genesi*, II, cit., 339 ss., 343 ss.; A. BURDESE, voce *Interpretazione*, cit., 7; L. SOLIDORO, 'Aequitas', cit., 249 ss.; M. BRUTTI, *Interpretare*, cit., 43 ss., 46 ss.

<sup>25</sup> In argomento, precisa M. BRUTTI, *Interpretare*, cit., 44, nt. 17: «nella retorica romana ... gli esempi di interpretazione delle *leges privatae* sono collegati alle discussioni sulle *leges publicae*, mentre nei testi giuridici (giunti fino a noi) riferibili all'età repubblicana queste sembrano avere minore spazio». V. anche, ivi, 47 s.

<sup>26</sup> Cfr. A.A. RASCHIERI, *Retorica*, cit., 138.

opera anonima redatta attorno all'80 a.C.<sup>27</sup> – e, in forma affine, nel *De inventione* ciceroniano, risuonano, per esempio, nei frammenti attribuiti a Q. Mucio Scevola, non a caso definito «il più eloquente tra i giureconsulti»<sup>28</sup> proprio dall'Arpinate.

Non si tratta, beninteso, di una lode legata al prestigio dell'uomo pubblico e dell'intellettuale; giudizio siffatto, piuttosto, lumeggia, nell'opera del giurista, tracce d'una indubbia familiarità con le scienze del trivio, in un contesto culturale che vede riflessione giuridica e *ars*<sup>29</sup> oratoria condividere strumenti logici e metodologici. Una condivisione d'uso che non è, però, identità di metodo, come evidenza, con chirurgica precisione, Carlo Augusto Cannata:

Quinto Mucio si inseriva in una tradizione plurisecolare di giuristi, che avevano già costruito scientificamente la loro disciplina (...). Per lui come per loro, l'impiego di strumenti della grammatica o della dialettica rappresentava un mezzo per far evolvere la scienza giuridica nella dimensione delle possibilità offerte dalla cultura contemporanea, non di sostituire la giurisprudenza con una nuova idea del sapere<sup>30</sup>.

Una struttura del discorso ordinata secondo schemi astratti, ispirati alla sistematicità della dialettica stoica, è senz'altro funzionale all'azione didattica dei trattati di retorica; nei testi giurisprudenziali, modelli siffatti emergono

<sup>27</sup> Sulla collocazione cronologica dell'opera, v., per tutti, R.N. GAINES, *Roman Rhetorical Handbooks*, cit., 170 s. (171 ss. per i rapporti con il *De inventione* ciceroniano) e letteratura ivi citata.

<sup>28</sup> Cic. *de or.* 1.39.180: ... *Q. Scaevola, aequalis et conlega meus, homo omnium et disciplina iuris civilis eruditissimus et ingenio prudentiaque acutissimus et oratione maxime limatus atque subtilis atque, ut ego soleo dicere, iuris peritorum eloquentissimus, eloquentium iuris peritissimus...* (qui è Crasso, in verità, a pronunciare parole di ammirazione per l'avversario); *Brut.* 39.145: ... *ut eloquentium iuris peritissimus Crassus, iuris peritorum eloquentissimus Scaevola putaretur...*

<sup>29</sup> Sul concetto di '*ars*' quale «insieme di attività, nonché delle relative regole e tecniche, rivolte ad un dato scopo o complesso unitario di scopi», v. specialmente F. GALLO, *L'officium' del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, 239, che, richiamando il contenuto della voce in Æ. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*<sup>3</sup>, I, Patavii, 1965, 328 s. e '*Thesaurus linguae Latinae*' (= *ThLL*), II, (*An-Byzeres*), Lipsiae, 1900-1906, col. 656 ss., osserva come «nell'ambiente culturale romano, a proposito della definizione celsina di *ius* (...), l'inclusione nell'*ars* concerne sempre l'intera area delle attività e relative regole e tecniche, rivolte alle distinte finalità che individuano ciascuna arte. Ciò vale per la medicina, per l'architettura, l'agricoltura, la retorica, la poesia, ecc.». Nella stessa direzione, invero, già G. LA PIRA, *La genesi*, II, cit., 338, 348 s.

<sup>30</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 265.

invece nell'applicazione concreta, senza che ne venga offerta una teorizzazione autonoma. È nella prassi, cioè, più che nel ricorso alla definizione, che si rivela l'impostazione metodologica della giurisprudenza romana<sup>31</sup>.

Altrettanto evidente, tuttavia, è una qualche prossimità dei due ambiti, suggerita dalla perfetta adattabilità al contenzioso civile<sup>32</sup>, le cui *causae* ruotano intorno all'interpretazione di un testo o alla qualificazione di un fatto, di modelli di argomentazione nati per l'oratoria pubblica e penale:

*Auct. ad Her. 1.18: Constitutiones itaque, ut ante diximus, tres sunt: coniecturalis, legitima, iuridicialis. Coniecturalis est, cum de facto controversia est (...). Hic coniectura verum quaeritur; de facto erit controversia: ex eo constitutio causae coniecturalis nominatur. 19. Legitima est constitutio, cum <in> scripto aut e scripto aliquid controversiae nascitur. Ea dividitur in partes sex: scriptum et sententiam, contrarias leges, ambiguum, definitionem, translationem, ratiocinationem. Ex scripto et sententia controversia nascitur, cum videtur scriptoris voluntas cum scripto ipso dissentire (...) 20. Ex contrariis legibus controversia constat, cum alia lex iubet aut permittit, alia vetat quippiam fieri (...).*

Il cosiddetto *status coniecturalis* – spiega l'anonimo autore *ad Herennium* – riguarda l'accertamento di un evento: la discussione verte su quanto accaduto (*an sit?*) e solo in un secondo momento se ne offre una qualificazione giuridica. Lo *status legitimus*, per converso, allude a una controversialità discendente dal testo normativo o negoziale, ulteriormente scindibile in più

<sup>31</sup> M. BRUTTI, *Interpretare*, cit., 44.

<sup>32</sup> V. specialmente M. BRUTTI, *Interpretare*, cit., 47 e L. SOLIDORO, *Aequitas*, cit., 250 s., secondo la quale «se è vero che i retori 'usavano' l'equità per convincere (l'attività e il pensiero dei retori rispondevano senza dubbio a logiche retorico-persuasive)», non sarebbe altrettanto sostenibile affermare che «il 'fare' dei giuristi rispondesse esclusivamente a ragioni tecniche, di logica giuridica: anche gli *iuris periti* svolgevano larga parte della loro attività al servizio di clienti, le cui ragioni essi dovevano supportare usando le 'armi' a loro disposizione (...) al fine di convincere magistrati e giudicanti. E perciò, così come è fuori discussione che i giuristi contribuissero all'affinamento del diritto con le loro innovative interpretazioni basate sul parametro equitativo, pure se siffatte operazioni erano effettuate talora in vista – soltanto – del rafforzamento della tesi del cliente, non si vede perché si debba negare ai retori il merito di avere anch'essi dato un apporto di rilievo al miglioramento del diritto vigente, con l'ausilio di una retorica posta al servizio dei propri clienti. In definitiva, la circostanza che i retori facessero ricorso al valore dell'equità per perorare la causa della parte che difendevano, nulla toglie al valore anche tecnico del loro operato, e soprattutto non esclude affatto che il richiamo all'equità valesse, almeno in qualche caso, a veicolare un'argomentazione giuridica tecnicamente valida».

ipotesi di conflitto<sup>33</sup>. Da un punto di vista terminologico, soprattutto interessa l'ampiezza dell'accezione con la quale l'*Auctor* ricorre a *lex*, inferendo così l'applicazione di una medesima logica argomentativa sia alle dispute nascenti da atti di autonomia privata, sia a contrasti legati a enunciati prescrittivi pubblici.

Cosa fare, quindi, nell'ipotesi in cui divergano risultanze testuali e intendimento del disponente? È preferibile dare attuazione alla *mens*, alla *voluntas* arguibile oltre le parole, ovvero risolvere le ipotesi di conflitto ossequiando l'effettivo tenore del *verbum*?

La controversia *ex scripto et sententia* impone strategie argomentative opposte:

*Auct. ad Her. 2.13: Cum voluntas scriptoris cum scripto dissidere videbitur, si a scripto dicemus, his locis utemur: secundum narrationem primum scriptoris conlaudatione, deinde scripti recitatione; deinde percontatione, scirentne idonee adversarii id scriptum fuisse in lege aut testamento aut stipulatione aut quolibet scripto, quod ad eam rem pertinebit; deinde conlatione, quid scriptum sit, quid adversarii se fecisse dicant, quid iudicem sequi conveniat: utrum id, quod diligenter perscriptum sit, an id, quod acute sit excogitatum; deinde ea sententia, quae ab adversariis sit excogitata et scripto adtributa, contemnetur et infirmabitur. Deinde quaeretur, quid periculi fuerit, si id voluisset adscribere; aut num non potuerit perscribi. Deinde a nobis sententia reperietur et causa proferetur, quare id scriptor senserit, quod scripserit; et demonstrabitur scriptum illud esse dilucide, breviter, commode, perfecte, cum ratione certa. Deinde exempla proferentur, quae res, cum ab adversariis sententia et voluntas adferretur, ab scripto potius iudicatae sint. Deinde ostendetur, quam periculosum sit ab scripto recedere. Locus communis est contra eum, qui, cum fateatur se contra quod legibus sanctum aut testamento perscriptum sit, fecisse, tamen facti quaerat defensionem.*

L'interprete orientato a valorizzare lo *scriptum* dovrà, da un lato, raccogliere i motivi che ne corroborano la lettera; dall'altro, elencare quelli che ne consentono la *refutatio*. La difesa dei *verba* – suggerisce l'*Auctor* – non prescinde, beninteso, dalla consapevolezza di una dicotomia tra testo e *voluntas*, piuttosto giustifica la preferenza accordata al primo – *rectius*: all'interpretazione che ne rispecchia in modo fedele la *scriptura* – quale

<sup>33</sup> M. BRUTTI, *Interpretare*, cit., 47 s.

adesione autentica all'intendimento del disponente. Sostenere lo *scriptum*, in prospettiva siffatta, significa allora sottrarsi a congetture arbitrarie circa il 'volere autorale'<sup>34</sup>.

Affermare la coincidenza tra 'scritto' e 'voluto' implica, però, che ci si confronti con un ulteriore problema: la *voluntas* dovrà essere accertata in modo autonomo, mediante fatti che la comprovino e la rendano manifesta, oppure ci si riferirà sempre a una '*voluntas verisimilis*', desumibile dal tenore delle parole utilizzate?

L'anonimo lascia intravedere due percorsi interpretativi distinti, eppure complementari: da un lato, la presunzione di una volontà motivata, desumibile dalla struttura linguistica e argomentativa dello *scriptum*; dall'altro, la ricerca di elementi empirici – esterni al testo – idonei a disvelare la reale intenzione dell'autore<sup>35</sup>.

In contrappunto, ci si domanda per quali vie sia possibile respingere il significato letterale di una disposizione e sostenere come la *voluntas* ne diverga:

*Auct. ad Her. 2.14: Ab sententia sic dicemus: primum laudabimus scriptoris commoditatem atque brevitatem, quod tantum scripserit, quod necesse fuerit; illud quod sine scripto intellegi potuerit, non necessario scribendum putarit. Deinde dicemus calumniatoris esse officium verba et litteras sequi, neclegere voluntatem. Deinde id, quod scriptum sit, aut non posse fieri, aut non lege non more non natura non aequo et bono posse fieri; quae omnia noluisse scriptorem quam rectissime fieri nemo dicet; at ea, quae a nobis facta sint, iustissime facta. Deinde contrariam sententiam aut nullam esse, aut stultam, aut iniustam, aut non posse fieri, aut <non> constare cum superioribus et inferioribus sententiis; aut cum iure communi aut cum aliis legibus communibus aut cum rebus iudicatis dissentire.*

Tra le argomentazioni suggerite dal retore, una si distingue per forza dialettica:

Diremo allora che è proprio dell'animo calunnioso attenersi alle parole e alle lettere, trascurando la volontà; poiché ciò che è stato scritto non può attuarsi, né secondo la legge, né secondo il costume, né secondo natura, né secondo l'equità e l'onestà.

<sup>34</sup> Ivi, 50.

<sup>35</sup> Ivi, 51.

L'interprete – osserva l'*Auctor* – dovrà anzitutto suggerire, quale corollario dell'adesione alla lettera, la nullità dell'atto, oppure paventare ch'esso possa produrre effetti contrari al diritto. Alla *pars destruens*, indispensabile a preparare il terreno della controffensiva retorica, seguirà la *pars construens*, ossia l'individuazione di un significato (meglio: di un modello di volontà) diverso da quello discendente dalla nuda dichiarazione, piuttosto conforme a un ordine giuridico superiore, a un *debere esse* che trova fondamento in fonti molteplici e concorrenti.

Una lezione, a me pare, che tornerà utile per una corretta ricostruzione della vicenda giudiziaria relativa alla *causa Curiana*.

### 3. *La controversia ereditaria per morte del 'pupillus' nel 'De inventione'*

Nel secondo libro del *De inventione*, in specie ai §§ 62-64, Cicerone tratta della *constitutio generalis* nella sua forma *negotialis*. Il tema, anticipato già nel primo libro, ove il retore mostra la propria volontà di discostarsi dall'impostazione ermagorea<sup>36</sup>, è qui introdotto da un esempio di chiara impronta giuridica, che riecheggia – pur senza nominarla – proprio la *causa Curiana*<sup>37</sup>. La scelta di rifarsi a un caso dalla indubbia riconoscibilità storica è una componente significativa della strategia didattica dell'Arpinate, al quale poco interessa la cronaca della celebre contesa giudiziaria, molto, invece, proporre un modello esemplare di costruzione argomentativa: la controversia ereditaria diviene, pertanto, il terreno sul quale provare la trama logica del discorso forense.

Per cominciare, il conflitto tra le opposte istanze degli *adgnati* e

<sup>36</sup> Si veda anche Cic. *de or.* 2.19.79: *Atque haec ego non reprehendo, sed ante oculos posita esse dico, ut eas item quattuor, quinque, sexve partis vel etiam septem, quoniam aliter ab aliis digeruntur, in quas est ab his omnis oratio distributa: 80. iubent enim exordiri ita, ut eum, qui audiat, benevolum nobis faciamus et docilem et attentum; deinde rem narrare, et ita ut veri similis narratio sit, ut aperta, ut brevis; post autem dividere causam aut proponere; nostra confirmare argumentis ac rationibus; deinde contraria refutare; tum autem alii conclusionem orationis et quasi perorationem conlocant, alii iubent, ante quam peroretur, ornandi aut augendi causa digredi, deinde concludere ac perorare.* In argomento, v., *ex aliis*, L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli 'status' nella retorica greca e romana*, Hildesheim, 1986, 31, 45; A.A. RASCHIERI, *Retorica*, cit., 139; ID., *Il lessico*, cit., 320 s.

<sup>37</sup> L'oggetto del giudizio è comunque diverso, poiché nei luoghi in esame si discute del destino di eventuali acquisti dell'istituto di primo grado morto impubere, non dell'avveramento o meno della condizione cui è sottoposta l'istituzione dell'*heres substitutus*: cfr. G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 98; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 166 s.

dell'*heres substitutus* deve essere collocato nel quadro della disciplina successoria del I secolo a.C. La *successionis vocatio*, disposta *ex testamento* oppure *ab intestato*, prevede, in quel torno di anni, non solo una prevalenza della prima sulla seconda, ma che l'erede testamentario possa immettersi nell'intero patrimonio del defunto anche in presenza di disposizioni relative solo a una parte dello stesso<sup>38</sup>. La *vocatio ex testamento* contempla, inoltre, la *substitutio heredis*, da assicurarsi in due forme: la *vulgaris*, sostanzziata dalla formula '*Titius mihi heres esto. Si Titius mihi heres non erit, tunc Seius heres esto*', che pone quale condizione la mancata accettazione del primo erede (incontestabile una volta avvenuta, per il principio '*semel heres semper heres*'), e la *pupillaris*, pensata per i casi di designazione di un erede minore, formalizzata dalle parole '*Titius filius meus mihi heres esto. Si filius meus mihi <heres non erit, sive heres mihi> erit et is prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto*', che lasciano intendere, forse, una sospensione della qualità di erede sino al raggiungimento della maggiore età<sup>39</sup>. Specularmente, la *vocatio ab intestato* prevede la successione dei *sui heredes* – discendenti di primo grado, nipoti, figli del defunto nati entro il decimo mese – oppure, in mancanza di questi, degli *adgnati proximi*, ossia dei parenti maschi legati da agnazione.

Movendo da tale tessuto normativo, Cicerone espone un caso paradigmatico di *constitutio negotialis*, ossia di controversia scaturente da un atto giuridico (*negotium*) dalla dubbia portata:

Cic. inv. 2.21.62: *Cum et facto et facti nomine concesso neque ulla actionis inlata controversia vis et natura et genus ipsius negotii quaeritur, constitutionem generalem appellamus. Huius primas esse partes duas nobis videri diximus, negotialem et iuridicialem. Negotialis est, quae in ipso negotio iuris civilis habet implicatam controversiam. Ea est huiusmodi: quidam pupillum heredem fecit; pupillus autem ante mortuus est, quam in suam tutelam*

<sup>38</sup> Così, precisamente, A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>9</sup>, Napoli, 1992, 439: «la vocazione testamentaria prevaleva su quella senza testamento in questo senso: agli eredi testamentari doveva andare tutto intero il patrimonio "successorio" (...) anche nell'ipotesi che il testatore avesse disposto solo in ordine a una parte di esso». V., però, anche M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza*, Palermo, 1960, 66, nt. 1; ID., '*Querela*', cit., 118 ss. (in tema di deroga al principio della disciplina della inofficiosità).

<sup>39</sup> Cfr. G. LA PIRA., *La sostituzione pupillare*, Pavia, 1929, 271 ss. (estratto da *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, III, Milano, 1930, 271 ss.), ora in *La fondazione* (da cui si cita), cit., 31 ss., segnatamente 39; B. PERRIN, *La substitution*, cit., 533 ss.; A.A. RASCHIERI, *Rettorica*, cit., 140. In argomento, però, v. le osservazioni di G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 84.

*venit. De hereditate ea, quae pupillo venit, inter eos, qui patris pupilli heredes secundi sunt, et inter adgnatos pupilli controversia est. Possessio heredum secundorum est. Intentio est adgnatorum: "Nostra pecunia est, de qua is, cuius adgnati sumus, testatus non est". Depulsio est: "Immo nostra, qui heredes testamento patris sumus". Quaestio est: utrorum sit? Ratio: "Pater enim et sibi et filio testamentum scripsit, dum is pupillis esset. Quare, quae filii fuerunt, testamento patris nostra fiant necesse est". Infirmatio rationis: "Immo pater sibi scripsit et secundum heredem non filio, sed sibi iussit esse. Quare, praeterquam quod [in] ipsius fuit, testamento illius vestrum esse non potest". Iudicatio: possitne quisquam de filii pupilli re testari; an heredes secundi ipsius patrisfamilias, non filii quoque eius pupilli heredes sint?*

Un *pater familias* – immagina l'Arpinate – istituisce erede un figlio *pupillus*, che la morte coglie ancora impubere. Evento siffatto origina il conflitto fra gli *heredes substituti*, nominati nel testamento paterno, e gli *adgnati* del fanciullo, che, senza negare la validità della successione, reclamano i beni acquisiti dal minore *praeterquam quod [in] ipsius fuit*.

Nel trasferire sul piano concreto l'apparato concettuale elaborato nel primo libro – e dando, quindi, forma compiuta al modello di costruzione argomentativa articolato in *intentio*, *depulsio*, *quaestio*, *ratio*, *infirmatio rationis* e *iudicatio*<sup>40</sup> –, Cicerone illustra la funzione strutturante di ciascun segmento del discorso nell'argomentazione giudiziaria, che, scandita da alternanze e rispondenze, vede ogni elemento trovare la propria funzione in relazione al precedente e al successivo.

Inaugura l'esposizione la contrapposizione delle due linee difensive, modellate sulla coppia *intentio-depulsio*, che illustra e definisce il nucleo problematico della disputa, sintetizzabile nella domanda '*utrorum sit?*'<sup>41</sup>. Movendo da premessa siffatta, si procede ad argomentare la *ratio*, formulata dal punto di vista dei *substituti* e fondata sull'assunto che il testatore, prevedendo la morte prematura del figlio, abbia voluto regolare la successione per sé e per il *pupillus*.

L'*infirmatio rationis* della controparte nega, per contro, che i *substituti* possano succedere al figlio e acquisire, di conseguenza, beni pervenutigli

<sup>40</sup> Cic. *inv.* 1.4.13-15, 1.5.16-18. In argomento v. A.A. RASCHIERI, *Retorica*, cit., 141; M. PEGORARI, *Cicerone, 'de Inventione', 1.18: 'Iudicatio est, quae ex infirmatione et confirmatione rationis nascitur controversia'*, in *Rhetorica*, XXXVI, fasc. 1, 2018, 1 ss.; ID., *The Philosophical Antilogy in the Rhetorical Doctrine of 'Decisive Issue' at Cicero*, in *IJLL*, IX, fasc. 2, 2021, 52 ss.

<sup>41</sup> G. LA PIRA, *La genesi*, I, cit., 331.

da fonte diversa dall'eredità paterna: l'argomento si articola così attorno al principio della limitazione oggettiva della *voluntas testatoris*, che non potrebbe valere *ultra fines proprii patrimonii*<sup>42</sup>. La *iudicatio* – se il patrimonio del figlio rientri o meno nella sfera testamentaria del padre – chiude, infine, l'alternarsi di enunciati che rispecchiano la progressione naturale della disputa e la ricerca di una *definitio iuris* fondata sul confronto delle *rationes* contrapposte. Sotto il profilo formale, l'intero *exemplum* è costruito secondo una disposizione chiasmica delle parti (*A–S–S–A*), che riproduce in chiave retorica la simmetria propria del confronto processuale: dapprima la pretesa degli *adgnati* (*intentio*), poi la replica dei *substituti* (*depulsio* e *ratio*), infine la contro-argomentazione dei primi (*infirmatio rationis*). Scandiscono l'orditura logica connettivi dialettici (*immo, enim, quare*), che introducono, rispettivamente, la confutazione, la motivazione e la conseguenza dell'argomentazione.

Al racconto si giustappone, nel paragrafo successivo, una riflessione di metodo:

Cic. *inv.* 2.21.63: *Atque hoc non alienum est, quod ad multa pertineat, ne aut nusquam aut usquequaque*<sup>43</sup> *dicatur, hic admonere. Sunt causae, quae plures habent rationes in simplici constitutione; quod fit, cum id, quod factum est aut quod defenditur, pluribus de causis rectum aut probabile videri potest, ut in hac ipsa causa. Subponatur enim ab heredibus haec ratio: "Unius enim pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec umquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset".*

Ove mai sia possibile sostenere la fondatezza (*rectum*) o la verosimiglianza (*probabile*) dell'argomento difeso attraverso differenti motivazioni (*pluribus de causis*), una stessa *constitutio* – avverte Cicerone – può generare più

<sup>42</sup> J.W. TELLEGEN, 'Oratores', cit., 308; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 99 ss.; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 166 s.

<sup>43</sup> Il nesso riecheggia, forse, un frammento del *de auspiciis* di Valerio Messalla Corvino, tradito da Gell. 13.16.1: *Idem Messala in eodem libro de minoribus magistratibus ita scripsit: "Consul ab omnibus magistratibus et comitiatum et contionem avocare potest. Praetor et comitiatum et contionem usquequaque avocare potest nisi a consule. Minores magistratus nusquam nec comitiatum nec contionem avocare possunt. Ea re, qui eorum primus vocat ad comitiatum, is recte agit, quia bifariam cum populo agi non potest nec avocare alius alii potest. Set si contionem habere volunt, uti ne cum populo agant, quamvis multi magistratus simul contionem habere possunt"*. L'affinità lessicale è valorizzata già da A.A. RASCHIERI, *Retorica*, cit., 142, nt. 14.

linee argomentative. È, per l'appunto, quanto rende il caso esposto un laboratorio di analisi retorico-giuridica: la moltiplicazione delle *rationes* apre ad altrettante *infirmationes* e, di conseguenza, *iudicationes*.

Secondo l'Arpinate, due sarebbero i principali argomenti a difesa della posizione dei *substituti*: l'uno normativo (*non possunt*), ossia l'inammissibilità giuridica dell'appartenenza a più soggetti di una medesima massa ereditaria in forza di titoli successivi differenti<sup>44</sup>; l'altro fondato sull'autorità della prassi (*nec umquam factum est*), che non registrerebbe precedenti di un patrimonio devoluto in parte a un erede testamentario, in parte a un erede legittimo.

Altrettanto duplice, la confutazione degli *adgnati* oppone al primo argomento la diversità dei cespiti patrimoniali (*non est una pecunia*)<sup>45</sup>, distinguendo tra *pecunia adventicia*<sup>46</sup> e *pecunia hereditatis*; al secondo, l'evenienza, tutt'altro che remota, dell'attribuzione di una medesima *pecunia* a più eredi *dissimilibus de causis*:

Cic. inv. 2.22.64: *Infirmatio [autem] haec erit: "Non est una pecunia, propterea quod altera pupilli iam erat adventicia, cuius heres non illo in testamento quisquam scriptus erat, si quid pupillo accidisset; et de altera patris etiam nunc mortui voluntas plurimum valebat, quae iam mortuo pupillo suis heredibus concedebat". Iudicatio est: unane pecunia fuerit; aut, si hac erunt usi infirmatione: posse plures esse unius heredes pecuniae dissimilibus de causis et de eo ipso esse controversiam, iudicatio nascitur: possintne eiusdem pecuniae plures dissimilibus generibus heredes esse? Ergo una in constitutione intellectum est, quomodo et rationes et rationum infirmationes et propterea iudicationes plures fiant.*

<sup>44</sup> Cfr. anche Pomp. 3 *ad Sab.* D. 50.17.7: *Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est 'testatus' et 'intestatus'*; I. 2.14.5: ... *Neque ... idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testamento spectatur*; Bas. 2.3.7 (SCHELTEMA I A, 49): Οὐ δύναται παραγὸς καὶ ἐκ διαθήκης καὶ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖσθαι. Per l'analisi di questi testi, v. specialmente G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio 'Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, in *TSDP*, V, 2012, 21 ss. Cfr. anche P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, I. *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967, 496; A. GUARINO, *Diritto*<sup>9</sup>, cit., 439; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 102 s. e nt. 19; B. SANTALUCIA, *Diritto ereditario romano. Le fonti*<sup>2</sup>, Bologna, 1999, 32 s.; M. MARRONE, *Querela*, cit., 118 ss.

<sup>45</sup> Sull'uso ciceroniano del termine *pecunia* per indicare l'*hereditas*, v., per tutti, P. VOCI, *Diritto*, I<sup>2</sup>, cit., 25.

<sup>46</sup> L'aggettivo ricorre anche in Cic. *Verr.* 2.1.48.126: *Homo Ligurem accusare coepit, qui in re adventicia atque hereditaria tam diligens, tam attentus esset; debere eum aiebat suam quoque rationem ducere; multa sibi opus esse, multa canibus suis, quos circa se haberet, su cui Ps. Ascon. 194 B: adventicia] quia ab alieniore hereditas veniebat.*

La *iudicatio* oscilla così tra due poli: se il patrimonio del figlio debba considerarsi unico (*unane pecunia fuerit*) o scindibile; e se la diversità del titolo successorio impedisca o meno di accedere a una medesima eredità. La conclusione, lungi dallo sciogliere la controversia, ne generalizza l'esempio, evidenziando come ogni conflitto si presti a essere letto da molteplici punti di vista, destinati a riverberarsi nel confronto *rationes-infirmationes-iudicationes*.

Assumendo come chiave di lettura il punto di vista di un oratore, per il quale il ragionamento giuridico non costituisce mero esercizio tecnico, piuttosto pratica dialettica<sup>47</sup>, che vede diritto, consuetudine e *aequum* concorrere nel dare forma alla *causa civilis*, si comprende allora, a mio sommessimo avviso, come Cicerone non conservi memoria del conflitto curiano per celebrare – come sovente sostenuto – la vittoria di un'*ars* (la retorica) su un'altra (il *ius*), piuttosto per esplorare le logiche argomentative utili a impostare un'accusa e una difesa efficaci in quanto convincenti, prima di tutto, *iure*<sup>48</sup>.

#### 4. *Formalismo esegetico vs interpretazione equitativa?*

La controversia, che oppone Manio Curio a Marco Coponio, origina – lo si è detto – dal problema di stabilire se la mancata nascita del primo chiamato implichi la caducazione dell'intero testamento, con la conseguente apertura della successione *ab intestato*, o se la sostituzione possa produrre effetti a prescindere dalla condizione principale.

Per comodità di esposizione, richiamo il contenuto delle (probabili) arringhe dei difensori, nella lezione tradita dal *Brutus*:

<sup>47</sup> G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 104 s.

<sup>48</sup> Sul punto, v. anche C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 249; J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Law*, cit., 192 s.; L. VACCA, *La giurisprudenza*<sup>2</sup>, cit., 48, e, soprattutto, L. SOLIDORO, *'Aequitas'*, cit., 249 ss.

## Q. MUCIO SCEVOLA

Cic. Brut. 52.194. *Qua re quis ex populo, cum Q. Scaevolam pro M. Coponio dicentem audiret in ea causa, de qua ante dixi, quicquam politius aut elegantius aut omnino melius aut exspectaret aut posse fieri putaret?* 195. *Cum is hoc probare vellet, M'. Curium, cum ita heres institutus esset, "si pupillus ante mortuus esset quam in suam tutelam venisset", pupillo non nato heredem esse non posse: quid ille non dixit de testamentorum iure? de antiquis formulis? quem ad modum scribi oportuisset, si etiam filio non nato heres institueretur?* 196. *Quam captiosum esse populo, quod scriptum esset negligi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere?* 197. *Quam ille multa de auctoritate patris sui, qui semper ius illud esse defenderat? quam omnino multa de conservando iure civili?*

## L. LICINIO CRASSO

Cic. Brut. 53.197: *At vero, ut contra Crassus ab adolescente delicato, qui in litore ambulans scalum repperisset ob eamque rem aedificare navem concupivisset, exorsus est, similiter Scaevolam ex uno scalmo captionis centumvirale iudicium hereditatis effecisse: hoc ille initio, consecutis multis eiusdem generis sententiis, delectavit animosque omnium qui aderant in hilaritatem a severitate traduxit; quod est unum ex tribus quae dixi ab oratore effici debere. Deinde hoc voluisse eum, qui testamentum fecisset, hoc sensisse, quoquo modo filius non esset, qui in suam tutelam veniret, sive non natus sive ante mortuus, Curius heres ut esset; ita scribere plerosque et id valere et valuisse semper. Haec et multa eius modi dicens fidem faciebat; quod est ex tribus oratoris officiis alterum.* 198. *Deinde aequum bonum testamentorum sententias voluntatesque tutatus est: quanta esset in verbis captio cum in ceteris rebus tum in testamentis, si neglegerentur voluntates; quantam sibi potentiam Scaevola adsumeret, si nemo auderet testamentum facere postea nisi de illius sententia. Haec cum graviter tum ab exemplis copiose, tum varie, tum etiam ridicule et facete explicans eam admirationem adensionemque commovit, dixisse ut contra nemo videretur; – hoc erat oratoris officium partitione tertium, genere maximum. Hic ille de populo iudex, qui separatim alterum admiratus esset, idem audito altero iudicium suum contemneret; at vero intellegens et doctus audiens Scaevolam sentiret esse quoddam uberius dicendi genus et ornatius. Ab utroque autem causa perorata si quaeretur, uter praestaret orator, numquam profecto sapientis iudicium a iudicio vulgi discreparet.*

Scevola, patrocinateur dell'agnato, propende per la caducazione: la mancata nascita costituisce, a suo dire, evento dirimente, giacché determinerebbe il venir meno dell'istituzione di primo grado, con conseguente apertura della successione legittima. L'argomentazione, volta a difendere il significato letterale della formula testamentaria<sup>49</sup> – l'ipotesi '*si filius non esset*' non risulta contemplata dai *verba* scelti<sup>50</sup> –, si avvale, con ogni proba-

<sup>49</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 245; J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN- COUPERUS, *Law*, cit., 197 e A.A. RASCHIERI, *Retorica*, cit., 143 ss.

<sup>50</sup> Sull'intervento cautelare dei giuristi nella redazione dei testamenti, cfr., *ex aliis*, F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, 49; M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I. *Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, 115 e nt. 1; J.W. TELLEGEN, '*Oratores*', cit., 305 s.; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 92 s.;

bilità, dei *loci* che il giovane Cicerone<sup>51</sup> suggerirà, nel *De inventione*, a chi voglia difendere la prevalenza dei *verba* sulla *sententia scriptoris*:

Cic. *inv.* 2.43.125: *Ergo is, qui scriptum defendet, his locis plerumque omnibus, maiore autem parte semper poterit uti: primum scriptoris conlaudatione et loco communi, nihil eos, qui iudicent, nisi id, quod scriptum, spectare oportere; et hoc eo magis, si legitimum scriptum proferetur, id est aut lex ipsa aut aliquid ex lege; postea, quod vehementissimum est, facti aut intentionis adversariorum cum ipso scripto contentione, quid scriptum sit, quid factum, quid iuratus iudex; quem locum multis modis variare oportebit, tum ipsum secum admirantem, quidnam contra dici possit, tum ad iudicis officium revertentem et ab eo quaerentem, quid praeterea audire aut exspectare debeat; tum ipsum adversarium quasi in testis loco producendo, hoc est interrogando, utrum scriptumne neget esse eo modo, an ab se contra factum esse aut contra contendit neget; utrum negare ausus sit, se dicere desitutum.* 126. *Si neutrum neget et contra tamen dicat: nihil esse quo hominem inprudens quisquam se visurum arbitretur. in hoc ita commorari conveniet, quasi nihil praeterea dicendum sit et quasi contra dici nihil possit, saepe id, quod scriptum est, recitando, saepe cum scripto factum adversarii confligendo atque interdum acriter ad iudicem ipsum revertendo. Quo in loco iudici demonstrandum est, quid iuratus sit, quid sequi debeat: duabus de causis iudicem dubitare oportere, si aut scriptum sit obscure aut neget aliquid adversarius (...).* 44.128: *Si aliud sensisse scriptor, aliud scripsisse dicitur, is, qui scripto utetur, haec dicit: non oportere de eius voluntate nos argumentari, qui, ne id facere possemus, indicium nobis reliquerit suae voluntatis; multa incommoda consequi, si instituat, ut ab scripto recedatur. Nam et eos, qui aliquid scribant, non existimatos id, quod scripserint, ratum futurum, et eos, qui iudicent, certum, quod sequantur, nihil habituros, si semel ab scripto recedere consueverint. quodsi voluntas scriptoris conservanda sit, se, non adversarios, a voluntate eius stare. Nam multo propius accedere ad scriptoris voluntatem eum,*

G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 170, nt. 8. In concreto, è probabile che il testatore fosse stato mal consigliato dal tecnico cui si era rivolto – così PH. THOMAS, *The Intention*, cit., 730 s. –, oppure avesse redatto l'atto senza avvalersi del consiglio di un esperto – v. Y. STERN, *The Testamentary Phenomenon in Ancient Rome*, in *Historia*, XLIX, fasc. 4, 2000, 420 s.

<sup>51</sup> L'opera rimonta agli anni 87-84 a.C.: v. E. NARDUCCI, *Introduzione a Cicerone*<sup>2</sup>, Roma-Bari, 2009, 14 s.; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 165 s.

*qui ex ipsius eam litteris interpretetur, quam illum, qui sententiam scriptoris non ex ipsius scripto spectet, quod ille suae voluntatis quasi imaginem reliquerit, sed domesticis suspicionibus perscrutetur*<sup>52</sup>.

Nel descrivere la topica di chi argomenta *ex scripto*, l'Arpinate, come già l'anonimo *ad Herennium*, insiste su di un aspetto che doveva essere centrale anche nell'arringa del Maestro<sup>53</sup>: chi redige un testo, a maggior ragione quando ha a disposizione un insieme di formule preordinate, veicola la propria volontà nella selezione, compiuta a monte, dell'una, oppure dell'altra. Adoperare la clausola della sostituzione pupillare, anziché quella della sostituzione volgare (o duplice) importa una scelta precisa, che giustifica una rigorosa interpretazione tipica dell'intento ivi riversato<sup>54</sup>.

Dal punto di vista di Quinto Mucio, un approccio ermeneutico, che muova dal significato proprio dei *verba legis*, sarebbe, pertanto, l'unico in grado di rispecchiare l'intenzione del redattore, *quod ille suae voluntatis quasi imaginem reliquerit*. Non solo: rivendicando la limpidezza dello scritto, il retore denuncia altresì la pericolosità, sul piano della certezza del diritto, del riconoscere efficacia alla disposizione in favore di Curio – circostanza che equivarrebbe ad ammettere la possibilità di istituire erede un soggetto inesistente<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Sul passo, v. S. MASUELLI, 'In claris non fit interpretatio': alle origini del brocardo, in *RDR*, II, 2002, 402 ss. (on-line al link: <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02masuelli.pdf>).

<sup>53</sup> Cic. *Lael.* 1.1: *Q. Mucius augur multa narrare de C. Laelio socero suo memoriter et iucunde solebat nec dubitare illum in omni sermone appellare sapientem. Ego autem a patre ita eram deductus ad Scaevolam sumpta virili toga, ut, quoad possem et liceret, a senis latere numquam discederem. Itaque multa ab eo prudenter disputata, multa etiam breviter et commode dicta memoriae mandabam, fierique studebam eius prudentia doctior; leg. 1.4.13: *Quin igitur ista ipsa explicas nobis his subsicivis, ut ais, temporibus et conscribis de iure civili subtilius quam ceteri? Nam a primo tempore aetatis iuri studere te memini, quom ipse etiam ad Scaevolam ventitarem, neque unquam mihi visus es ita te ad dicendum dedisse, ut ius civile contemneres; Brut.* 89.306: *Ego autem in iuris civilis studio multum operae dabam Q. Scaevolae Q. F., qui quamquam nemini se ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat. Atque huic anno proximus Sulla consule et Pompeo fuit. Tum P. Sulpici in tribunatu cottidie contionantis totum genus dicendi penitus cognovimus; eo demque tempore, cum princeps Academiae Philo cum Atheniensium optimatibus Mithridatico bello domo profugisset Romamque venisset, totum ei me tradidi admirabili quodam ad philosophiam studio concitatus, in quo hoc etiam commorabar attentius – etsi rerum ipsarum varietas et magnitudo summa me delectatione retinebat – quod tamen sublata iam esse in perpetuum ratio iudiciorum videbatur.* Sul punto, v. C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 242 s.*

<sup>54</sup> Cfr. M. BRETONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 115 s.; C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 245 s.; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 91; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 168 s.

<sup>55</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 245 s.; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 87; J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Law*, cit., 197; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 168.

Crasso accetta le premesse dell'avversario per pervenire a conclusioni opposte: poiché non nascere o morire prima della pubertà sono situazioni equivalenti, dal punto di vista giuridico, e poiché il *de cuius* intende l'istituzione di Curio subordinata all'assenza di figli, la condizione dovrebbe ritenersi del tutto soddisfatta. Movendo da tale presupposto – più che dalla circostanza la formula '*si filius ante moritur quam in tutelam suam venerit*' possa veicolare una volontà (implicita) del testatore di disporre una sostituzione volgare<sup>56</sup> –, si rivendica, pertanto, la piena efficacia della clausola a prescindere dalla nascita del figlio.

Segnatamente, il patrocinatore dell'*heres substitutus* oppone a Scevola un'interpretazione teleologica delle parole del testatore, volta a realizzarne la volontà implicita; rispettare lo *scriptum*, cioè, non implicherebbe, a suo dire, aderire in modo cieco alla sua lettera, piuttosto coglierne il senso complessivo e tradurre in effetti giuridici l'intenzione che lo ha ispirato<sup>57</sup>.

Il ragionamento del retore appare limpido e lineare: l'intenzione che emerge dall'istituzione di Curio è, anzitutto, escludere la successione legittima; l'interprete, di conseguenza, dovrà andare oltre le parole – talora utilizzate in modo improprio o incompleto – in cui sedimentano i desideri ultimi, per attribuire loro un significato conforme all'autentico intento del *de cuius*<sup>58</sup>. Quinto Mucio, per contro, non solo avrebbe anteposto la propria opinione alla *sententia testamenti*, ma soprattutto scelto una strategia difensiva che, nell'ancorarsi al tenore letterale dello *scriptum*, avrebbe finito per annullarne la funzione, frustrando la volontà ivi veicolata (avere quale erede il postumo o, in subordine, Curio)<sup>59</sup>.

Com'è evidente, le argomentazioni dei due oratori non divergono quanto alla premessa metodologica: entrambi affermano la necessità di ossequiare il *ius* e di rispettare il testamento nella sua formulazione; entrambi ribadiscono l'urgenza d'interpretarlo a partire dalla valorizzazione della situazione di fatto – in questo caso, la mancata nascita del figlio<sup>60</sup>. Acquistando i

<sup>56</sup> Cfr. G. LA PIRA., *La sostituzione*, cit., 39; P. VOCI, *Diritto*<sup>2</sup>, II, cit., 894, nt. 30; F. WIEACKER, *The 'Causa Curiana'*, cit., 160 s.; A. WATSON, *The Law*, cit., 55; M. BREONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 113; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 89 s.; J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Law*, cit., 181, 195 s.; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 169.

<sup>57</sup> Non mi pare possa essere accolta, invece, l'opinione di U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre*, cit., 37, come già ben argomentato da M. BREONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 304. V. anche C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 249; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 170.

<sup>58</sup> F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 139.

<sup>59</sup> Cfr. G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 93 ss.; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 171.

<sup>60</sup> Cic. *Brut.* 39.145: ... *atque ita tum ab his patronis aequalibus et iam consularibus causa illa dicta est, cum uterque ex contraria parte ius civile defenderet...* Si veda anche quanto l'Arpinate suggerisce in *inv.* 2.40.118: *Deinde erit demonstrandum, si quid ex re ipsa dabitur*

*verba* significato in funzione della fattispecie da essi presupposta, l'esigenza ermeneutica nasce, se mai, proprio dal contrasto tra la chiarezza formale della disposizione e l'inesistenza, nella realtà, dell'istituto di primo grado.

Una sostanziale omogeneità connota, del resto, anche le strategie persuasive adottate: sia Scevola che Crasso si appellano a precedenti giudiziari e ai *responsa* d'autorevoli giuristi, piegandone i contenuti alle esigenze della difesa<sup>61</sup>. Dietro la contrapposizione *verba* e *voluntas*, *ius strictum* e *aequitas* non si celano, dunque, categorie ideologiche o tecniche ermeneutiche antitetiche<sup>62</sup>, piuttosto interpretazioni che condividono il medesimo presupposto: dare effettività, secondo il diritto civile, alla disposizione testamentaria in rapporto alla situazione concreta<sup>63</sup>.

Questo aspetto, in particolare, mi pare meriti un approfondimento.

Se ci muoviamo nella prospettiva dello schema retorico ciceroniano, che tanto ha condizionato la lettura offerta dalla tradizione successiva alla *causa Curiana*, ha senz'altro ragione Stroux nel vedere in Scevola il difensore dei *verba* e in Crasso il sostenitore della *voluntas*<sup>64</sup>. Nella realtà storica, tuttavia, il processo non sembrerebbe documentare una contrapposizione rigida tra formalismo esegetico e interpretazione equitativa, né riflettere un antagonismo ideologico o culturale tra diritto e retorica, quasi si trattasse di *artes* inconciliabili<sup>65</sup>. Direi, anzi, finisca col risultare distorsivo schiacciarsi sulla testimonianza dell'Arpinate, e ridurre il conflitto all'ambito delle controversie *ex scripto et sententia*, giacché persino chi, come

---

*facultatis, id, quod adversarius intellegat, multo minus commode fieri posse, quam id, quod nos accipimus, quod illius rei neque administratio neque exitus ullus exster; nos quod dicamus, facile et commode transigi posse.*

<sup>61</sup> J.W. TELLEGEN, 'Oratores', cit., 310; C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 246, 249; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 171.

<sup>62</sup> Come pretende J. STROUX, 'Summum ius', cit., 30, quando scrive che «... beide Standpunkte waren in der römischen *interpretatio iuris* als Tendenzen vorhanden, die eine freilich von der *auctoritas veterum* getragen, älter und – scheinbar – gesicherter, die andre jünger, moderner, ihrer selbst noch weniger bewusst». V., ivi, anche nt. 74.

<sup>63</sup> Cfr., *ex aliis*, B. PERRIN, *La substitution*, cit., 356 s.; F. WIEACKER, *The 'Causa Curiana'*, cit., 161; M. BRETONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 114 s.; A. BURDESE, voce *Interpretazione*, cit., 6 s.; J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Law*, cit., 194; C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 243; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 171; L. VACCA, *La giurisprudenza*<sup>2</sup>, cit., 47 s.; B. CORTESE, *Tra 'aequitas'*, cit., 55.

<sup>64</sup> J. STROUX, 'Summum ius', cit., 29 s., cui *adde* G. BELLINI, 'Quorum maxima consilia', cit., 60 s. V., inoltre, G. FALCHI, *Interpretazione*, cit., 424; A. TORRENT, 'De conservando iure', cit., 162; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 171 s.; L. VACCA, *La giurisprudenza*<sup>2</sup>, cit., 38 s., 48. Le «modern interpretations of the *causa Curiana*» sono oggetto d'ampia disamina in J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Law*, cit., 173 ss.

<sup>65</sup> In questa direzione, invece, J. STROUX, 'Summum ius', cit., 31.

Scevola, fonda la propria strategia difensiva sul rispetto rigoroso della lettera del testamento, non nega che allo *scriptum* debba essere attribuito un significato coerente con l'intenzione del testatore<sup>66</sup>.

D'altronde, ritengo non possa dirsi del tutto condivisibile neppure la posizione difesa da Schulz, quando, nel valutare le argomentazioni dei due patrocinatori, esclude un rapporto d'inferenza reciproca tra diritto e retorica:

Appearing for Curius, the orator Crassus appealed to the testator's intention and was successful before the centumviral court, where the orators were constantly to the fore. We do not know whether this decision led the jurisconsults to abandon their opinion, but we do know that it remained an isolated decision, and that no republican jurisconsult extended it by analogy. It was a bold foray which the lawyers hesitated to follow up. Outside the formal testamentary law they may have adopted freer methods of interpretation, but on the whole they stuck to the literal method. In this respect as in others they resolutely marked their difference from the forensic orators: they were not the men to be impressed by hellenizing schoolmasters and rhetoricians<sup>67</sup>.

A dispetto delle note finalità dell'oratoria (persuadere, più che proporre un discorso di verità)<sup>68</sup>, e benché sia plausibile immaginare che, chiamato a sostenere le ragioni della parte avversa, anche Crasso avrebbe difeso il primato della lettera, la *causa Curiana* rimane, a mio sommo avviso, una credibile testimonianza del rapporto tra prassi forense, attività giudiziaria e cultura giuridica. Al contrario di quel che suggerisce Schultz, oratori e giuristi operano, nei fatti, pur nella differenza di ruoli e scopi<sup>69</sup>, nel medesimo spazio sociale e culturale, in un continuo scambio di strumenti e argomenti<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Cfr. A. WATSON, *The Law*, cit., 94 ss.; M. BREONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 114 s.; A. BURDESE, voce *Interpretazione*, cit., 6 s.; C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 243 s.; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 86, nt. 16; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 170, 179 s.; L. VACCA, *La giurisprudenza*<sup>2</sup>, cit., 48; F. GALGANO, 'Cautio Muciana' e crisi di un'élite, in *RDR*, XVI-XVII, 2016-2017, 29, nt. 127 (on-line al link: <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano16-17-Galgano-Cautio.pdf>).

<sup>67</sup> F. SCHULZ, *History*, cit., 79 s. (v., ivi, anche 54 s.).

<sup>68</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 218.

<sup>69</sup> V., però, le osservazioni di J.W. TELLEGEN, 'Oratores', cit., 293 s., 309 ss. e L. SOLIDORO, 'Aequitas', cit., 250 s.

<sup>70</sup> V. già J. STROUX, 'Summum ius', cit., 16 s., 28 s. Diversamente – e più vicino alla

### 5. *Le ragioni di una vittoria*

Questo, lo scenario in cui s'iscrive la *causa Curiana*; resta, però, aperta la questione fondamentale: se a pesare sull'esito della controversia non è stata tanto la forza giuridica delle argomentazioni difese, né una qualche superiorità oratoria rispetto all'avversario, quali fattori potrebbero aver determinato la vittoria di Crasso?

Per rispondere a siffatta domanda, è utile, mi pare, tornare alla strategia che l'*Auctor ad Herennium* consiglia a chi voglia promuovere un'interpretazione divergente dalla lettera del testo:

*Auct. ad Her. 2.14: ... Deinde dicemus calumniatoris esse officium verba et litteras sequi, neclegere voluntatem. Deinde id, quod scriptum sit, aut non posse fieri, aut non lege non more non natura non aequo et bono posse fieri...*

Secondo la mia opinione, il collegio centumvirale premia la linea difensiva di Crasso, poiché propone della clausola testamentaria una lettura in funzione di un risultato utile, ossia evita che l'atto risulti privo di conseguenze giuridiche, sovvertendo il fine auspicato, per il suo tramite, dal *de cuius* (scongiurare l'apertura della successione legittima)<sup>71</sup>.

Per quanto sensibili al rispetto dello *scriptum*<sup>72</sup>, ai *centumviri* non doveva per certo mancare la consapevolezza della concreta funzione delle sostituzioni – assicurare alla *voluntas* del testatore di sopravvivergli, disponendo per l'avvenire con la forza di una *lex*. Preservando l'efficacia delle *tabulae* e consentendo il subentro di almeno uno degli eredi, la proposta interpretativa di Crasso sarebbe stata dunque l'unica in grado di realizzare il progetto di futuro predisposto dal disponente.

Ripercorriamola nel dettaglio.

La linea del retore muove da un'argomentazione sistematica: all'obiezione di Scevola, per il quale, in assenza di un postumo nato e morto *sui iuris*, la sostituzione non potrebbe operare, Crasso replica

---

posizione di Schulz – A. WATSON, *Law-making*, cit., 107, 130. Sul punto v. anche J.W. TELLEGEN - O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Law*, cit., 181, 186 s., 191 ss.; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 172; M. BRUTTI, *Interpretare*, cit., 44 s., nt. 17, e sopra, nt. 2.

<sup>71</sup> Cfr. A. TORRENT, *De conservando iure*, cit., 155; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 93; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 174; L. SOLIDORO, *Aequitas*, cit., 250; A. SPINA, *Ricerche*, cit., 131, nt. 143.

<sup>72</sup> Val. Max. 7.8.1: ... *magis enim centumviri quid scriptum esset in tabulis quam quis eas scripsisset considerandum existimaverunt.*

opponendo la limpida volontà del testatore, la cui difesa è sostanziata da una prassi ormai consolidata:

Cic. *Brut.* 52.197: ... *deinde hoc voluisse eum qui testamentum fecisset, hoc sensisse, quoquo modo filius non esset qui in suam tutelam veniret, sive non natus sive ante mortuus, Curius heres ut esset; ita scribere plerosque et id valere et valuisse semper.*

A quale formula, nondimeno, allude il retore, quando afferma '*ita scribere plerosque et id valere et valuisse semper*'? Ai *verba* originari, ovvero ad altra lezione, tale da veicolare l'idea che *quoquo modo filius non esset qui in suam tutelam veniret, sive non natus sive ante mortuus, Curius heres ut esset*?

A me pare, per vero, che la prima soluzione debba essere preferita: eccependo, nel quotidiano, il generalizzato ricorso a una formula *duplex* ('*si heres non erit*'/'*si heres erit et moriatur priusquam in suam tutelam venerit*'), l'avvocato di Curio avrebbe offerto il fianco all'immediata obiezione dell'avversario. A Quinto Mucio, infatti, sarebbe bastato evidenziare come, ammesso pure esistesse una consuetudine d'uso della formula *duplex*, il testatore, nel caso concreto, non avesse optato per i *verba* comunemente usati – e questo doveva pur indicare qualcosa sul fronte del suo intimo intendimento<sup>73</sup>. Meglio far leva, allora, lo si è anticipato, sull'idoneità della formulazione scelta a dispiegare effetti non solo nel caso in cui il figlio impubere fosse morto dopo il testatore (sostituzione pupillare)<sup>74</sup>, ma anche nel caso di premorienza del figlio impubere (sostituzione volgare)<sup>75</sup>.

In ultima analisi, con l'equiparazione della mancata nascita del postumo alla seconda ipotesi, Crasso avrebbe difeso, insieme al dato letterale, la *ratio* complessiva della disposizione<sup>76</sup>, leggendo nelle parole del testamento l'espressione di una volontà diretta a evitare, in ogni caso, la successione intestata.

<sup>73</sup> V. sopra, § 4.

<sup>74</sup> A una formula «generalmente, e di regola, suggerita dalla giurisprudenza cautelare per la sostituzione pupillare» allude, per esempio, G. FALCHI, *Interpretazione*, cit., 426. In critica a tale ricostruzione, v. le considerazioni di G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 91.

<sup>75</sup> V. anche Iav. 1 *ex post. Lab. D.* 28.6.39 pr.: *Cum ex filio quis duos nepotes impuberes habebat, sed alterum eorum in potestate, alterum non, et vellet utrumque ex aequis partibus heredem habere et, si quis ex his impubes decessisset, ad alterum partem eius transferre: ex consilio Labeonis Ofilii Cascellii Trebatii eum quem in potestate habebat solum heredem fecit et ab eo alteri dimidiam partem hereditatis, cum in suam tutelam venisset, legavit: quod si is, qui in potestate sua esset, impubes decessisset, alterum heredem ei substituit.* Sul passo rinvio, per tutti, a G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 95 s.

<sup>76</sup> G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 91 s.; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 174.

Nulla della difesa dell'oratore tradisce, però, l'obiettivo di sovvertire, in nome dell'*aequitas*, il *ius civile*, se mai proprio l'intento contrario:

Cic. *Caec.* 24.69: *Etenim ipse Crassus non ita causam apud viros egit ut contra iuris consultos diceret, sed ut hoc doceret, illud quod Scaevola defendebat, non esse iuris, et in eam rem non solum rationes adferret, sed etiam Q. Mucio, socero suo, multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur.*

Il collegio giudicante, sollecitato dalle argomentazioni del patrocinatore dell'*heres substitutus*, parrebbe aver scelto la qualificazione del fatto più vicina all'idea di giustizia del caso concreto; un'idea veicolata – così documenta Cicerone – anzitutto dalla riflessione di autorevoli giuristi. Nella *causa Curiana* si riverbera, in breve, l'intima struttura del *ius civile*, che, per usare le parole di Pomponio, *in sola prudentium interpretatione consistit*, e vuole la soluzione proposta corrispondente a un parametro di *bonum et aequum* quando riscuota un consenso sociale e appaia utilmente praticabile<sup>77</sup>.

Riconoscere un 'oggetto comune' all'esercizio dell'attività rispondente prudenziale e alla difesa legale prestata dagli oratori nel processo non implica, beninteso, dimenticare quanto distingue il giurista dal retore: il primo, infatti, imposta il problema giuridico in chiave astratta e si adopera per formulare una *regula* (probabile) di composizione del conflitto; il secondo attinge a quest'ultima, adattandola – se necessario – alle esigenze del cliente e alle prove disponibili, onde persuadere il *iudex*.

Sebbene posteriore agli eventi di cui si tratta, un responso di Labeone, tradito da Giavoleno<sup>78</sup>, ben documenta l'approccio ermeneutico del giu-

<sup>77</sup> G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 175.

<sup>78</sup> Dei *libri posteriores* di Labeone, pubblicati postumi, riferisce Gell. 13.10.2: *Sunt adeo libri post mortem eius editi, qui Posteriores inscribuntur, quorum librorum tres continui, tricesimus octavus et tricesimus nonus et quadragesimus, pleni sunt id genus rerum ad enarrandam et illustrandam linguam Latinam conducentium.* È controverso, in dottrina, se i frammenti del Digesto attribuiti ai *libri posteriores* di Labeone siano effettivamente riconducibili al giurista augusteo, oppure debbano piuttosto considerarsi opera di Giavoleno. È nota, infatti, la duplicità costante delle *inscriptiones* di tali frammenti: alcuni riportano la formula '*Iavolenus libro ex posterioribus Labeonis*', altri invece '*Labeo libro... posteriorum a Iavoleno epitomatorum*'. Per un confronto immediato di tale duplicità, si veda G. MELLILO - A. PALMA - C. PENNACCHIO, *Labeone nella giurisprudenza romana. Le citazioni nei giuristi successivi, le Epitomi, i 'Pithana', i 'Posteriores'*, Napoli, 1995, 48 ss., 114 ss., 150 ss. Sul problema, tuttora oggetto di dibattito, si rinvia inoltre ad A. BERGER, *Contributi alla storia delle fonti e della giurisprudenza romana. I. Intorno all'epitome giavoleniana dei 'libri posteriorum' di Labeone*, in *BIDR*, XLIV, 1936-1937, 91 ss.; S. DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui 'libri posteriores' di Labeone*, in *BIDR*, XLIX-L, 1947, 277 ss.; F. SCHULZ, *History*, cit., 227; F. WIEACKER,

rista innanzi a dichiarazioni di ultima volontà espresse in modo contraddittorio, collocandosi – come si vedrà – nella medesima prospettiva della difesa di Curio:

*Iav. 3 expost. Lab. D. 34.5.28(29): Qui habebat Flaccum fullonem et Philonicum pistorem, uxori Flaccum pistorem legaverat: qui eorum et num uterque deberetur? Placuit primo eum legatum esse, quem testator legare sensisset. Quod si non appareret, primum inspiciendum esse, an nomina servorum dominus nota habuisset: quod si habuisset, eum deberi, qui nominatus esset, tametsi in artificio erratum esset. Sin autem ignota nomina servorum essent, pistorem legatum videri perinde ac si nomen ei adiectum non esset.*

Un tale possiede due schiavi: il primo, di nome Flacco, esercita il mestiere di *fullo* (tintore); il secondo, Filonico, è invece un *pistor* (fornaio); nel redigere il proprio testamento a favore della moglie, il *dominus* confonde, tuttavia, nomi e professioni dei due schiavi, finendo così per menzionare un inesistente '*Flaccus pistor*'. La questione sottoposta all'attenzione del *prudens* origina, pertanto, nell'ambiguità dell'enunciato

---

*Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 63; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, 1971, 61, nt. 47 (con ulteriori riferimenti bibliografici); Id., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bari, 1987, 178, 239, nt. 70; A.M. HONORÉ, *Labeo's 'Posteriora' and the Digest Commission*, in *Daube Noster: Essays in Legal History for D. Daube*, edited by A. Watson, Edinburgh, 1974, 160 ss.; G. VIARENGO, *Riflessioni su Giavoleno Prisco*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, X, fasc. 1, 1980, 15 ss.; M. TALAMANCA, *Trebazio Testa fra retorica e diritto*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti del Seminario (Firenze, 27-28 maggio 1983)*, a cura di G.G. Archi, Milano, 1985, 79 ss.; C. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der 'libri posteriores' des Antistius Labeo*, Pfaffenweiler, 1986; D. MANTOVANI, *Sull'origine dei 'libri posteriores' di Labeone*, in *Labeo*, XXXIV, 1988, 270 ss.; G. NERA, *Riflessioni sparse sui 'posteriores Labeonis' di Giavoleno*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano da Augusto agli Antonini. Atti del seminario (S. Marino, 7-9 gennaio 1993)*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996, 57 ss.; A. PALMA, *Publio Mucio Scevola e la dote di Licinia*, in '*Fraterna Munera*'. *Studi in onore di L. Amirante*, Salerno, 1998, 324, nt. 11, con ulteriore bibliografia. Sul passo in esame, oltre a L. BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, in *RHD*, IV<sup>e</sup> ser., XLIII, 1965, 360; H.J. WIELING, *'Falsa demonstratio', 'condicio pro non scripta', 'condicio pro impleta' im römischen Testament*, in *ZSS*, LXXXVII, 1970, 205; A. MANTELLO, *'Beneficium servilè', 'debitum naturale'*, Milano, 1979; M. DEL PORTILLO, *Los VIII libros 'Pithanon' de Labeón en el epitome de Paulo*, Madrid, 1983, 26, si rinvia specialmente a G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 177 s.; R. SIGNORINI, *D. 34.5. 'De rebus dubiis'. Profili sistematici e rassegna casistica*, Milano, 2014, 14 ss. e a F. PULITANÒ, *Lo schiavo 'artifex': 'nomen' e professione nell'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni testamentarie a titolo particolare*, in *Scritti per A. Corbino*, VI, a cura di I. Piro, Tricase, 2016, 91 ss.

testamentario, che individua l'oggetto del legato mediante la combinazione del *nomen servile* (*Flaccus*) e dell'*artificium* (*pistor*). Il *de cuius* avrebbe potuto raggiungere il medesimo scopo in modo assai più lineare e sicuro, limitandosi, per esempio, a indicare soltanto il nome dello schiavo oppure, in alternativa, la sua mansione. In quest'ultima ipotesi egli avrebbe fatto ricorso a una *demonstratio* – ossia a una designazione descrittiva – alla quale le fonti riconoscono la capacità di sostituire la nomina formale nell'identificazione delle persone o delle cose intese dal testatore. La prassi testamentaria che accosta, in modo ridondante, *nomen* e *demonstratio* è ben attestata<sup>79</sup> e, di per sé, perfettamente lecita, ma dovrebbe restare immune da ambiguità, onde consentire una precisa individuazione dell'oggetto del legato. È qui, dunque, che si colloca il *punctum dolens* della vicenda, poiché la modalità scelta dal *de cuius*, in specie l'errore commesso, ha finito con il rendere equivoca la clausola dispositiva<sup>80</sup>.

Come superare l'impasse interpretativa?

Per Labeone, l'interprete dovrà innanzitutto (... *placuit primo...*) accertare il senso soggettivo d'una dichiarazione contenente *duas sententias*, ricercando la volontà effettiva del disponente; indi, qualora i *verba testatoris* presentino un'ambiguità insanabile, volgere l'attenzione all'analisi dei comportamenti del *de cuius* e delle circostanze che, pur estranee al negozio, ne illuminano l'intenzione<sup>81</sup>. Segnatamente, con riferimento al frammento in esame, se al defunto erano noti i nomi degli schiavi, sarà ragionevole supporre il ricorso a criterio siffatto per l'individuazione, e l'errore, ricadendo su un elemento puramente descrittivo, risulterebbe privo di effetti invalidanti (*falsa demonstratio non nocet*). Ove mai non fossero però i *nomina servorum* l'elemento determinativo tipico, la designazione effettiva dovrebbe dipendere dal riferimento all'*artificium* – e sarebbe parimenti irrilevante l'*error in nomine*.

<sup>79</sup> R. SIGNORINI, *D. 34,5*, cit., 16.

<sup>80</sup> C.A. MASCHI, *Studi*, cit., 88 ss. In tema di *ambiguitas*, in specie di interpretazione di un testo 'oscuro', v. S. MASUELLI, *Regole per l'interpretazione nel diritto romano e nella tradizione romanistica*. II. *Regole per l'interpretazione in presenza di 'oscurità'*, in *RDR*, XV, 2015, 1 ss. (paginazione del file digitale, on-line al link: <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano15Masuelli-Regole-2.pdf>).

<sup>81</sup> Non si può non notare l'affinità con quanto suggerito da Cic. *inv.* 2.40.116: *Primum, si fieri poterit, demonstrandum est non esse ambigue scriptum, propterea quod omnes in consuetudine sermonis sic uti solent eo verbo uno pluribusve in eam sententiam, in quam is, qui dicet, accipiendum esse demonstrabit.* 117. *Deinde ex superiore et ex inferiore scriptura docendum id, quod quaeratur, fieri perspicuum. Quare si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia aut pleraque ambigua visum iri; quae autem ex omni considerata scriptura perspicua fiant, haec ambigua non oportere existimare (...).*

Riconoscere validità al legato equivoco, attraverso l'individuazione di precisi strumenti ermeneutici, riflette una scelta non neutra del giurista, piuttosto un'assunzione di responsabilità<sup>82</sup>: la rinuncia all'interpretazione non sarebbe, infatti, priva di effetti giuridici, poiché dichiarare nullo il legato implicherebbe il rientro dei beni nella massa ereditaria – un esito in palese contrasto con la *voluntas testatoris*.

Per tornare alla *causa Curiana*, a me pare, quindi, che la difesa di Crasso prevalga proprio perché, sposando una logica non dissimile da quella appena esposta, dà voce al sentimento – sempre più diffuso in età repubblicana<sup>83</sup> – che legge nel testamento un luogo di verità, una *lex* da onorare e salvaguardare<sup>84</sup>.

E Quinto Mucio? È davvero giurista formalista, insensibile a un 'dover essere' coincidente con gli ultimi desideri del disponente?

Quel che leggiamo nel *Brutus* suggerisce, invero, altro:

Cic. *Brut.* 52.196: *quam captiosum esse populo quod scriptum esset negligi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere?*

<sup>82</sup> G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 179.

<sup>83</sup> «We might have assumed *a priori* that the passion for Testacy was generated by some moral injustice entailed by the rules of Intestate succession; and here we find them at variance with the very instinct by which early society was cemented together (...). I regard, therefore, the Roman horror of Intestacy as a monument of a very early conflict between ancient law and slowly changing ancient sentiment on the subject of the Family (...). The view of a Will which regards it as conferring the power of diverting property from the Family, or of distributing it in such uneven proportions as the fancy or good sense of the Testator may dictate, is not older than that later portion of the Middle Ages in which Feudalism had completely consolidated itself»: così H.J. SUMNER MAINE, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*<sup>10</sup>, London, 1908, 197 ss., seguito, *ex aliis*, da J. CROOK, *Intestacy in Roman Society*, in *PCPhS*, XIX, n. s., 1973, 38 ss.; Y. STERN, *The Testamentary Phenomenon*, cit., 413 ss. *Contra*, però, D. DAUBE, *Preponderance of Intestacy at Rome*, in *Tul. L. Rev.*, XXXIX, 1964-1965, 253 ss., cui *adde* A. WATSON, *The Law*, cit., 175 ss.; P.A. BRUNT, *Italian Manpower*, Oxford, 1971, 141; J.K. EVANS, *Wheat Production and Its Social Consequences in the Roman World*, in *CQ*, XXXI, fasc. 2, 1981, 436, nt. 46; A.J.B. SIRKS, 'Sacra', *Succession and the 'lex Voconia'*, in *Latomus*, LIII, fasc. 2, 1994, 291. In argomento, v. anche B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazione*<sup>2</sup>, Milano, 1955, 1 ss.; S. DIXON, *The Roman Family*, Baltimore, 1992, 36 ss.; R.P. SALLER, *Patriarchy, Property And Death In The Roman Family*, Cambridge, 1994, 157, 163; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 173; G. COPPOLA, *Nascita*, cit., 35 ss.

<sup>84</sup> Oltre a E. CHAMPLIN, 'Creditor Vulgo Testamenta Hominum Speculum Esse Morum': *Why the Romans Made Wills*, in *CPh*, LXXXIV, fasc. 3, 1989, 199, 209; Id., *Final Judgments: Duty and Emotion in Roman Wills*, Berkeley-Los Angeles, 1991, 6, 20 s., 42 ss., v. la nota precedente e, sopra, S. GALEOTTI, *Presentazione*, 11 ss.

Il significato preteso dalla parte avversa avrebbe domandato altro testo, altre parole<sup>85</sup>, avverte il giurista, che, facendo leva sull'inadeguatezza della formulazione della sostituzione, eccipisce il rischio di ascrivere in modo arbitrario al *de cuius* desideri mai manifestati, e difende, con l'effettiva volontà di quest'ultimo<sup>86</sup>, la continuità dei patrimoni in seno alla *familia*. In tale prospettiva, attenersi ai *verba* non significa, pertanto, esser proni alla forma, piuttosto esser certi di non cadere in supposizioni fantasiose circa le reali intenzioni di chi non è più.

Mi avvio a concludere. Alla luce di quanto sin qui esposto, il conflitto tra *scriptum* e *sententia*, sovente associato a questa *cause célèbre*, dovrebbe dirsi più apparente che non reale. Esso origina, per vero, dall'inquadramento che Cicerone offre della vicenda, filtrandola attraverso le categorie retoriche degli *status*, e dalle esigenze difensive proprie del contesto processuale, orientate al vantaggio delle parti<sup>87</sup>. L'enfasi posta sui contenuti della difesa di Crasso risente, inoltre, dell'ammirazione con la quale l'Arpinate guarda a un retore che eleva a modello e Maestro<sup>88</sup>.

Quanto poi al rapporto tra retorica e giurisprudenza, più che di influenza diretta – che né le fonti né la tradizione documentano –, gioverebbe parlare di una consonanza di fondo: oratori e *prudentes* operano, infatti, entro un medesimo orizzonte culturale<sup>89</sup>, nel quale tecnica argomentativa e sensibilità interpretativa si alimentano in modo vicendevole, pur restando distinti metodo e finalità.

---

<sup>85</sup> Sulla strategia probabilmente seguita da Scevola, v. anche Cic. *inv.* 2.41.120: *Permultum autem proficiet illud demonstrare, quemadmodum scripsisset, si id, quod adversarius accipiat, fieri aut intellegi voluisset*. Cfr. F. WIEACKER, *The 'Causa Curiana'*, cit., 159; M. BREONE, *Tecniche*<sup>2</sup>, cit., 115 s.; A. BURDESE, voce *Interpretazione*, cit., 7; F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 141 s.; G. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 87; C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 246 s.; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 168.

<sup>86</sup> Per un'analisi delle argomentazioni della difesa, v. sopra, § 4.

<sup>87</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 243 s.; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 182.

<sup>88</sup> Cic. *Brut.* 40.146: *Verum ad Crassum revertamur*. Sul punto, v. B. PERRIN, *La substitution*, cit., 358, 361; G. NEGRI, *Cicerone*, cit., 169; J. DUGAN, *Making a New Man*, cit., *passim*; G. BELLINI, *'Quorum maxima consilia'*, cit., *passim* (tabella a p. 17 per gli indici di eccellenza).

<sup>89</sup> C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 216 ss., 239 s. V. anche sopra, nt. 2.

Fabiana Tuccillo

*'Voluntas' e servitù*

*Sulle tracce della 'destinatio patris familias'*

Come sostenuto dai fautori dell'indirizzo che mi sembra maggiormente persuasivo, la destinazione del padre di famiglia<sup>1</sup> (definizione sconosciuta alle fonti romane) è un modo di costituzione delle servitù probabilmente estraneo al diritto romano<sup>2</sup>, in quanto ben delineato nel

---

<sup>1</sup> Mi sono occupata diffusamente di questo istituto in F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. 'Usus', 'scientia', 'patientia'*, Napoli, 2009, 202 ss. e in *Qualche osservazione in tema di servitù prediali*, in *AG*, CCXXX, fasc. 1, 2010, 92 ss. Per un'ampia rassegna dei precedenti storici di tale modo di costituzione v. L. MORRA, *Le servitù prediali esposte secondo le leggi civili col rapporto al diritto romano e alle consuetudini Napoletane*<sup>2</sup>, Napoli, 1825, 287 ss.; V. SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediale*, apparso prima ne *Il Filangieri*, VIII, 1883, 268 ss., poi ripubblicato, in una nuova edizione interamente rifatta, per i Tipi Salvati, Napoli, 1886, ora in *Scritti giuridici* (da cui si cita), I, Roma, 1938, 1 ss.; J. BONET CORREA CALDERON, *Sobre la supuesta constitución tacita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, in *AHDE*, XIX, 1948-49, 326 ss. Una breve sintesi anche in E. PACIFICI-MAZZONI, *Il Codice civile commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*<sup>6-7</sup>, III. *Trattato delle servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo*, Torino, 1927, 165 s.; F. MESSINEO, *Le servitù (art. 1027-1099 cod. civ.)*, Milano, 1949, 134 s. e B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1967, 351 ss.

<sup>2</sup> A favore dell'ipotesi invece che l'elaborazione di Bartolo si sia fondata su frammenti che contenevano dei nuclei genuini presenti già in età classica o apparsi solo nella compilazione giustiniana: J. LATREILLE, *De la destination du père de famille*, Paris, 1885, 38 s.; S. RICCOBONO, *La destinazione del padre di famiglia. Se per diritto romano sia ritenuta efficace a costituire servitù prediali (A proposito di un recente lavoro dell'avv. G. Sala Contarini)*, in *RISG*, XXI, 1896, 400 ss.; G. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino, 1935, 387; S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, 13 ss.; B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*<sup>2</sup>, Milano, 1954, rist. 1969, 287 ss.; R. ASTOLFI, *Un caso di costituzione tacita di servitù in età classica*, in *SDHI*, XXIII, 1957, 345 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, Torino, 1946, rist. Milano, 1987, 344, e *Id.*, *Corso di diritto romano*, III. *Diritti reali*, Milano, 1933, rist. 1972, 146 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1960, rist. 1998, 246; G. CRIFÒ, voce *Destinazione del padre di famiglia (dir. rom. e interm.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 308 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei 'iura in re aliena' e il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992, 223; A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli, 2001, 720; M. GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, Parma, 2014, 53 s.

suo *'modus operandi'* soltanto grazie alla riflessione di Bartolo<sup>3</sup>, che commentando un celebre frammento di Giuliano (1 *ex Min.* D. 33.3.1), avrebbe ricondotto al consenso tacito delle parti la nascita di un nuovo *ius praedii*. Focus di queste pagine ad ogni modo non è il celebre dibattito circa l'origine dell'istituto ma il quesito avente ad oggetto la sussistenza o meno di una esplicita *voluntas* per la costituzione tacita di un *ius in re*.

In merito è dunque il caso di prendere le mosse dal testo di Giuliano<sup>4</sup> tratto dai *libri ex Minicio*<sup>5</sup>, e riportato nei *Digesta* nel titolo

<sup>3</sup> Sull'idea che la teoria formulata da Bartolo costituisca uno dei casi in cui, sulla base dei testi romani, si è formato nel diritto intermedio un istituto che era del tutto sconosciuto ai giuristi romani, si v. B. BRUGI, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali. Esame dei principi riguardanti il passo necessario in relazione al concetto di servitù prediale nel diritto classico*, in *AG*, XXVII, 1881, 232 s., ID., *L'ambitus e il 'paries communis' nella storia e nel sistema del diritto romano*, in *RISG*, IV, 1887, 389. Sulla sua scia anche C. BURZIO, *La 'servitus oneris ferendi' ed il principio 'servitus in faciendo consistere nequit'*. Contributo allo studio degli oneri reali, in *AG*, LIV, 1895, 551; L. COVIELLO, *Le servitù prediali. Lezioni dell'anno 1925-1926*, a cura di G. Stolfi, Napoli, 1926, 307; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, I, Roma, 1928, 773; V. SIMONCELLI, *La destinazione*, cit., 3; B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano, 1938, 450 ss.; ID., *Le servitù*<sup>2</sup>, cit., 286 ss.; G. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose-la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1946, 292; L. BARASSI, *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, 258 s.; J. BONET CORREA CALDERÓN, *Sobre la supuesta constitución*, cit., 304 ss.; F. MESSINEO, *Le servitù*, cit., 134 s.; F. LAMBERTI, *'Nominatim imponenda servitus'*, in *Labeo*, XLII, 1996, 37 ss.; A. LÓPEZ PEDREIRA, *Constitución de servidumbres por destinación del padre de familia: antecedentes del artículo 541 del Código Civil Español*, in *Estudios de derecho romano en memoria de B.M.<sup>a</sup> Reimundo Yanes*, I, Burgos, 2000, 523; M.G. ZOZ, *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2001, 167; S. RANDAZZO, *'Servitus "iure" imposita. Destinazione del padre di famiglia e costituzione 'ipso iure' della servitù*, in *RDR*, II, 2002, 302 ss., ora in *Φιλία. Scritti per G. Franciosi*, IV, a cura di F.M. d'Ippolito, Napoli, 2007, 2241 ss.

<sup>4</sup> Sull'attività di Giuliano e sui *libri ex Minicio*, cfr. il recente profilo di V. MAROTTA, *Publio Salvio Giuliano*, in *Giuristi romani*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2024, 162 ss.

<sup>5</sup> Probabilmente si tratta del titolo originario dell'opera stando ad una dicitura riscontrabile in trentasei *inscriptiones*, mentre l'espressione *ad Minicium* compare esclusivamente in tre frammenti e nell'*Index Florentinus*. Sulla questione v. A. GUARINO, *'Salvius Iulianus'. Profilo biobibliografico*, Catania, 1945, 31 ss., ripubblicato in *Labeo*, X, 1964, 380 ss., ora in *Pagine di diritto romano* (da cui si cita), V, Napoli, 1994, 201 ss., il quale osserva come tale titolatura si presenti «più adeguata alla natura dell'opera», al contrario di quella di *libri ad* utilizzata principalmente nei casi di commentari a leggi ed editi; di uguale avviso anche E. BUND, *Salvius Iulianus, Leben und Werk*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, 436; sul punto da ultima P. CAPONE, *Una 'quaestio' di Minicio e una nota di Giuliano: rileggendo D. 40.12.30*, in *'Fides Humanitas Ius'*. *Studii in onore di L. Labruna*, II, Napoli, 2017, 698 ss., specialmente 698, nt. 1. Grandi incertezze sono manifestate circa la genesi dei *Libri ex Minicio* di Giuliano. Secondo S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano. 'Βιβλία ἐξ Julianus ad Minicium'*, in *BIDR*, VII, 1894, 169 ss., ora in *Scritti di diritto romano. I. Studi sulle fonti*, Palermo, 1957, 45 ss., si sarebbe trattato di una raccolta di responsi e dottrine dei maestri Sabino e Cassio, poi

*De servitute legata*<sup>6</sup>:

Iul. 1 *ex Min.* D. 33.3.1 [L. 845]: *Qui duas tabernas<sup>7</sup> coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit: quaesitum est, si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, num inferior oneri ferundo<sup>8</sup> in superioris tabernae loco contineretur. Respondit*

curata da Giuliano che avrebbe mantenuto l'ordine originario delle materie, inserendo nel testo aggiunte in forma di note. *Contra* A. GUARINO, 'Salvius Iulianus', cit., 204, che attribuisce a Minicio la paternità dell'opera. I *Libri ex Minicio* sarebbero stati una riedizione di quella raccolta operata da Giuliano senza modificazioni, ma con l'aggiunta di note. In tal senso anche F. LAMBERTI, 'Nominatim imponenda servitus', cit., 75. Sul tema cfr. anche H. KRÜGER, *Römische Juristen und ihre Werke, in Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, II, Milano, 1930, 332 ss.; FR. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 273 s. (= *Storia della giurisprudenza romana*, tr. it., Firenze, 1968, 390 s.), per il quale abbiamo un commento lemmatico, non un'edizione, con note di Giuliano, di uno scritto altrimenti sconosciuto di Minicio, e P. STARACE, *Un confronto testuale in tema di 'causa liberalis'*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, Napoli, 2002, 66 ss.

<sup>6</sup> Nella gl. *ad tit.* III ('*Pandectarum seu Digestorum iuris civilis*', II, Venetiis, 1574, 771) compare la rubrica *De servitute legata, urbana & rustica*, ma le parole *urbana & rustica* non sono presenti nella *Littera Florentina*.

<sup>7</sup> Nel noto testo di Ulpiano tratto dal commentario *ad edictum* (D. 50.16.183) *taberna* designa qualsiasi edificio idoneo a essere abitato; diversamente dal caso in cui la *taberna* è attrezzata, *instructa*, cioè dotata sia delle cose sia degli uomini predisposti per l'esercizio della *negotiatio* (Ulp. 28 *ad ed.* D. 50.16.185). Cfr. M.A. LIGIOS, 'Taberna', 'negotiatio', 'taberna cum instrumento' e 'taberna instructa' nella riflessione giurisprudenziale classica, in *Antecessori oblata. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro*, Padova, 2001, 27 ss.; EAD., 'Nomen negotiationis'. Profili di continuità e di autonomia della 'negotiatio' nell'esperienza giuridica romana, Torino, 2013, in particolare 152 ss.; A. CAMPANELLA, *Brevi riflessioni su D. 50.16.185 (Ulp., 28 ad ed.)*. Profili terminologico-concettuali della definizione ulpiana di 'taberna instructa' e locuzioni sostanzialmente equivalenti nella riflessione giurisprudenziale romana tra il I sec. a.C. e il III d.C., in *D@S*, VIII, 2009; M. VINCI, *Alle origini del trasferimento 'mortis causa' dei beni produttivi*, in *TSDP*, VIII, 2015, 1 ss.

<sup>8</sup> Quanto all'espressione *ferre onus* ad indicare la presunta *servitus oneris ferendi*, è plausibile che, alla luce del tormentato testo di Ulpiano (17 *ad ed.* D. 8.6.5.2), il contenuto di questa *species servitutis* consistesse sia nella sopportazione dell'appoggio del *paries* dell'edificio dominante (appunto l'*onus ferre*) sia nell'onere della ricostruzione del muro di sostegno (*paries refectio*) da parte del proprietario del fondo servente. Potrebbe negarsi la configurazione di una *servitus oneris ferendi* nel frammento di Giuliano essendo il contenuto di questa *species servitutis* più ampio del semplice *onus ferre* cui fa riferimento. A ciò si aggiunga che la formula *tabernam meam uti nunc est do lego* non è idonea a determinare quella perpetuità del muro che poteva, invece, ritenersi insita nella *servitus oneris ferendi* (in tal senso v. C. BURZIO, *La 'servitus'*, cit. 551 s., il quale dubitava che nel caso prospettato si trattasse di una *servitus oneris ferendi* che non si poteva costituire con la formula *tabernam meam uti nunc est do lego*). Sul problema dell'*onus refectionis* cfr. V. SCIALOJA, *Sulla 'servitus oneris ferendi'*, in *AG*, XXVII, cit., 145 ss., ora in *Studi giuridici*,

*servitutem impositam videri. IULIANUS notat: videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatim haec servitus imposita est aut ita legatum datum est: 'tabernam meam uti nunc est do lego'.*

Un testatore, proprietario di due botteghe unite tra loro, le ha lasciate con legato a due persone diverse. Se si accolgono le correzioni di Mommsen<sup>9</sup> apportate nella parte centrale del testo e si legge *'inferiorem esse oneri ferundo'* al posto di *'inferior oneri ferundo'* e *'legato'* per *'loco'* (questa correzione risale a Cuiacio)<sup>10</sup> si può immaginare che la configurazione delle botteghe è tale per cui quella inferiore si presenta come materialmente gravata da un servizio a favore della superiore<sup>11</sup>. Dalla *taberna* superiore, infatti, è costruito qualcosa (*quid inaedificatum*) che viene a poggiarsi sulla inferiore. Supponiamo ad esempio che tra due strade ci sia un dislivello di qualche metro. Le *tabernae* sono costruite addossate al pendio, quindi il pian terreno della bottega superiore sulla via alta può corrispondere al tetto o al piano superiore della bottega inferiore sulla via bassa. La bottega del piano superiore ha una struttura edificata (*quid inaedificatum*), come un muro portante, un arco, o

I. *Diritto romano*, Roma, 1932-1934, 84 ss.; G. BESELER, *Miscellanea. 'Nemini sua res deberi potest'*, in *ZSS*, XLV, 1925, 231 ss.; P. BONFANTE, *La regola 'servitus in faciendo consistere nequit'*, in *Scritti Ascoli*, Messina, 1931, 179 ss.; G. SEGRÈ, *La clausola restitutoria nelle azioni 'de servitutibus' e le formule relative alla 'servitus oneris ferendi'*, in *BIDR*, XLI, 1933, 56 ss.; G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, 1944, 192; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 81 ss.; S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 19 ss.; ID., *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949, 32 ss.; B. BIONDI, *Servitù 'in faciendo'*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1965, 153 s.; ID., *Le servitù*<sup>2</sup>, cit., 113 ss.; G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, 35 s. nt. 115; R. BASILE, *In tema di 'servitus oneris ferendi'*, in *Labeo*, XLVII, 2001, 63 ss.; ID., *'Servitus oneris ferendi'. Aspetti essenziali*, Napoli, 2012, 13 ss., cui rinvio per ulteriore bibliografia; S. MASUELLI, *La 'refectio' nelle servitù prediali*, Napoli, 2009, 1 ss. e da ultimo A.L. DE PETRIS, *Il principio 'servitus in faciendo consistere nequit' e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica*, Bologna 2023, 5 ss. (su cui si v. R. BASILE, *Tra servitù, prestazioni 'in faciendo' e oneri reali*, in *LR*, XIII, 2024, 621 ss.).

<sup>9</sup> TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berolini, 1870, rist. 2001, 114. P. KRUEGER, *Corpus iuris civilis*<sup>31</sup>, I. *Institutiones. Digesta*, Dublino-Turici, 1966, 504, nt. 13, corregge *'inferior'* con *'inferiorem servire'*.

<sup>10</sup> J. CUIACI *Ad libros sex Juliani ex Minicio Natali, ad librum primum*, in *'Opera omnia'*, III, Paris, 1658, rist. Goldbach, 1996, 491.

<sup>11</sup> *Contra* R. ASTOLFI, *Sabino e la costituzione tacita di servitù*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte*, Napoli, 1999, 116 ss., secondo il quale non si può desumere l'esistenza di una servitù di appoggio dell'una *taberna* sull'altra dal semplice fatto che esse avevano una parete in comune. «Si sarebbe certi se la bottega superiore rovinasse, qualora le si tolga l'appoggio dell'inferiore. Ma potrebbe non rovinare. L'appoggio è soltanto parziale».

delle travi che poggiano sulla inferiore. La configurazione delle due *tabernae* è tale che la bottega del piano superiore non può esistere senza il supporto della inferiore<sup>12</sup>.

Dopo la morte del testatore le due botteghe divengono di proprietà di soggetti distinti. A questo punto sorge il dubbio se l'assegnazione separata delle due botteghe comporti anche la costituzione di una *servitus* (*oneris ferendi?*) che prima della attribuzione delle *tabernae* a due soggetti diversi non poteva esistere in virtù del principio *nemini res sua servit*<sup>13</sup>, o se il *de cuius* debba esplicitare l'esistenza di tale servitù nel testamento.

La prima risposta al quesito, offerta in terza persona (*respondit*)<sup>14</sup> con l'*oratio obliqua*<sup>15</sup> probabilmente da Sabino<sup>16</sup>, interrogato da Minicio,

<sup>12</sup> Nel *casus* della gl. *ad D. 33.3.1*, in 'Pandectarum', II, cit., 771 si legge: *inferior taberna debet ita servire superioris sicut serviebat me vivente*.

<sup>13</sup> Sul principio *nemini res sua servit* si v. J. LATREILLE, *De la destination*, cit., 19 ss.; S. PEROZZI, 'Fructus servitutis esse non potest', in *BIDR*, VI, 1894, 1 ss., ora in *Scritti giuridici*, II. *Servitù e obbligazioni*, a cura di U. Brasiello, Milano, 1948, 167 ss.; ID., *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, in *RISG*, XXIII, fasc. 2, 1897, 5, ora in *Scritti*, II, cit. 201 s.; C. LONGO, *La categoria delle 'servitutes' nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XI, 1898, 314 s.; B. BRUGI, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Tradotto e arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia*, VIII, sotto la direzione di F. Serafini, P. Cogliolo, C. Fadda, Milano, 1900, 101 ss., 335 s. nt. h; V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in *AG*, LXXXII, 1911, 456 ss.; G. BESELER, *Miscellanea. 'Nemini sua res debere potest'*, in *ZSS*, XLV, cit., 233 s.; B. BIONDI, *La categoria*, cit., 307 ss.; ID., *Le servitù*<sup>2</sup>, cit., 104 ss.; S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 14, 119 ss.; ID., *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, 135 ss.; ID., *Sul principio 'Nemini res sua servit'*, in *SDHI*, XVIII, 1952, 223 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, 634 ss.; G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 89; A. VALIÑO, *La Facultad de hipotecar en el condominio romano*, in *Labeo*, XLVIII, 2002, 79, nt. 35; A. BURDESE, *Le servitù prediali*, Padova, 2007, 14; E. MARELLI, *La compravendita dell'eredità in diritto romano*, Torino, 2020, 163 ss., con riguardo all'erede-venditore titolare di una servitù su un fondo di proprietà del *de cuius* che successivamente acquistò l'eredità.

<sup>14</sup> Per A. GUARINO, 'Salvius Iulianus', cit., 208, i numerosi 'respondit' presenti nei frammenti di Giuliano sono da attribuirsi agli studiosi e agli amanuensi postclassici che hanno reso la nota in forma indiretta o in sostituzione del responso miniciano; solo in questo frammento la nota sarebbe genuina.

<sup>15</sup> Così A. GUARINO, 'Salvius Iulianus', cit., 205.

<sup>16</sup> Per un inquadramento generale su Masurio Sabino v. A. STEINWENTER, voce 'Sabinus', in *RE*, I, A.2, Stuttgart, 1920, 1600 ss.; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, München, 1912, 163 ss.; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 501 ss.; R. ORESTANO, voce *Sabino Masurio*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1957, 294 s.; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*<sup>2</sup>, Graz, 1967, 119 ss. e 341 ss.; R. ASTOLFI, *I 'libri tres iuris civilis' di Sabino*<sup>2</sup>, Padova, 2001, 1 ss., e da ultimo G. MORGERA, *Studi su Masurio Sabino*, Napoli, 2007, *passim*.

sembra<sup>17</sup> affermativa: *servitutum impositam videri*<sup>18</sup>. Giuliano<sup>19</sup> osserva che ciò non è vero<sup>20</sup> a meno che la *servitus* sia stabilita espressamente (*nominatim haec servitus imposita est*) o nel legato sia detto ‘ti lego la mia taberna nello stato in cui si trova’ (*uti nunc est*).

Possiamo ipotizzare che Giuliano, sebbene si esprima in terza persona (*Iulianus notat*)<sup>21</sup>, completi il discorso di Sabino aggiungendo il proprio

<sup>17</sup> Secondo F. PULITANÒ, *Letà romana classica. Funzione notarili e giuristi*, in ‘Tabellio’, ‘notarius’, notaio: quale funzione? Una vicenda bimillenaria, a cura di A. Bassani e F. Pulitanò, Milano, 2022, 11 ss., specialmente 27 ss., si tratta di un «requisito di apparenza»

<sup>18</sup> Per S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 186, il responso di Sabino era in origine negativo, ‘*servitutum impositam NON videri*’ e Giuliano lo avrebbe corretto scrivendo ‘*videamus, ne hoc ita verum sit ...*’. I giustinianeî avrebbero soppresso le negazioni fornendo l’occasione per interpretare questa testimonianza a favore della teoria della destinazione del padre di famiglia. J. LATREILLE, *De la destination*, cit., 22 s., si sofferma sul responso di Minicio che dichiara *imposita* la servitù per volontà presunta del testatore, senza però fornire una conclusione: «Ne se croirait-on pas en présence d’une véritable destination?». Giuliano, secondo F. LAMBERTI, ‘*Nominatim imponenda servitus*’, cit., 76, come i giuristi del suo tempo, avrebbe indicato le «alternative processuali o negoziali cui ricorrere per la realizzazione del *ius in re*, senza uscire dal solco già tracciato da analoghe soluzioni», e non avrebbe quindi fatto riferimento alla costituzione tacita delle servitù.

<sup>19</sup> In ‘*Pandectarum*’, II, cit., 771, ad D. 33.3.1, in luogo di *Iulianus* figura *Ulpianus*. Probabilmente si tratta di un mero errore dell’amanuense.

<sup>20</sup> Su un presunto dibattito giurisprudenziale tra Sabino e Giuliano cfr. B. BIONDI, *Le predialî*, cit., 288 s., per il quale Sabino era ben lontano dall’ammettere una costituzione tacita e l’antico principio che richiedeva la costituzione *nominatim* non sarebbe violato neanche in questo caso; F. LAMBERTI, ‘*Nominatim imponenda servitus*’, cit., 75, e R. ASTOLFI, *Sabino*, cit., 117. A. PALMA, ‘*Iura vicinitatis*. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell’età classica’, Torino, 1988, 222 s., sembra ammettere un *ius controversum* tra Minicio e Giuliano, ma nega che in assenza di chiara manifestazione di volontà potesse presumersi una servitù che non esisteva in capo al *dominus tradens*.

<sup>21</sup> Sulla ricorrenza di *Iulianus notat* anche nei libri *ad Urseium Ferozem* v. Iul. 2 *ad Urs. Fer. D.* 23.3.48.1; Iul. 2 *ad Urs. Fer. D.* 30.104.1; Iul. 1 *ad Urs. Fer. D.* 46.3.36 pr. Per FR. SCHULZ, *Geschichte*, cit., 271 e nt. 4 (= *Storia*, cit., 389 e nt. 4), l’annotazione giuliana è genuina, e il commento mediante il nome del giurista era molto pratico in quanto evitava il rischio che chi non avesse familiarità con l’opera potesse avere dubbi sull’autore della nota. Sulla genuinità della nota anche S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 170, ora in *Scritti*, I, cit., 49, per il quale Giuliano trovando «la decisione troppo assoluta ... vi aggiunge una limitazione» e A. GUARINO, ‘*Salvius Iulianus*’, cit., 208. Come ricorda E. STOLFI, *Primi appunti sulle ‘notae’ giurisprudenziali fra II e III secolo d.C.*, in *Koinonia*, XLIV, fasc. 2, 2020, 1505, i testi tratti dai libri *ex Minicio* (Iul. 6 *ad Min. D.* 33.3.1), e *ad Urseium Ferozem* (Iul. 1 *ad Urs. Fer. D.* 6.1.61; Iul. 2 *ad Urs. Fer. D.* 23.3.48.1; Iul. 1 *ad Urs. Fer. D.* 30.104.1; Iul. 1 *ad Urs. Fer. D.* 46.3.36 pr.) sono con ogni probabilità da ritenersi commenti lemmatici indipendenti e non propriamente *notae*. In tal senso anche F. TAMBURI, *Note e annotazioni nel laboratorio dei ‘generi letterari’*. Il caso di Tizio Aristone, in ‘*Ius hominum causa constitutum*’. *Studi in onore di A. Palma*, III, a cura di F. Fasolino,

pensiero. Nella sua ‘nota’ evidenzia i presupposti necessari per la costituzione di una servitù e cioè che essa sia *nominatim imposita* e che il testatore abbia precisato ‘*uti nunc est do lego*’. Si tratta di un intervento «non corrigendo sed determinando»<sup>22</sup>, volto a rendere espliciti gli elementi che non sono stati chiariti da Minicio<sup>23</sup> e dai quali emerge l’imposizione della servitù.

Non è questo l’unico caso in cui nei *libri ex Minicio* compare il parere di Giuliano in terza persona accompagnato da *notat*. Anche in Iul. 6 *ex Min.* D. 6.1.61<sup>24</sup> a proposito della proprietà di una nave riparata con materiale altrui, al parere di Minicio – secondo il quale la nave sarebbe rimasta al precedente proprietario solo se inalterata, e non se il materiale altrui fosse stato utilizzato per costruire una nave nuova – segue, direi pure qui in chiave tendenzialmente esplicativa, il rilievo di Giuliano, il quale osserva che l’intera nave segue la proprietà della ‘carena’, cioè dell’ossatura principale dello scafo sulla quale sono fissate le tavole che compongono il fasciame<sup>25</sup>.

Interpretato in questi termini il frammento, non mi sembra si possano individuare estremi in favore della ricorrenza della destinazione del padre di famiglia, in quanto la costituzione della servitù scaturisce non già da un rapporto fattuale esistente sopra l’una delle due botteghe ad uso e utilità dell’altra, ma dalla dichiarazione *nominatim* del testatore («*nominatim in testamento meo imposui dicta servitute*»)<sup>26</sup> o dalla clausola ‘*ti lego la mia*

---

Torino, 2022, in particolare 1911, nt. 18.

<sup>22</sup> Gl. *notat ad D.* 33.3.1, in *Pandectarum*, II, cit., 771.

<sup>23</sup> Così S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 247, ora in *Scritti*, I, cit., 138; Id., *La destinazione*, cit., 408, per il quale la nota di Giuliano, «che ha qui evidentemente uno scopo esplicativo, completa il responso, mettendo in luce quei speciali presupposti che poterono essere presentati al rispondente». Già C.F.F. SINTENIS, *Das Practische Gemeine Civilrecht*, I, Leipzig, 1868, 597, nt. 17, aveva osservato che la nota di Giuliano «*möchte nur durch die Umstände des konkreten Falls zu erklären sein, denen hier allerdings ein entscheidendes Uebergewicht gebührt*».

<sup>24</sup> Iul. 6 *ex Min.* D. 6.1.61: *Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilo minus eiusdem navis maneret, respondit manere. Sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse IULIANUS notat: nam proprietates totius navis carinae causam sequitur.*

<sup>25</sup> Cfr. su questo testo in relazione alla genuinità o meno delle note giuliane in *oratio directa* od *obliqua* FR. SCHULZ, *Geschichte*, cit., 273 (= *Storia*, cit., 391); S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 248 ss., ora in *Scritti*, I, cit., 139 s. Nell’ambito del più ampio tema dell’identificazione della nave e della sua destinazione economica si v. R. RICHICHI, *L’inquadramento della nave nelle categorie delle ‘res’ in diritto romano*, in *RDR*, I, 2001, 9 s.; M. SALAZAR REVUELTA, *La nave como objeto clave en el desarrollo comercial romano y su delimitación por parte de la jurisprudencia*, in *RGDR*, XLIII, 2024, 25 s.

<sup>26</sup> *Pandectarum*, II, cit., 771.

*taberna uti nunc est*<sup>27</sup> contenuta nei *verba legati*<sup>28</sup>. A sostegno di quanto detto credo si possa leggere anche uno stralcio dei *Basilici* in cui la costituzione della servitù tra le due ἐργαστήρια avviene con la clausola ὡς νῦν ἐστι:

Bas. 44.6.1: Καὶ περὶ τοῦ ἔχοντος δύο ἐργαστήρια καὶ διαφοροῖς αὐτὰ ληγατεύσαντος, καὶ οἰκοδομήσαντος, καὶ εἰπόντος· «Τὸ ἐργαστήριόν μου, ὡς νῦν ἐστι, δίδωμι»<sup>29</sup>.

La chiusa del passo in cui si riferisce che la *taberna* è legata *uti nunc est* può avere una più chiara chiave di lettura se connessa con l'espressione *quid inaedificatum*<sup>30</sup>. Potrebbe darsi che Giuliano prenda in esame il caso che, successivamente al legato, sia costruito qualcosa nella *taberna* superiore e quindi la questione è se questa costruzione sia compresa nel legato, o meglio, se il servizio a favore della successiva *inaedificatio* sia tale da costituire il contenuto di un *ius in re*. Forse il giurista, volendo proprio escludere dal legato le costruzioni fatte dopo la disposizione *mortis causa*, ha chiarito che le *tabernae* sono trasmesse nello stato in cui si trovano al momento del testamento.

In base a quanto appena osservato può inferirsi che la costituzione della servitù derivi dalla disposizione del testatore, disposizione che, se tesa a rendere inefficace la precedente destinazione dello stato delle botteghe, andava argomentata da fatti positivi o anche da semplici enunciative, ma mai dal fatto negativo di un completo silenzio. Come ha osservato Donatuti<sup>31</sup> infatti, «tanto nel diritto classico, quanto in quello della

<sup>27</sup> Nella gl. *ad D. 33.3.1* (*Pandectarum*, II, cit., 771) si fa l'esempio: *tabernam meam Titianam lego Titio uti nunc est* & *tabernam meam Seianam lego Seio uti nunc est*.

<sup>28</sup> La clausola *uti nunc est ita sit* importa sempre costituzione espressa e l'antico principio che richiede la costituzione *nominatim* non viene in questo caso affatto violato. In tal senso B. BRUGI, *Studi*, cit., 235 s.; S. RICCOBONO, *La destinazione*, cit., 407; G. GROSSO, *In tema di costituzione tacita di servitù*, in *BIDR*, XLII, 1934, 335, ora in *Scritti storico giuridici*, II. *Diritto privato cose e diritti reali*, Torino, 2001, 162, e *Id.*, *Le servitù*, cit., 222; B. BIONDI, *La categoria*, cit., 235 ss. e *Id.*, *Le servitù*<sup>2</sup>, cit., 289; J. BONET CORREA CALDERÓN, *Sobre la supuesta constitución*, cit., 335 ss.; F. LAMBERTI, *Nominatim imponenda servitus*, cit., 74 s. e A. LÓPEZ PEDREIRA, *Constitución*, cit., 518. R. ASTOLFI, *Costituzione*, cit., 197, precisa che «nel caso in cui la servitù non sia essenziale, come in *D. 33.3.1* (Iul. 1 *ad Minic.*) non è sufficiente lo stato di fatto in cui il *pater familias* ha lasciato il fondo, per ritenerla costituita, ma occorre una sicura volontà del testatore manifestata da altri segni inequivocabili».

<sup>29</sup> Edizione G.E. HEIMBACH, IV, Lipsiae, 1846, 400.

<sup>30</sup> Accursio gl. *aedificatum ad D. 33.3.1*, intende *aedificatum* come «*super aedificatum*».

<sup>31</sup> G. DONATUTI, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano, 1930, 464 ss., ora in *Studi di diritto romano*, I,

compilazione, resta vero che, per tutti quei rapporti per i quali occorre la volontà o il consenso, il silenzio è insufficiente. Esso basta soltanto là ove volontà e consentimento devono intendersi in un significato comprendente anche il *non volle* e il *non contradicere*».

Ne consegue che la *quaestio* relativa alla possibile costituzione della servitù in seguito alla separazione delle due botteghe assegnate a due proprietari diversi potrebbe essere risolta in due modi: o la servitù sorge *ipso iure* una volta che il testamento abbia effetto, e dunque la costituzione deriva da una espressa manifestazione di volontà del *de cuius*, o è costituita dal proprietario del fondo destinato a diventare servente. Nella prima ipotesi nasce per atto *mortis causa* e immediatamente, nella seconda *inter vivos* e mediatamente.

Rispetto a queste due soluzioni e all'interpretazione che abbiamo dato del frammento di Giuliano, in antitesi con la configurazione di una costituzione tacita, va letto il commento di Bartolo a D. 33.3.1:

*Comm. ad l. 1 de servitute legata: Si domus una sustineat actum servitutis habentis causam continuam, & permanentem, et alienetur: in dubio servitus videtur imposita<sup>32</sup> ... hic vero loquitur*

---

Milano, 1976, 319 ss. Sul tema v. l'ampio lavoro di M.S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982, 1 ss., che analizza il silenzio nelle sue diverse manifestazioni, in una prospettiva sociale oltre che giuridica. Nella destinazione del padre di famiglia il silenzio si manifesta come un'azione di tolleranza, come un *patis*, nel significato di sopportare una data situazione. Ecco perché a tal proposito si parla di *patientia* che esige la *scientia*, poiché «la dimostrazione della tolleranza non può essere data che da un silenzio consapevole». Proprio sulla dimensione giuridica del silenzio, anche nell'ambito del *ius civile*, si è soffermato recentemente F. ARCARIA, *'Chi tace non dice nulla'. Il silenzio nell'esperienza giuridica romana*, Milano-Udine, 2023, 21 ss. G. SALA CONTARINI, *La destinazione del padre di famiglia come mezzo costitutivo di servitù prediali nel diritto romano. Studio comparato al diritto civile italiano*, Girgenti, 1895, 142, scriveva: «il silenzio se non è di per sé stesso, efficace e sufficiente a costituire la servitù, è certamente ciò che fa produrre alla destinazione del padre di famiglia il suo giuridico effetto». Cfr. anche V. SIMONCELLI, *Il silenzio nel diritto civile*, in *RIL*, XXX, 1897, 253 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, 551 ss.; P. BONFANTE, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, IV, fasc. 2, 1906, 222 ss., ora in *Scritti giuridici vari*, III. *Obbligazioni comunione e possesso*, Torino, 1921, 158 ss.; G. PACCHIONI, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, IV, fasc. 2, cit., 22 ss.; S. PEROZZI, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, IV, fasc. 1, 1906, 509 ss., ora in *Scritti*, II, cit. 599 ss. e V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'a.a. 1892-1893*, rist. Roma, 1933, 48 ss.

<sup>32</sup> *'Commentaria'*, IV. *In secundam Infortiati partem*, ad l. *Qui duas ff. de servitute legata*, a cura di G. Polara, Roma, 1998, 82: «*Hoc dicit (ista lex). Oppositio: dicitur hic quod servitus videtur imposita; contra imo debet imponi per heredem: ut sopra l. damnas, § I et l. testatrix, in principio ... Solutio: ibi loquitur in servitute viae, vel itineris, quae causam continuam*

*de domo sustinente onus servitutis, habentis causam continuam, unde testator videtur imponere, quod habeat causam permanentem. Domus si vendatur, videtur imposita servitus, ut sustineat onera permanentia, quae ipso actu sustinebat, si contrahentes sciebant.*

In caso di alienazione di una casa su cui grava, in modo stabile e permanente, uno stato di servizio corrispondente al contenuto di una servitù si presume che quella servitù continui a gravare sull'immobile: *servitus videtur imposita*. La struttura costruita sopra la casa inferiore costituisce un'opera continua che dimostra l'esistenza di un vincolo tra i due fondi. Nel caso di trasferimento *inter vivos*, la *domus* venduta conserva i pesi che gravano su di essa, e la servitù si reputa imposta (*videtur imposita servitus*), purché gli *onera* siano permanenti (*onera permanentia*) e conoscibili dai contraenti (*contrahentes sciebant*).

Il commento di Bartolo in effetti introduce degli elementi importanti quanto alla costruzione sistematica dell'istituto della destinazione del padre di famiglia, elementi che si aggiungono al solo stato di servizio tra i fondi desumibile da D. 33.3.1: continuità e permanenza della causa e conoscenza dello stato materiale delle cose per cui un fondo serve all'altro. In presenza di questi fattori allora si presume la costituzione della servitù, anche se non dichiarata espressamente. Lo stato di servizio tra i fondi, continuo e riconoscibile, configurato dal commentatore come presupposto per la costituzione tacita del *ius praedii*, rappresenta proprio il nucleo del moderno istituto della destinazione del padre di famiglia. Attraverso la dottrina intermedia<sup>33</sup>, infatti, il commento di Bartolo si è consolidato

---

*non habebat: ideo non videtur imposita per testatorem, licet posset agi, ut imponatur...». Le servitù discontinue, invece, in caso di alienazione mediante atto *inter vivos*, potevano essere conservate solo con espressa menzione di esse nel titolo di acquisto; negli atti di ultima volontà solo se necessarie alla cosa legata o ereditaria, purché si agisse per farle imporre (*posset agi ut imponatur*).*

<sup>33</sup> Giureconsulti posteriori come B. CAEPOLLA, *Tractatus de servitutibus praediorum (urbanorum et rusticorum)*, Londra, 1552, cap. 38, riprendono il pensiero di Bartolo e le soluzioni da lui proposte in tema di costituzione tacita di servitù: «*Sed Bartolus et Angelus contrarium dixerunt in dicta lege conclave: dicunt enim quod in contractibus inter vivos, si non imponitur servitus oneris ferendi, non venit per illa iura ... Sed ego credo quod non bene dicant: quia in contrarium est textum in dicta lege binas aedes, cum sequentibus, cum glossa super verbo concesserit, quae exponit inter vivos: nam, cum venditur domus, videtur imposita servitus, ut sustineat onera permanentia, quae ipso actu tunc sustinebat: et ita debet intellegi dicta lex binas, secundum Bartolum in dicta lege I de servit. leg. et dicta lege binas aedes in fine, et talis servitus dicitur habere causam continuam et permanentem: et propterea videtur imposita, maxime si contrahentes hoc sciebant: ut dicit Bartolus in dicta lege I de serv. leg. in principio, et dixi in praecedenti quaestione in fine, et istud teneas*».

nelle codificazioni ottocentesche a partire dal Code Napoléon: «il n’y a destination du père de famille que lorsqu’il est prouvé quel es deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c’est par lui quel es choses ont été mises dans l’état duquel résulte la servitude»<sup>34</sup>.

L’attuale codice italiano, eliminato il requisito della continuità, limita la destinazione alle servitù apparenti, con ciò rendendo indispensabile che siano create delle opere visibili destinate a un servizio e che tali opere esistano ancora al momento della separazione dei fondi (art. 1062 cod. civ.)<sup>35</sup>. Gli elementi che devono concorrere affinché si costituisca la servitù possono essere scissi in due momenti: la disposizione dei luoghi (fatta o lasciata dall’antico proprietario), per la quale si richiede innanzitutto l’esistenza di due fondi ora divisi<sup>36</sup>, ma prima uniti; e il momento dell’acquisto connesso alla separazione dei fondi, alla cessazione dell’appartenenza di essi all’unico proprietario e all’assenza di disposizioni relative alla servitù. Così configurato l’istituto, la costituzione avviene senza alcuna manifestazione di volontà ma come conseguenza di una situazione fattuale tra i fondi che persiste dopo la separazione.

Proprio in questo senso può leggersi una recentissima ordinanza della Corte di Cassazione<sup>37</sup> in cui è chiaramente affermato che la servitù per destinazione del padre di famiglia si costituisce «*ope legis*» per il fatto che al momento della separazione dei fondi o del frazionamento dell’unico fondo, vi siano opere o segni manifesti ed inequivoci di una situazione oggettiva di subordinazione o di servizio, che integri *de facto* il contenuto proprio di una servitù, indipendentemente da qualsiasi volontà, tacita

---

<sup>34</sup> Art. 693. La disposizione risulta ancor oggi in vigore nel codice francese nella stessa formulazione del Code Napoléon. Si v. anche art. 632 del codice civile italiano del 1865: «La destinazione del padre di famiglia ha luogo quando consta per qualunque genere di prova, che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi pose o lasciò le cose nello stato dal quale risulta la servitù».

<sup>35</sup> «La destinazione del padre di famiglia ha luogo quanto consta, mediante qualunque genere di prova, che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi ha posto o lasciato le cose nello stato dal quale risulta la servitù. Se i due fondi cessarono di appartenere allo stesso proprietario, senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa s’intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati».

<sup>36</sup> La formulazione del legislatore non lascia capire se sia necessario che nel momento in cui si attua la separazione esistano già due fondi, sia pure appartenenti allo stesso proprietario, oppure se sia sufficiente che dopo la separazione ci siano due fondi. Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Il Codice*<sup>6-7</sup>, III, cit. 174 s.; F. MESSINEO, *Le servitù*, cit., 140; G. DEIANA, voce *Destinazione del padre di famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 319; B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XII, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1967, 371.

<sup>37</sup> Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2024, n. 4646.

o presunta, dell'unico proprietario nel determinarla o nel mantenerla». Secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte, lo stato di servizio deve essere ricercato non già nell'intenzione del proprietario del fondo, bensì nella natura delle opere oggettivamente considerate, in quanto nel loro uso normale determinino il permanente assoggettamento del fondo vicino all'onere proprio della servitù<sup>38</sup>. Perché possa costituirsi la servitù prediale per destinazione del padre di famiglia, infatti, è necessario che le opere destinate all'esercizio della servitù preesistano alla divisione o all'alienazione del fondo e che, all'atto della loro separazione, sia mancata una manifestazione di volontà contraria al perdurare della relazione di sottoposizione di un fondo nei confronti dell'altro<sup>39</sup>.

Il rapporto tra il tormentato frammento giuliano in D. 33.3.1 e la successiva elaborazione credo dimostri che, mentre nel diritto di Roma antica era centrale il momento dichiarativo, la *voluntas* costitutiva di una *species servitutis*, invece, a partire da Bartolo e poi in maniera compiuta nelle codificazioni ottocentesche fino ai giorni nostri, è lo stato di servizio<sup>40</sup>, valutato alla stregua di un fatto giuridico, che rileva ai fini della costituzione di un diritto di servitù.

---

<sup>38</sup> Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 2014, n. 3219; Cass. civ., sez. II, 2 dicembre 1997, n. 12197.

<sup>39</sup> Cass. civ., sez. II, 5 aprile 2016, n. 6592. Di recente il Tribunale di Cagliari (II sez. civ., 6 marzo 2024, n. 722) è tornato nuovamente sulla questione dell'apparenza come principio per la costituzione delle servitù per destinazione del padre di famiglia a proposito di un caso di riconoscimento di una servitù di passaggio (provata da tracce lasciate dal transito di mezzi meccanici) a carico di un preteso fondo servente (piazzale condominiale). L'attore chiedeva che fosse accertata l'esistenza per destinazione del padre di famiglia o per usucapione della servitù a piedi o con mezzi meccanici, «che partendo dalla porta di accesso al seminterrato di proprietà dell'attore attraverso il confinante piazzale condominiale arrivava tramite un varco aperto su una via tra due fabbricati». Il Tribunale ordinario ha rigettato la richiesta negando l'esistenza di una servitù di passaggio a favore dell'attore per l'assenza di opere visibili, univoche e permanenti ai sensi dell'art. 1061 cod. civ. (come l'asserita presenza di tracce lasciate dal transito di mezzi meccanici) destinate all'esercizio della servitù di passaggio. Il Giudice di prime cure ha ribadito che «ai fini della sussistenza del requisito dell'apparenza è necessaria la presenza di una situazione di fatto oggettiva che rende evidente l'assoggettamento di un fondo a un altro, così da rendere manifesto che non si tratta di attività (nella specie passaggio) compiuta in via precaria e senza l'*animus utendi iure servitutis*, ma di un onere preciso a carattere stabile, corrispondente in via di fatto al contenuto di una determinata servitù».

<sup>40</sup> Secondo S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, 164, nt. 91, il punto nodale della questione è l'individuazione «della situazione preesistente attraverso elementi di fatto che rilevino lo stato di asservimento di uno dei fondi e che consentano di ritenere sussistente una servitù, la quale per l'innanzi non poteva definirsi tecnicamente tale, data l'appartenenza dei due fondi al medesimo proprietario».

E concludo con una mera suggestione: potremmo ritenere che nell'istituto moderno della destinazione del padre di famiglia la *voluntas*<sup>41</sup> del *dominus* sia comunque rilevante nella misura in cui conferisce un preciso 'destino' ai fondi, magari per esigenze pratiche, 'destinazione' capace di protrarsi anche nel momento in cui cessino di appartenergli entrambi. Se, quindi, la volontà del precedente proprietario di destinare in modo stabile e funzionale un fondo all'utilità dell'altro non rileva dal punto di vista tecnico, può tuttavia considerarsi sul piano concreto il fondamento della costituzione della servitù perché ne determina l'esistenza, il contenuto e la funzione reale. *Ergo*, l'impostazione della Cassazione sembra in fin dei conti alquanto 'formalistica', in quanto accentua il valore della volontà come atto negoziale senza prendere in considerazione la volontà implicita, desumibile da un comportamento concreto. Più esplicitamente nel caso della destinazione del padre di famiglia si presume che il proprietario/*de cuius* abbia voluto costituire una servitù, e la legge ne riconosce l'esistenza senza bisogno di un atto formale ma in conseguenza di quella *voluntas* che abbia impresso una particolare destinazione ai fondi tale da creare uno stato di asservimento di un fondo all'altro. A ben riflettere quindi nella destinazione del padre di famiglia la volontà rileverebbe come momento declinativo di quella pienezza ed esclusività di godimento che il codice civile riconosce al proprietario.

Queste considerazioni trovano d'altronde conferma già nella concezione di Windscheid<sup>42</sup> del diritto del proprietario su una cosa inteso come diritto in relazione al quale «sein Wille für sie entscheidend ist in der Gesamtheit ihrer Beziehungen»<sup>43</sup> e cioè il proprietario è libero di disporre della cosa in ogni direzione, materiale, economica, giuridica: «der Eigenthümer darf über die Sache verfügen, wie er will» e «ein Anderer darf ohne seinen Willen über die Sache nicht verfügen»<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Per B. BIONDI, *Le servitù*, cit. 352: «All'antico e perdurante individualismo e indipendenza fondiaria ripugnava che una servitù potesse sorgere senza la volontà del proprietario».

<sup>42</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Dusseldorf, 1862, 418.

<sup>43</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, cit., 418.

<sup>44</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, cit., 418. In tal senso G.F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838, 113: «Als die Totalität aller dinglichen Rechte enthält das Eigenthum an sich die ausschließlich Befugniß zu jeder Anwendung der Sache, zu jeder Berfügung über sie». Da ultimo M. SCHERMAIER, *'Dominus actuum suorum'. Die willenstheoretische Begründung des Eigentums und das römische Recht*, in *ZSS*, CXXXIV, 2017, 49 ss., è tornato sul concetto di pienezza ed esclusività del diritto di proprietà, «daß die ausschließliche Verfügungsbefugniß des Eigenthümers über die Sache so weit reicht, als nicht eine Beschränkung nachgewiesen wird». La proprietà non deriva solo da un fatto materiale ma «ist Emanation menschlichen Willens» (p. 64).



Elena Marelli

*‘Voluntas’ e istituzione d’erede: le ‘res certae’*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le regole elaborate dalla giurisprudenza classica – 2.1. Il principio *‘detracta rei certae mentione’* – 2.2. Il concorso degli *heredes ex re certa* – 2.3. Le *res certae* come criterio divisionale – 2.4. La ripartizione delle passività – 2.5. L’eccezione del *testamentum militis* – 3. Il *revirement* di Giustiniano.

1. *Introduzione*

Nell’ambito del diritto successorio (romano, ma non solo), un istituto che più di altri pone l’interprete di fronte alla necessità di cogliere e valorizzare la volontà del testatore è senz’altro la *institutio ex re certa*.

Si tratta di un istituto che opera nella sola successione testamentaria: *heres ex re certa* è il soggetto al quale il testatore attribuisce espressamente non già una quota del suo patrimonio, bensì uno o più beni determinati, ma che, ciononostante, assume la qualifica di erede.

L’istituto trova oggi il proprio riconoscimento normativo nel secondo comma dell’art. 588 cod. civ.<sup>1</sup>. La norma, al primo comma, stabilisce il criterio in base al quale identificare le disposizioni a titolo universale e, per differenza, quelle a titolo particolare, rammentando che le espressioni utilizzate dal testatore non possono essere di per sé considerate decisive: indipendentemente dal loro tenore letterale, infatti, devono intendersi disposizioni a titolo universale (e, come tali, attributive della qualità di erede) quelle che hanno ad oggetto « l’universalità o una quota dei beni del testatore», mentre devono reputarsi a titolo particolare (e, come tali, attributive della sola qualità di legatario) tutte le altre.

Stabilito il principio, l’art. 588 cod. civ., al secondo comma, ad ulteriore conferma del fatto che il tenore letterale delle clausole testamentarie non deve vincolare l’interprete, detta una regola interpretativa secondo la quale

<sup>1</sup> Art. 588 cod. civ. (Disposizioni a titolo universale e a titolo particolare): 1. Le disposizioni testamentarie, qualunque sia l’espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l’universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario. 2. L’indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio.

la menzione, da parte del testatore, di uno o più beni determinati, ovvero di un complesso di beni, «non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio».

In altre parole, clausole testamentarie che dispongono di beni determinati senza qualificare espressamente quale 'erede' il beneficiario possono comunque realizzare una disposizione a titolo universale laddove, dall'indagine della volontà del testatore, emerga che egli intendesse disporre dei beni 'a titolo di quota', vale a dire li percepisse non nella loro individualità, ma quale porzione del suo patrimonio.

Si tratta di una norma interpretativa finalizzata ad assicurare che la volontà del testatore possa spiegare al massimo i propri effetti anche laddove sia stata formulata in modo atecnico.

La regola dettata dall'art. 588 comma 2 cod. civ. è relativamente recente; essa, infatti, non trova equivalente nel codice civile previgente che, all'art. 760<sup>2</sup>, individua nel riferimento all'universalità o a una quota di beni l'unico criterio discretivo tra le disposizioni a titolo universale e quelle a titolo particolare, senza lasciare margini di discrezionalità all'interprete.

Da dove origina quindi l'istituto della *institutio ex re certa*? È possibile individuare un precedente romanistico della regola sancita dall'art. 588 comma 2 cod. civ.?

In diritto romano esisteva in effetti un istituto da cui quello attuale ha mutuato la propria denominazione. A ben vedere, tuttavia, e si potrà apprezzarlo esaminando le fonti, fra questo e quello si riscontra una indubbia e sostanziale differenza: la *institutio ex re certa* del diritto romano, infatti, è sì una disposizione avente ad oggetto uno o più beni determinati, ma è anche una disposizione che contiene un'espressa istituzione di erede<sup>3</sup>.

Quindi, mentre i soggetti che sono qualificati eredi (*ex re certa*) in applicazione della regola interpretativa dell'art. 588 comma 2 cod. civ. non sono necessariamente designati come tali dal testatore, gli *heredes ex re certa* del diritto romano sono tali per espressa previsione testamentaria.

Fatta questa doverosa precisazione, nell'esaminare le fonti e con esse

---

<sup>2</sup> Art. 760 cod. civ. del 1865: 1. Le disposizioni testamentarie che comprendono l'universalità od una quota dei beni del testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede. 2. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario.

<sup>3</sup> E non potrebbe essere altrimenti dato che '*caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio*' (Gai 2.229). Sull'essenzialità dell'istituzione d'erede per la validità del testamento si veda, per tutti, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, II, *Parte speciale, Successione ab intestato e successione testamentaria*, Milano, 1963, 110 ss.

l'evoluzione della giurisprudenza in materia di *institutio ex re certa*, non potrà non apprezzarsi come gran parte delle problematiche affrontate dai giuristi romani siano quelle che, ancora oggi, vengono in rilievo quanto si interpretano disposizioni regolate dall'art. 588 comma 2 cod. civ.; una su tutte, il problema della cd. *vis expansiva* della *institutio ex re certa*, vale a dire la sua idoneità a far acquisire all'erede *ex re certa* anche beni diversi dalle *res certae* espressamente attribuitegli dal testatore<sup>4</sup>.

## 2. Le regole elaborate dalla giurisprudenza classica

Le fonti in materia di *institutio ex re certa* non sono poche. Anzi, dalla compilazione giustiniana ci sono stati tramandati *responsa* in materia in numero tale da lasciar presumere che non fossero infrequenti nella prassi clausole testamentarie che istituivano un soggetto erede limitatamente a una cosa determinata o a un complesso di beni.

Le clausole testamentarie esaminate dalla giurisprudenza hanno per lo più ad oggetto insiemi di beni che il testatore considera alla stregua di componenti autonome del suo patrimonio (potremmo quasi dire 'patrimoni separati') a motivo della loro provenienza o della loro

---

<sup>4</sup> Non è possibile, in questa sede, effettuare una ricognizione completa della assai estesa dottrina civilistica in materia di *institutio ex re certa*. Mi limito, pertanto, ad indicare due tra i primi contributi comparsi dopo l'emanazione del codice civile del 1942, nei quali si riflette anche sulle possibili origini romanistiche dell'istituto: L. SALIS, *L'istituzione di erede in una cosa determinata*, in *Diritto e Giurisprudenza*, III<sup>a</sup> ser., LXI, 1946, II, 81 ss. e L. MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2°, c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 1948, 740 ss. Per la letteratura successiva rinvio alle estese note bibliografiche di F. GERBO, *L'istitutio ex re certa. Contributo per una rilettura critica degli artt. 457 e 588 del Codice Civile*, Milano, 2011. Quanto alla dottrina romanistica, invece, se si escludono le pagine dedicate all'istituto nelle opere della pandettistica e nei trattati di diritto successorio (per tutti, si vedano B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1943, 226 ss. e P. VOCI, *Diritto ereditario*<sup>2</sup>, II, cit., 143 ss.), si riscontra un numero piuttosto esiguo di contributi e studi monografici; in ordine cronologico, si vedano C. NEUER, *Die 'heredis institutio ex re certa'*, Gießen, 1853; G. PADELETTI, *Teoria della istituzione d'erede 'ex re certa'*, in *AG*, IV, 1869, 139 ss. e 343 ss.; J. E. KUNTZE, *Über die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke ('institutio ex re')*, Leipzig, 1875; F. SCHWING, *Zur Lehre von der 'heredis institutio ex re certa'*, Stralsund, 1875; W. HOFFMANN, *Die 'heredis institutio ex re certa' bei Konkurrenz von gehörig eingesetzten Erben*, Berlin, 1897; F. MANCALEONI, *Appunti sulla 'institutio ex re'*, in *Stud. Sass.*, II, fasc. 1, 1902, 90 ss. e 251 ss.; M. DAVID, *Studien zur 'heredis institutio ex re certa' im klassischen römischen und justinianischen Recht*, Leipzig, 1930.

ubicazione. Sono esempi della prima ipotesi le disposizioni relative ai *bona materna*, ai *bona paterna* o ai *bona castrensia*; sono esempi della seconda ipotesi le disposizioni aventi ad oggetto *res italicae* o *res provinciales* o *praedia urbana/praedia rustica*.

Nell'esaminare queste clausole, la giurisprudenza si interroga sulla loro compatibilità con i principi generali che regolano il diritto delle successioni. La risposta che viene data dai giuristi a questa domanda – e da qui parte la strada in salita per riconoscere una qualche efficacia alle disposizioni in commento – è negativa.

La clausola testamentaria che nomina un soggetto erede attribuendogli esclusivamente la titolarità di uno o più beni determinati appariva agli occhi dei giuristi romani «un assurdo giuridico»<sup>5</sup>. Tale clausola è infatti intrinsecamente contraddittoria. Posto che l'erede è sempre, per sua natura, successore *in universum ius defuncti*, la menzione della *res certa* come limitazione della portata della delazione risulta illogica. Il testatore sembra volere due cose tra loro incompatibili: vuole che il beneficiario della disposizione acquisisca la qualifica di erede, ma vuole anche, contemporaneamente, che egli consegua solo la *res certa*.

Ecco, quindi, che le riflessioni della giurisprudenza si concentrano proprio su questo apparente cortocircuito volitivo. Come dare attuazione a due volontà, entrambe provenienti dal testatore ed entrambe molto chiare, ma tra loro inconciliabili?

Esaminare l'*iter* logico con cui la giurisprudenza classica ha individuato la portata effettuale di queste clausole testamentarie offre a mio avviso interessanti spunti di riflessione sulle modalità con cui l'ordinamento giuridico romano permetteva alla volontà del testatore di 'farsi norma'.

Lo sforzo interpretativo dei giuristi, infatti, è stato dedicato a ricercare una lettura delle clausole che consentisse di attribuire loro un'efficacia quanto più possibile aderente ai *desiderata* del testatore. Questo sforzo ha imposto alla giurisprudenza, come detto, di tentare una mediazione apparentemente impossibile tra due volontà antitetiche<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> B. BIONDI, *Successione*, cit., 227. In questo senso anche F. MANCALEONI, *Appunti*, cit., 95: «La *inst. ex re* conteneva dunque in se una vera contraddizione in termini, poiché la limitazione ad una sola *res hereditaria* esclude la qualità di erede e la qualità di erede esclude la limitazione alla *res*. I due momenti sono inconciliabili, come sono antitetiche la successione universale e quella particolare».

<sup>6</sup> Diverso e meno complesso è lo sforzo esegetico imposto dall'art. 588 comma 2 cod. civ.; la norma, infatti, non richiede all'interprete di conciliare due opposte manifestazioni di volontà del testatore, bensì di qualificare la clausola con la quale il testatore ha attribuito al beneficiario una *res certa* senza istituirlo erede. La norma, quindi, autorizza una riqualificazione *praeter voluntatem* della clausola sul presupposto che il testatore, pur senza

### 2.1. *Il principio 'detracta rei certae mentione'*

Il primo passo che viene in rilievo è un passo di Ulpiano contenuto nel titolo del libro 28 dedicato alla *heredis institutio*.

Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.5.1.4: *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.*

Se taluno è stato istituito erede soltanto in relazione ad un fondo, l'istituzione deve reputarsi valida considerando non apposta la menzione del fondo. Secondo Ulpiano, infatti, non potendosi dare attuazione alla disposizione così come letteralmente formulata dal testatore, in ossequio al principio del *favor testamenti*, è opportuno adottare una lettura che consenta, dovendo scegliere, di salvare almeno l'istituzione di erede.

Viene così inaugurato il principio secondo cui la *institutio ex re certa* è valida *'detracta rei certae mentione'*: non potendo ammettere un'istituzione *'limitata'*, l'interprete deve scegliere tra attribuire rilevanza alla *res certa* – con ciò invalidando, per incompatibilità, l'istituzione d'erede (e, conseguentemente, inficiando la validità del testamento e determinando l'apertura della successione legittima) – ed assicurare la validità dell'istituzione (e con essa del testamento) a costo di non riuscire ad attuare appieno la volontà del testatore. La scelta di Ulpiano è dunque nel senso di intendere la clausola nel modo in cui possa produrre effetti anziché in quello in cui non ne potrebbe esplicare alcuno.

La regola adottata è la medesima cui Sabino ricorre in materia di condizioni impossibili e di termini apposti all'istituzione d'erede: l'elemento accidentale che compromette l'efficacia della disposizione cui accede si ha per non apposto<sup>7</sup>.

---

esplicitarlo, abbia formulato la disposizione rappresentandosi la *res certa* non tanto (o non solo) quale bene determinato, bensì piuttosto quale porzione rappresentativa di una quota del suo patrimonio. L'interprete, dunque, è chiamato, nell'intenzione del legislatore, a far emergere una volontà testamentaria che, nella formulazione della clausola, è rimasta latente.

<sup>7</sup> La regola si inserisce in un sistema interpretativo delle clausole testamentarie ispirato e plasmato dal principio del *favor testamenti*. L'applicazione della regola da parte dei giuristi, pertanto, non è mai meccanica, bensì teleologicamente orientata. A riprova del fatto che la regola *'detracta rei certae mentione'* sia dettata essenzialmente dall'esigenza di convalidare la disposizione testamentaria depone la soluzione diametralmente opposta adottata nel caso speculare della *exhereditatio ex re certa*. In quel caso, infatti, i giuristi scelgono consapevolmente di non obliterare la menzione della *res certa* e, proprio a causa di essa, di reputare nulla l'intera disposizione. La piena consapevolezza della scelta esegetica adottata trapela da un passo di Paolo: Paul. 1 *ad Vitellium* (D. 28.2.19): *Cum quidam filiam ex asse heredem*

Non è un caso, dunque, che proprio a Sabino risalga anche la regola *'detracta rei certae mentione'*, come testimoniano le espresse attribuzioni fatte sia da Ulpiano che da Paolo. Dall'esame delle fonti, tuttavia, appare evidente che tale regola non fosse seguita solo dai giuristi di scuola sabiniana, ma anche dai proculiani, come testimonia un passo di Giavoleno, che analizzerò a seguire, il quale richiama espressamente il parere del fondatore della scuola.

La regola esaminata, indubbiamente, sacrifica in parte la volontà del testatore in quanto impone di attribuire alla clausola testamentaria un significato sostanzialmente difforme da quello che il testatore si era (verosimilmente) rappresentato. Questa, tuttavia, non è l'unica criticità. La regola *'detracta rei certae mentione'*, infatti, è di semplice applicazione solo laddove vi sia un unico erede istituito, il quale, esclusa ogni portata limitativa alla menzione della *res certa*, diviene erede universale *ex asse*.

## 2.2. *Il concorso degli 'heredes ex re certa'*

Le cose si complicano in presenza di una pluralità di eredi, siano essi tutti istituiti *ex re certa* o in parte ritualmente istituiti in una quota del patrimonio del testatore ed in parte *ex re certa*.

Nel nostro ordinamento, secondo la dottrina prevalente, laddove si debba applicare l'art. 588 comma 2 cod. civ. a più disposizioni tutte qualificabili come *institutio ex re certa*, ciascun erede deve intendersi chiamato all'eredità in una quota astratta da calcolarsi *ex post* in base al rapporto tra il valore della *res certa* a lui attribuita e il valore del patrimonio relitto dal testatore all'apertura della successione.

Applicando tale principio, laddove il testatore abbia esaurito il proprio patrimonio con le *res certae*, non vi saranno difficoltà ad esaurire la chiamata (cioè a individuare eredi complessivamente chiamati a succedere nell'intero patrimonio). Laddove invece – ed è forse il caso in concreto più frequente – il testatore non abbia esaurito l'asse, si pone il problema di stabilire a chi debba essere devoluta la porzione non espressamente attribuita.

In questa ipotesi, secondo alcuni Autori, si aprirà sul residuo la successione legittima. Secondo altri Autori, invece, per lo meno nei casi in

---

*scripsisset filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit 'et in cetera parte exheres mihi erit', et quaeretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit non videri, et in disputando adiciebat ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adiuvandae.*

cui la volontà del testatore sia chiaramente intesa ad esaurire la chiamata (vale a dire nei casi in cui il testatore si sia verosimilmente rappresentato le *res certae* come il suo intero patrimonio), opererà la cd. *vis expansiva*: in altre parole, gli eredi *ex re certa*, in proporzione alle rispettive quote individuate *ex post*, saranno chiamati nell'intero patrimonio<sup>8</sup>.

Queste o analoghe soluzioni non potevano trovare applicazione per i giuristi romani. Da un lato perché, come noto, il diritto romano non ammette la concorrenza tra successione legittima e successione testamentaria e, dall'altro lato, perché il principio '*detracta rei certae mentione*' esclude possa attribuirsi rilevanza al valore della *res* per individuare le quote nelle quali gli eredi *ex re certa* sono chiamati in concorso.

Ne consegue, in modo praticamente obbligato, che gli eredi *ex re certa* sono considerati dai giuristi romani eredi *sine parte* e, come tali, concorrono in pari quota all'eredità<sup>9</sup>. A tale conclusione giunge Ulpiano persino nel caso (limite) in cui la *res certa* menzionata nelle istituzioni sia la medesima.

Ulp. 5 *ad Sab.* D. 28.5.9.13: *Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur [...].*

Il caso esaminato contempla una duplice *institutio ex re certa*, nel disporre la quale il testatore ha attribuito al primo erede un terzo del fondo Corneliano ed al secondo la restante quota indivisa di due terzi del

---

<sup>8</sup> Per la ricognizione delle posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul punto rinvio a G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*<sup>5</sup>, I, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2023, 85 ss.

<sup>9</sup> Secondo i principi generali del diritto successorio, il testatore poteva disporre l'istituzione d'erede indicando una quota astratta del suo patrimonio (espressa numericamente in una frazione), ovvero senza indicarla; gli eredi ai quali è attribuita una quota predeterminata dal testatore sono detti eredi *cum parte*, mentre gli altri sono detti eredi *sine parte*. In caso di concorso tra eredi *sine parte*, l'eredità si divide in parti uguali tra gli istituiti. Più complessa è invece l'ipotesi di concorso tra eredi *cum parte* ed eredi *sine parte*; in tale ipotesi, infatti, occorre distinguere a seconda che agli eredi *cum parte* sia assegnata nel complesso una quota tale da non esaurire l'asse ereditario, ovvero una quota tale da esaurirlo. Nel primo caso, ferme le quote attribuite agli eredi *cum parte*, gli eredi *sine parte* concorrono su quello che resta dell'asse (in parti uguali tra loro); se, tuttavia, l'asse è stato interamente esaurito dal testatore con le istituzioni degli eredi *cum parte*, l'eredità si divide in due parti uguali: sulla prima concorrono gli eredi *cum parte* in proporzione alle quote di istituzione, sull'altra concorrono gli eredi *sine parte* in pari quota tra loro. Sul punto, vedi P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., 135 ss.

medesimo fondo. Sul punto il giurista severiano richiama il parere di Celso, il quale dapprima, in applicazione della regola sabiniana, considera non apposta la menzione del fondo e, quindi, in assenza di ogni parametro che consenta di individuare la portata delle due istituzioni, stabilisce che l'eredità sia devoluta ai due eredi come se fossero stati istituiti senza indicazione delle quote ('*quasi sine partibus*')<sup>10</sup>.

La regola è confermata da Paolo nell'esaminare una fattispecie pressoché identica.

Paul. 1 *ad Sab.* D. 28.5.10: *Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent: nec enim facile ex diversitate pretii partium portiones inveniuntur: ergo expeditius est quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset.*

Anche in questo caso il testatore ha disposto due istituzioni d'erede e ha inteso limitarle *ex re certa* facendo riferimento al medesimo fondo, in modo tale che a ciascun erede sia attribuita (soltanto) una quota predefinita di quel fondo. Anche Paolo ritiene che, in tale ipotesi, la clausola testamentaria debba interpretarsi come se il testatore avesse istituito due eredi senza indicazione di quota.

Il giurista, però, non si limita a richiamare il (già noto) principio stabilito da Sabino ('*quod Sabinus scribit*'), ma illustra la *ratio* della sua applicazione. Egli, infatti, precisa che non è facile ('*nec enim facile*') calcolare le quote di istituzione dei due eredi ('*portiones inveniuntur*') sulla base del differente valore delle quote di fondo attribuite dal testatore a ciascuno di loro ('*ex diversitate pretii partium*') e che, pertanto, è più semplice ('*ergo expeditius est*') prescindere dalla menzione della *res certa*.

Questa riflessione di Paolo ci lascia ragionevolmente presumere che, pur rimanendo ferma nell'applicazione del principio sabiniano, la giurisprudenza avesse almeno astrattamente valutato la possibilità di adottare il rapporto tra il valore delle *res certae* e il valore dell'asse ereditario quale parametro per la determinazione *ex post* delle quote

---

<sup>10</sup> Il passo chiude con un rinvio anodino all'eventuale contraria volontà del testatore ('*si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur*'); tale rinvio è stato tuttavia ritenuto dalla dottrina frutto delle interpolazioni giustinianee ('*Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. Editionem a Ludovico Mitteis inchoatam ab aliis viris doctis perfectam*', II, curaverunt E. Levy et E. Rabel, Weimar, 1931, 190).

di istituzione<sup>11</sup>. I giuristi romani, dunque, quasi certamente al fine di tutelare maggiormente la volontà del testatore, giunsero, quanto meno in fase valutativa, alle stesse considerazioni dei giuristi moderni, salvo, poi, rinunciare a percorrerle.

L'applicazione della regola secondo cui, in presenza di più *institutiones ex re certa*, la chiamata debba intendersi *sine parte* fa salvo il principio dell'accrescimento in caso di chiamata congiunta.

Iavol. 7 *epist.* D. 28.5.11: '*Attius fundi Corneliani heres esto mihi: duo Titii illius insulae heredes sunt*'. *habebunt duo Titii semissem, Attius semissem idque Proculo placet: quid tibi videtur? respondit: vera est Proculi opinio.*

Giavoleno è chiamato ad interpretare un testamento con il quale è stata disposta una tripla *institutio ex re certa*. Il testatore, infatti, ha istituito Attio erede limitatamente al fondo Corneliano e ha contestualmente istituito eredi anche due soggetti di nome Tizio attribuendo loro, congiuntamente, la proprietà di un caseggiato. Secondo il giurista, che sul punto richiama l'opinione espressa da Proculo ('*quid tibi videtur? respondit: vera est Proculi opinio*'), il testamento dovrà interpretarsi nel senso che i due Tizi saranno congiuntamente chiamati all'eredità in ragione della quota indivisa di metà, mentre l'altra metà sarà devoluta ad Attio.

### 2.3. Le 'res certae' come criterio divisionale

Ricostruito l'approccio iniziale della giurisprudenza classica alla *institutio ex re certa*, esaminiamone ora l'evoluzione. I giuristi romani, infatti, sensibili all'esigenza di dare alle clausole testamentarie in esame una lettura un po' più aderente alla volontà del testatore, manifestano abbastanza presto un certo imbarazzo al dover applicare rigidamente la regola '*detracta rei certae mentione*'.

In particolare, in caso di concorso tra più *heredes ex re certa*, i giuristi trovano poco ragionevole che l'individuazione delle *res certae* non possa assumere una qualche rilevanza almeno con riguardo alla fase (successiva ed eventuale) di scioglimento della comunione ereditaria. Perché, ov-

---

<sup>11</sup> Ne abbiamo traccia nella riflessione, svolta da Paolo nel passo in commento, circa la difficoltà di determinare a posteriori le quote di istituzione, nonché in un passo di Ulpiano che esaminerò a breve (D. 28.5.35 pr.), sul quale v. oltre, nt. 13.

viamente, se l'erede *ex re certa* è l'unico istituito, l'interpretazione della clausola secondo la regola sabiniana, pur non consentendo di limitare la devoluzione in suo favore alla *res certa*, almeno non giunge al risultato – evidentemente paradossale – di non assicurargli il conseguimento della *res certa*: in quanto unico erede *ex asse*, infatti, egli subentra nell'intero patrimonio del *de cuius*, ivi compresa la *res certa* a lui destinata dal testatore. In caso di più eredi istituiti, invece, l'applicazione del principio '*detracta rei certae mentione*' non solo esclude che le *res certae* possano essere adottate come parametro per l'individuazione *ex post* delle quote della chiamata, ma addirittura determina la caduta delle *res certae* nella comunione ereditaria, senza garanzia alcuna circa la loro assegnazione ai soggetti ai quali il testatore le ha destinate.

Ecco allora che Ulpiano ammette che l'attribuzione delle *res certae* fatta dal testatore possa (e debba) assumere rilevanza almeno in sede di giudizio divisionale.

Ulp. 4 *disput.* D. 28.5.35 pr: *Ex facto proponebatur: quidam duos heredes scripsisset, unum rerum provincialium, alterum rerum Italicarum, et, cum merces in Italiam devehere soleret, pecuniam misisset in provinciam ad merces comparandas, quae comparatae sunt vel vivo eo vel post mortem, nondum tamen in Italiam devectae, quaerebatur, merces utrum ad eum pertineant, qui rerum Italicarum heres scriptus erat an vero ad eum, qui provincialium. dicebam receptum esse rerum heredem institui posse nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio iudicis familiae heriscundae cognoscentis contineatur nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi. ita igitur res accipietur. verbi gratia pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: erunt quidem heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti, verumtamen officio iudicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus qui relictus est adiudicetur vel adtribuatur.*

Il caso sottoposto alla sua attenzione è particolarmente complesso. Il testatore, che in vita si occupava di importare merci dai territori provinciali ('*cum merces in Italiam devehere soleret*'), ha disposto due *institutiones ex re certa* individuando i beni da attribuirsi a ciascuno degli eredi sulla base della loro ubicazione geografica: al primo erede sono destinati i beni che si trovano nelle province ('*unum rerum provincialium*'), mentre al

secondo sono assegnati i beni siti in Italia (*'alterum rerum Italicarum'*). Poco prima di morire, il testatore aveva inviato del denaro in provincia per comprare delle merci; l'acquisto si era in effetti perfezionato quando il testatore era ancora in vita (e, in parte, anche dopo la sua morte), ma le merci non erano state ancora trasportate in Italia. Il quesito che viene posto al giurista riguarda proprio la spettanza di queste merci, destinate ad essere trasportate in Italia, ma che ancora si trovavano in provincia all'apertura della successione (*'quaerebatur, merces utrum ad eum pertineant, qui rerum Italicarum heres scriptus erat an vero ad eum, qui provincialium'*).

Applicando rigorosamente i principi sin qui illustrati, la questione avrebbe dovuto essere considerata trascurabile da Ulpiano. Infatti, escludendo la rilevanza della menzione delle *res certae*, le clausole testamentarie portate alla sua attenzione avrebbero dovuto essere interpretate nel senso che i due eredi testamentari si intendono istituiti *sine parte* e partecipano alla comunione ereditaria nella quale confluiscono tanto le *res Italicae* quanto le *res provinciales*.

Ulpiano, tuttavia, si discosta da un'applicazione meccanica della regola sancita da Sabino e attribuisce rilevanza alla menzione delle *res certae* quale criterio divisionale. In questa prospettiva, egli si spinge a qualificare come 'non inutile' (*'nec esse inutilem institutionem'*) la *institutio ex re certa*, in quanto di essa il giudice dovrà tener conto nell'ambito della *actio familiae erciscundae* (*'ut officio iudicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur'*). Il giudice chiamato a dirimere la lite ereditaria, infatti, dovrà assegnare a ciascuno dei coeredi lo specifico bene attribuitogli dal testatore.

Ovviamente, affinché la menzione delle *res certae* possa fungere da unico criterio divisionale occorre che le *res certae* esauriscano l'intero asse. Questo è il caso del testamento commentato da Ulpiano: il testatore suddivide il proprio patrimonio in due masse, la prima corrispondente alle *res Italicae* e la seconda alle *res provinciales*, e ne assegna una a ciascuno dei due eredi. Per questa ragione, in sede divisionale, il giudice dovrà assegnare ad ogni erede nulla di più di quanto gli è stato attribuito dal testatore (*'nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi. ita igitur res accipietur'*)<sup>12</sup>.

Nella differente ipotesi in cui le *res certae* non esauriscano l'asse ereditario, invece, la divisione degli altri cespiti tra gli eredi – che, ricordiamo, sono

<sup>12</sup> Essendo pacificamente accettato da Ulpiano il principio secondo cui gli eredi istituiti *ex re certa* devono considerarsi eredi *sine parte*, è verosimile che, nonostante il giurista non ne faccia espressa menzione, il giudice dovesse provvedere altresì alla determinazione di conguagli a carico ed a favore dei due eredi al fine di assicurare che, assegnato a ciascuno il complesso di beni determinato dal testatore, vi fosse piena equivalenza di valore tra gli assegni divisionali.

istituiti in pari quota – avverrà secondo le regole ordinarie<sup>13</sup>.

Probabilmente le considerazioni svolte da Ulpiano erano al suo tempo già diffuse in giurisprudenza; a favore di questa conclusione milita il fatto che lo stesso giurista severiano parli di *ius receptum* (*dicebam receptum esse*). Inoltre, analoga posizione è assunta anche da Papiniano, come vedremo tra un istante.

La giurisprudenza, dunque, supera in parte la rigida applicazione dalla regola *'detracta rei fundi mentione'* e, per evidenti ragioni di opportunità – vale a dire per ridare rilievo a quella volontà del testatore che è stata accantonata per 'salvare' l'istituzione – trova un modo per assicurare, quanto meno, che a ciascun erede sia assegnata in sede divisionale la *res certa* a lui destinata dal testatore.

#### 2.4. La ripartizione delle passività

Le *res certae*, come detto, fungono da criterio divisionale per la ripartizione dell'attivo ereditario; la loro menzione è tuttavia irrilevante nella distribuzione delle passività ereditarie. Queste ultime, infatti, in ossequio ai principi generali, devono essere sopportate dagli eredi in proporzione alle rispettive quote ereditarie.

Essendo gli *heredes ex re certa* degli eredi istituiti *sine parte*, il peso dei debiti ereditari, come chiarito da Ulpiano, dovrà essere ripartito in pari quota.

Ulp. 4 *disput.* D. 28.5.35.1: *Unde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parte adgnosci debeat. et refert Papinianus, cuius sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos adgnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse: fundos etenim vice praeceptionis accipiendos [...]*<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Ulpiano stesso contempla questa ipotesi nell'ultimo periodo del passo in commento, quando esamina l'ipotetico caso di un testatore che ha istituito due eredi, ciascuno con riguardo ad un singolo bene determinato (il fondo Corneliano e il fondo Liviano). È evidente che, in questo caso, le *res certae* non esauriscono l'asse e, conseguentemente, l'unico parametro cui il giudice potrà attenersi in sede divisionale è quello di assegnare a ciascun erede il fondo che gli è stato lasciato dal testatore. Nell'esaminare questa fattispecie ipotetica, peraltro, Ulpiano torna incidentalmente sull'irrelevanza del valore delle *res certae* nell'individuazione della quota ereditaria spettante a ciascun erede: infatti, anche laddove uno dei fondi abbia un valore pari ai tre quarti del patrimonio del testatore (*'facere do-drantem bonorum'*) e l'altro un valore pari ad un quarto (*'alterum quadrantem'*), gli eredi saranno chiamati in quote uguali, come se fossero stati istituiti *sine partibus*.

<sup>14</sup> Il periodo successivo del passo esaminato è ritenuto dalla dottrina frutto delle interpolazioni dei compilatori giustinianeî (*Index*, cit., 192). In esso, infatti, la menzione delle *res certae* fatta dal testatore non è più assimilata alla semplice *praeceptio*, bensì equiparata

Sul punto Ulpiano rinvia all'opinione di Papiniano, alla quale dichiara di aderire ('*et refert Papinianus, cuius sententiam ipse quoque probavi*'): gli eredi devono sopportare i debiti in proporzione alle rispettive quote ereditarie, cioè ciascuno per la metà ('*hoc est pro semisse*').

Ulpiano, come si è visto, ammetteva la rilevanza delle *res certae* quale criterio al quale il giudice era tenuto ad attenersi nell'ambito del giudizio divisionale; tale soluzione interpretativa era stata accolta anche da Papiniano. Il passo in cui quest'ultimo si esprime in tal senso è particolarmente rilevante ai nostri fini perché, nel sancire il principio, regola anche un'eccezione alla distribuzione (automatica) dei debiti secondo le quote di istituzione.

Pap. 6 resp. D. 28.5.79: *Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium. iure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.*

Il testatore – che il giurista precisa non essere un militare<sup>15</sup> – ha disposto due *instituciones ex re certa*: la prima a favore di un liberto, al quale intende attribuire i beni che gli derivavano dalla famiglia materna che si trovano in Pannonia ('*bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat*'), e la seconda a favore di Tizio, al quale intende invece assegnare i beni rinvenuti dall'eredità paterna ubicati in Siria ('*<bonorum> paternorum, quae habebat in Syria*').

Papiniano esamina il caso partendo dall'assunto che il liberto e Tizio debbano considerarsi eredi in parti uguali ('*iure semisses ambos habere constitit*') ed ammette che, in sede divisionale, il giudice, allo scopo di dare piena attuazione alla volontà testamentaria, debba imporre agli eredi

---

ad un *legatum per praeceptionem*, con conseguente riflessione sulla possibilità, nel caso di specie, di applicare la *lex Falcidia*. Tale equiparazione è evidentemente funzionale ad adattare il testo ulpiano alla qualificazione della *institutio ex re certa* imposta dal diritto giustiniano; qualificazione che, come avrò modo di accennare nelle conclusioni, è radicalmente differente da quella proposta dalla giurisprudenza classica. Analogia interpolazione si ravvisa anche in D. 28.5.79 (*Index*, cit., 197), su cui v. oltre.

<sup>15</sup> Le ragioni di questa precisazione saranno evidenti quando si esaminerà il peculiare regime della *institutio ex re certa* nel testamento dei militari. V. oltre, § 2.5.

di prestarsi reciproche *cautiones* finalizzate ad assicurare che, almeno nei rapporti interni, ciascuno risponda dei soli debiti (e riscuota i soli crediti) afferenti al complesso patrimoniale a sé assegnato (*'factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi'*).

L'eccezione, bisogna precisarlo, sembra restare confinata al caso in cui le *res certae* siano dei complessi patrimoniali (nel caso di specie, *bona materna* e *bona paterna*). Il meccanismo suggerito da Papiniano è analogo a quello adottato dalla giurisprudenza in relazione ad altre disposizioni negoziali, anche *inter vivos*, aventi ad oggetto delle *universitates*<sup>16</sup>.

### 2.5. L'eccezione del *'testamentum militis'*

Abbiamo visto sin qui la disciplina ordinaria applicabile alla *institutio ex re certa*; resta da esaminare la disciplina speciale. È necessario farne cenno perché è nell'ambito di quest'ultima che vengono elaborati i principi che porteranno alla successiva evoluzione dell'istituto. La disciplina speciale cui alludo è quella del testamento militare.

Come è noto, la disciplina speciale (formale e sostanziale) applicabile al *testamentum militis* è un privilegio personale del quale il *miles* può godere dall'arruolamento sino al congedo (con ultrattività del testamento sino ad un anno dal congedo stesso, salvo che questo sia stato disposto *ignominiae causa*). Tra le deroghe al *ius commune*<sup>17</sup>, oltre alla possibilità che la successione del *miles* sia regolata solo in parte dal testamento (con concorso della successione legittima), c'è la possibilità di istituire eredi *ex re certa*. Beninteso, senza assoggettamento alla regola *'detracta rei certae mentione'*.

Ce lo dice Gaio, richiamando un parere di Giuliano:

Gai. 15 *ad ed. prov.* D. 29.1.17 pr.: *Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset resque*

<sup>16</sup> Si pensi, ad esempio, alle *stipulationes emptae et venditae hereditatis* che, prima dell'introduzione del contratto consensuale di *emptio venditio*, venivano utilizzate nella compravendita dell'eredità al fine di regolare, nei rapporti interni tra venditore e acquirente, l'allocatione dei crediti ereditari e delle passività ereditarie. O, ancora, alle *stipulationes partis et pro parte* alle quali si ricorreva in caso di *legatum partitionis*.

<sup>17</sup> Le deroghe accordate al *miles* nella redazione del testamento sono molto numerose: da quelle relative alla forma, a quelle in materia di *testamenti factio* (attiva e passiva); dalla possibilità di concorso tra la successione testamentaria e la successione legittima, alla inapplicabilità della *lex Falcidia*. Sul punto, per tutti, vedi B. BIONDI, *Successione*, cit., 73 ss.

*omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.*  
1. *Iulianus etiam ait, si quis alium castrensiarum rerum, alium ceterarum scripserit, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi, ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensiarum rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset.*

Gaio si occupa del testamento di un militare che ha disposto tre *institutiones ex re certa* aventi ad oggetto, rispettivamente, i fondi urbani, i fondi rustici e le *ceterae res* che compongono il suo patrimonio. In quanto *miles*, il testatore può validamente disporre siffatte istituzioni d’erede: gli eredi concorreranno alla delazione come se fossero stati istituiti *sine parte* (*‘si sine partibus heredes eos instituisset’*), ma saranno altresì immediatamente assegnatari – senza necessità di una divisione giudiziale – dei beni a ciascuno attribuiti.

A suffragio del proprio parere, Gaio richiama l’opinione di Giuliano, il quale, esaminando un *testamentum militis* nel quale erano state disposte due *institutiones ex re certa* (aventi ad oggetto, rispettivamente, i beni castrensi e le *ceterae res*), formula una metafora estremamente esplicativa: le due istituzioni devono essere disciplinate alla stregua di due distinte eredità, come se si stessero considerando le ultime volontà di due diverse persone (*‘quasi duorum hominum duas hereditates intellegi’*).

Nel caso del militare, la *institutio ex re certa* esplica dunque pieni effetti: il chiamato è erede e a lui è devoluta, solo e soltanto, la *res certa* indicata dal testatore. Nel caso di specie, essendo la *res certa* un complesso di beni, il giurista regola la spettanza dei rapporti di debito/credito ad essi inerenti, stabilendo che ciascun erede benefici e risponda soltanto dei rapporti obbligatori pertinenti la *res certa* a lui attribuita.

Nel *testamentum militis*, dunque, si è instaurato un automatismo. Non occorre la divisione e non occorrono le *cautiones*: i due complessi patrimoniali sono considerati – parole di Giuliano – due eredità distinte.

Per ricondurre questo meccanismo, evidentemente del tutto eccezionale, ai principi generali che regolano il diritto delle successioni, Gaio ricorre alla nozione di *praeceptio*, cioè alla nozione di assegnazione divisionale fatta dal testatore. È come se gli eredi fossero istituiti in pari quota e a ciascuno fosse assegnata, direttamente dal testatore, la *res certa*. Però, mentre nel regime ordinario la *praeceptio* acquista efficacia solo mediante la divisione, nel testamento militare essa può comportare acquisto diretto delle cose assegnate.

Verosimilmente, la costruzione della *praeceptio*<sup>18</sup>, maturata nell’ambito

<sup>18</sup> Sulla nozione di *praeceptio* si rinvia a B. BIONDI, *Successione*, cit., 220 ss.

della disciplina speciale del testamento militare, è stata successivamente estesa a tutti gli altri testamenti. E infatti Ulpiano, nel passo sopra esaminato, in cui stabilisce il criterio di ripartizione dei debiti, parla di acquisto *vice praeceptionis*<sup>19</sup>.

È pacifico che i giuristi classici considerino l'acquisto *vice praeceptionis* un acquisto ereditario (diversamente, infatti, non si spiegherebbe il richiamo alla *adiudicatio* che è meccanismo proprio dell'azione divisoria)<sup>20</sup>. Tuttavia, è proprio il ricorso alla nozione di *praeceptio* a costituire il punto di partenza per l'elaborazione della dottrina giustiniana.

### 3. Il 'revirement' di Giustiniano

Alla luce dell'esegesi delle fonti sin qui condotta, lo stato dell'arte della giurisprudenza classica in materia di *institutio ex re certa* può essere sintetizzato come segue:

- a) la menzione della *res certa*, in quanto contrastante con la chiamata *in universum ius defuncti* tipica dell'istituzione d'erede, deve considerarsi *detracta*, cioè non apposta, allo scopo di 'salvare' l'istituzione d'erede e, con essa, il testamento;
- b) laddove il testamento preveda un'unica istituzione d'erede, l'applicazione della regola (sabiniana) '*detracta rei certae mentione*' porta a riconoscere all'erede istituito *ex re certa* l'intera chiamata *ex asse*;
- c) in presenza di più istituzioni *ex re certa*, invece, l'applicazione della regola '*detracta rei certae mentione*', escludendo che la *res certa* possa assumere rilevanza quale parametro per determinare l'ampiezza della chiamata ereditaria, impone di considerare i chiamati quali eredi *sine parte*. In quanto tali – fatte salve eventuali chiamate congiunte – essi partecipano all'eredità in pari quota e, nella medesima quota, rispondono dei debiti ereditari;
- d) nell'ipotesi di cui alla lettera c), seguendo un approccio interpretativo sempre orientato al *favor testamenti*, i giuristi mitigano gradualmente la severità della regola '*detracta rei certae mentione*' mostrandosi propensi

---

<sup>19</sup> V. sopra, § 2.4.

<sup>20</sup> La dottrina reputa interpolato il riferimento al legato (*per praeceptionem*) contenuto nel passo in commento; sul punto v. 'Index', cit., 208. Tale riferimento, al pari di quelli relativi alla *lex Falcidia* (v. sopra, nt. 14), è infatti ritenuto funzionale ad adeguare i passi della giurisprudenza alla nuova dottrina inaugurata da Giustiniano in materia di *institutio ex re certa* (sulla quale v. oltre, § 3.).

a 'ripescare' la *mentio rei certae* (da cui l'*institutio* è stata formalmente mondata) quale criterio divisionale: pur senza che venga impedita l'instaurazione della comunione ereditaria, dunque, a ciascun erede è assicurato l'acquisto della *res certa* a lui attribuita dal testatore (se non direttamente) almeno *vice praeceptionis* in sede di divisione;

- e) così, in presenza di più eredi istituiti *ex re certa*, laddove le *res certae* siano tali da esaurire l'intero patrimonio ereditario, in sede divisionale la *certa res* diviene, per ciascun istituito, il limite della relativa assegnazione; laddove, invece, le *res certae* non esauriscano l'asse, ciascun erede parteciperà con gli altri coeredi, in base ai criteri di cui alla precedente lettera c), anche alla divisione dei beni rimanenti;
- f) laddove poi le *res certae* consistano non già in singoli beni determinati, bensì in complessi patrimoniali individuati in base ad un criterio unificante (*univerisitates rerum*), gli eredi *ex re certa* sono chiamati in sede divisionale a prestarsi reciproche *cautiones* finalizzate, in ossequio alla volontà testamentaria, ad assicurare che, almeno nei rapporti interni, ciascun istituito sopporti i debiti (e si giovi dei crediti) riferiti al solo patrimonio allo stesso assegnato;
- g) nella disciplina speciale riservata al *testamentum militis*, infine, i meccanismi sopra esposti vengono automatizzati. Per conservare la validità dell'istituzione non occorre espungere il riferimento alla *res certa*: l'erede acquista direttamente la *res certa* attribuitagli dal testatore senza attendere la divisione e risponde delle passività ad essa connesse senza dover prestare alcuna *cautio* in sede divisionale. In altre parole, ciascun erede istituito *ex re certa* subentra nel patrimonio del testatore limitatamente a quanto espressamente attribuitogli quasi si trattasse di un'eredità a sé stante, senza che si formi comunione con gli altri chiamati. La mancata formazione della comunione ereditaria comporta inoltre che, nel caso in cui le *res certae* non esauriscano l'asse, non dovrà né potrà farsi luogo alla divisione delle *ceterae res* tra gli eredi testamentari, dovendosi invece aprire sul residuo patrimonio del *de cuius* – come espressamente consentito in caso di *testamentum militis* – la successione legittima.

Il regime speciale elaborato per il *testamentum militis*, che molti punti di collegamento presenta con la disciplina attuale della *institutio ex re certa*, tuttavia, non riuscirà mai a tramutarsi in regime ordinario.

Giustiniano, infatti, portando alle estreme conseguenze l'*iter* argomentativo della giurisprudenza classica in materia di *praeceptio*, opererà per l'opposto (e più semplice) automatismo: anziché riconoscere immediata efficacia attributiva alla disposizione testamentaria, infatti, egli stabilirà il

principio secondo cui gli eredi *ex re certa* devono essere parificati ai legatari:

*Imp. Justinianus C. 6.24.13 (a. 529): Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.*

Giustiniano, con la costituzione del 529, sancisce che ogni qualvolta l'istituzione d'erede sia disposta con riferimento a una *res certa*, i chiamati debbano essere considerati alla stregua di legatari (*'legatariorum loco haberi certum est'*); soltanto coloro che siano nominati eredi (*cum* o *sine parte*, ma) senza previsione che l'istituzione debba intendersi limitata a una *res certa* possono esercitare le azioni ereditarie.

L'approdo a tale soluzione è reso possibile, in parte, anche dall'intervenuto superamento (ad opera di Costanzo) delle forme solenni prescritte per l'istituzione di erede. Dovendosi desumere la qualità di erede non dal titolo, ma dalla sostanza della disposizione, è molto semplice per Giustiniano, elaborando gli spunti della giurisprudenza classica, assimilare gli eredi *ex re certa* ai legatari.

Il diritto giustiniano, quindi, applica un principio del tutto analogo a quello di cui all'articolo. 588 comma 2 cod. civ., ossia decide in ordine alla natura universale o particolare della disposizione a prescindere da «l'espressione o la denominazione usata», ma giunge alla soluzione opposta.

La circostanza che il medesimo criterio conduca a risultati diametralmente opposti fa riflettere – e voglio concludere con questo spunto – sul fatto che lo sforzo ermeneutico compiuto per dare attuazione alla *voluntas* del testatore, richiedendo spesso soluzioni di compromesso, conduca talvolta a scelte di campo moderatamente arbitrarie.

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 irrito 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, *Palingenesia 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 verificano 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 locupleti 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.



Pierangelo Buongiorno

*'Contra voluntatem'. Nota in margine ad AE 2016, 589*

Il diritto romano antico affonda le sue radici nella materia viva dell'esperienza, e non solo (non soltanto) nelle elaborazioni della giurisprudenza e nelle pagine, per quanto trepide, della compilazione giustiniana. Iscrizioni, papiri – testi spesso frammentari e dispersi – restituiscono il diritto alla sua sostanza concreta, al respiro delle relazioni e dei conflitti da cui nasce.

In essi, termini come *voluntas* non designano un'astrazione, ma la vibrazione instabile dell'agire umano: volontà che si afferma e si dissolve, che muta nel contatto con la vita e con la morte. Studiare questi segni significa restituire alla semantica giuridica il suo spessore reale, là dove il *ius* non è ancora dottrina, ma forma della vita che cerca di farsi regola. E quindi, c'è da chiedersi: che limiti e che effettività ha la *voluntas* di un testatore di fronte alla disperazione muta di una madre davanti alla morte del figlio?

Le pagine che seguono non sono dunque solo un esercizio esegetico di un testo epigrafico, ma uno spunto di riflessione, per quanto minimo, sul rapporto fra il diritto e la vita quotidiana.

1. I lavori di censimento dei materiali conservati nei magazzini del Museo della Basilica di Sant'Ambrogio a Milano – operati ormai una quindicina di anni fa dal cristianista (recentemente scomparso) Giuseppe Cuscito – hanno portato all'attenzione degli studiosi un'iscrizione funeraria in marmo chiaro (21,5 x 39,8 x 6,5 cm.; lettere 2,5 cm.), arrotondata sulla parte superiore e mutila ai lati e nella parte bassa, che reca il seguente testo superstite:

*B(oniae) ((monogr. Christi)) m(emoriae)*

[---] *posuit mater* + [---]

3 [--- *contra*] *boluntate*[*m* ---]

[---]*sar*+ [---]

--- ---

Le circostanze, il contesto e la data del rinvenimento della lastra sono ignote<sup>1</sup>. *L'editio princeps* – operata dallo stesso Cuscito in *ICI XVI.143*<sup>2</sup> e munita di una foto di ottima qualità in scala di grigi – risulta molto accurata con riguardo all'esame degli aspetti più prettamente epigrafici: descrizione del cristogramma (di cui si rileva l'inserimento in un *clipeus* in cui i tipici  $\alpha$  e  $\omega$  sono sostituiti da due puntini<sup>3</sup>), analisi di dimensioni e forma delle lettere. Poco si dice in merito alla possibile datazione del pezzo e nulla con riguardo al contenuto del testo: quello superstite e, soprattutto, quello perduto.

2. Prendiamo dunque le mosse dalla prima delle due questioni che l'edizione Cuscito lascia aperte. L'assenza (eccezion fatta per il cristogramma) di elementi datanti all'interno del testo superstite, e di indicazioni relative al contesto di rinvenimento dell'epigrafe, impone una datazione su base paleografica.

Questa riconduce a un periodo fra il IV e gli inizi del V secolo, giacché le lettere in capitale elegante, incise «con modulo uniforme e impaginazione ... accurata»<sup>4</sup>, riconducono all'orizzonte epigrafico di un'officina del massimo momento di splendore di *Mediolanum*<sup>5</sup>, ossia al tempo in cui la città divenne uno dei punti di riferimento della cristianità nell'Italia settentrionale (a partire dall'editto che proprio lì fu emanato da Costantino e Licinio nel 313 d.C.). Un periodo il cui apice si raggiunse con l'attività episcopale di Ambrogio, attivo a Milano nell'ultimo venticinquennio del IV secolo, in un impero ormai morente. Quello stesso Ambrogio che proprio a Milano, il 27 febbraio del 395, celebrò i funerali di Teodosio – l'ultimo imperatore dell'impero unito e padre della definitiva, forzata cristianizzazione dello stesso – morto poco più di un mese prima.

<sup>1</sup> Il testo non è in ogni caso censito in V. FORCELLA - E. SELLETTI, *Iscrizioni cristiane in Milano anteriori al IX secolo*, Codogno, 1897.

<sup>2</sup> *Inscriptiones Christianae Italiae septimo saeculo antiquiores* (= *ICI*), n.s. XVI (*Regio XI, Mediolanum III*), ed. G. Cuscito, Bari 2016, 130 n. 143. L'iscrizione è stata ripresa in AE 2016, 589. Nel mese di novembre 2025 essa non risulta ancora censita in EDR.

<sup>3</sup> Per queste tipologie v. F. GROSSI GONDI, *Trattato di epigrafia cristiana latina e greca del mondo romano occidentale*, Roma 1920, 63 ss., che per questo genere di cristogramma (e relative varianti) propone una cronologia a partire dalla seconda metà del IV secolo.

<sup>4</sup> Così G. CUSCITO, *ad ICI XVI.143*.

<sup>5</sup> In tema v. diffusamente la documentata tesi di dottorato di S. ZOIA, *Un 'Mediolaniensis mos' in epigrafia: l'officina epigrafica di Mediolanum*, Bologna, 2015.

3. In quanto alla seconda questione, vale a dire il testo e le sue lacune, se il *bonae memoriae* della linea 1, inframmezzato dal *chrismon*, è il dativo che ha ormai sostituito – nella società cristianizzata del tardo impero – il *D(is) M(anibus)*<sup>6</sup> e non crea problemi di sorta, i problemi incominciano con la seconda linea. È *ictu oculi* evidente come il testo sia severamente mutilo, tanto che ignoriamo nome ed età del defunto e anche il nome della madre.

La seconda linea si apre con una breve lacuna sulla sinistra dello specchio epigrafico (non segnalata da Cuscito, che non segnala il segno che precede il *posuit*), che possiamo stimare in circa tre o quattro lettere, considerando l'arrotondamento della parte superiore dell'iscrizione. Vi è dunque da supporre che in essa, troppo breve per accogliere al genitivo il nome del defunto, trovasse spazio, se non una *hedera distinguens*, un pronome dimostrativo come per esempio *hoc* (pronome che quindi si riferirebbe al monumento funebre sul quale l'iscrizione era collocata).

Pertanto: [*hoc*] *posuit mater*, «la madre pose questo monumento funebre» seguito da un segno che è poco chiaro, e che precede a sua volta una frattura. Potrebbe essere o una *p* riuscita sgraziata al lapicida o più probabilmente il gambo di una altra *hedera distinguens*: un vero e proprio segno di interpunzione, quasi a voler isolare la frase alla seconda riga e il testo che seguiva nelle linee successive? Viceversa, se si trattasse di una *p*, essendoci spazio per una lacuna di ulteriori due o tre lettere, si potrebbe postulare: [*hoc*] *posuit mater p[ia?]*.

Quindi, alla linea 3, con il tipico scambio consonantico *b-v*<sup>7</sup>, si legge: [--- *contra*] *boluntate[m ---]*, «contro la volontà». La formulazione, va detto, è un *hapax* nella epigrafia funeraria. Una volontà negata, contraddetta: ma di chi?

La linea 4, l'ultima superstite, aiuta ben poco a sciogliere l'arcano. Si legge appena *sar*, seguito ancora una volta da tracce di una lettera che potrebbe essere una *c*: *sarc[ophagum]*? Possibile, ma le tracce della prima e dell'ultima lettera sono qui così incerte, e la lastra usurata, che il primo editore a ragione non ha escluso che si legga ---*care*---: un frustulo di testo che può essere un avverbio (*care*, per l'appunto), o una forma verbale del verbo *careo*, o più probabilmente parte di un verbo che potrebbe essere, per esempio, *aedifi[care]*.

<sup>6</sup> Per quanto siano attestati dei casi di sopravvivenza della formula *D M* in contesti paleocristiani (soprattutto per le epigrafi più antiche, talvolta con un «voluto ed esplicito richiamo all'inviolabilità della tomba ... soprattutto quando l'inumazione riguardava aree sepolcrali pagane ancora in uso»): per esempio ad Aquileia, come ha messo in luce di recente F. MAINARDIS, *Dell'uso della formula D(IS) M(ANIBVS) nelle iscrizioni dei Cristiani di Aquileia*, in *'Legite, tenete, in corde habete'. Miscellanea in onore di G. Cuscito*, a cura di F. Bisconti, Trieste, 2020, 271 ss. (e part. 281 s., da cui la citazione che precede in questa nota).

<sup>7</sup> Sul punto G. CUSCITO, *ad ICI XVI.143*. Segnalo che della *a* di *contra* sembra intuirsi l'apice proprio sul punto di frattura della lastra.

E quindi: [sepulcr(um) aedifi]care[ iussit]? Possibile anche questa soluzione, forse financo più suggestiva dell'altra. Ma nessuna certezza è possibile in ordine alla ricostruzione del testo, che d'altra parte proseguiva per un numero imprecisato (ma, verrebbe di dire, non elevato) di linee.

4. In entrambi i casi sopra prospettati, il testo lacunoso sembra poter essere restituito nel senso che la madre decise di seppellire il figlio contro una espressa volontà (*contra voluntatem*), che, in un contesto come quello dell'epigrafe in esame, può intendersi soltanto come una disposizione di ultima volontà.

*Contra voluntatem* non è infatti *contra votum* (o anche *contra vota*), vale a dire la formula impiegata (sempre da committenza cristiana) per dare voce al dolore di genitori che – contro ogni speranza e aspettativa – si trovano a dover seppellire i propri figli morti troppo presto; di codesta formulazione abbiamo peraltro svariati esempi in epigrafia, in varie epoche e contesti<sup>8</sup>.

La *voluntas* si riferisce piuttosto, nei testi epigrafici di natura sepolcrale e talvolta anche onoraria, pressoché costantemente a una disposizione di natura testamentaria a titolo generale o particolare che fosse. L'esempio più significativo è la chiusa del testamento di Manio Meconio Leone, redatto in epoca antonina e un cui escerto è noto epigraficamente da *CIL* X.114 = *ILS* 6469, iscrizione incisa per volontà dello stesso Meconio dal *corpus* degli *Augustales* di *Petelia municipium* della *regio III* (oggi Strongoli, in provincia di Crotone). *In latere* vi si legge:

[A v]obis autem Augustales peto hanc voluntatem | meam  
ratam habeatis et ut perpetua forma obser|vetis curae vestrae  
mandetis quo facilius autem | nota sit corpori vestro haec erga vos  
volunta{em}<s> | totum loco kaput quod ad vestrum honorem  
pertinet.

Il *corpus* degli *Augustales* è istituito legatario da Meconio sotto condizione<sup>9</sup>, essendo richiesto di dare pubblica affissione all'intero *kaput ex*

<sup>8</sup> In tema U. EHMIG, *Adversus vota* / 'contra votum', in *Epigraphica*, LXXIV, 2012, 201 ss.

<sup>9</sup> La capacità dei *corpora* di *Augustales* di ricevere per legato era, prima della riforma operata da Marco Aurelio (Paul. 12 *ad Plaut.* D. 34.5.20), frutto di specifiche concessioni, introdotte forse come *beneficia* imperiali. Sul punto v. P. BUONGIORNO, *Riflessioni sulle riforme in tema di diritto associativo da Augusto a Settimio Severo*, in *Iura*, LXXI, 2023, 103.

*testamento* che li riguarda<sup>10</sup>: tale disposizione è espressamente indicata come *voluntas*. Ma numerosi altri esempi di iscrizioni in cui si allude alla *voluntas testamenti* o alla *voluntas testatoris* sarebbero possibili<sup>11</sup>.

Ma ritorniamo alla nostra mutila iscrizione da *Mediolanum*. Per identificare la paternità della volontà contraddetta dalla donna è possibile avanzare almeno due ipotesi.

Potrà in primo luogo supporre che si tratti della volontà testamentaria del figlio. Questi, morendo, potrebbe aver istituito erede la propria madre, magari con l'espressa disposizione (un *modus*?) che gli fosse realizzata una sepoltura modesta. Una disposizione di ultima volontà che contraddiceva l'ideologia sottesa a certi pomposi monumenti funebri a noi noti dalla tradizione (come per esempio quello al quale ambiva Trimalcione o quello richiesto da un tale agli eredi e da realizzarsi avendo per esempio il sepolcro di P. Settimio Demetrio *quod in via Salaria esset*: vicenda su cui si sarebbe pronunciato, n un celebre responso, Servio Sulpicio Rufo)<sup>12</sup>. Ma che era senz'altro in linea con una certa cultura pauperistica in voga, soprattutto nei contesti sociali medio-bassi, nell'impero ormai cristianizzato.

Tuttavia la madre, sopraffatta dal dolore, potrebbe aver deciso di contraddire la volontà del figlio realizzando un monumento funebre di maggior valore, discostandosi così dal *modus*. Se così fosse potremmo po-

<sup>10</sup> Una fattispecie analoga a quella che si riscontra per esempio in AE 2000, 344 = EDR105294, su cui v. G. CORAZZA, *Gli Augustales della Campania romana*, Napoli, 2016, 254 ss.

<sup>11</sup> Si vedano, e.g.: CLE 1982 = AE 1900, 196, lin. 2 s.: *quod tua mandavit fieri suprema voluntas / hoc ego perfeci ...*; CIL III.3533 (= 13367) = *Tit. Aq. II 559: Augendus et Amandus / liberti et heredes ex voluntate / testamenti curantibus Decim(io) / Dionisio (sic!) Aug(ustali) col(oniae) s(upra) s(criptae) et / Aur(elio) Papi(a) vet(erano) leg(ionis) II Adi(utricis) faciendum c(uraverunt)*; CIL XIV.3993 = ILS 1175: *Calpurnia Rufria / Aemilia Domitia / Severa c(larissima) f(emina) filia / patri piissimo / secundum voluntate(m) eius*. EDR 101928: *Q(uinti) Muci / Velinei voluntate / testamento Q(uinti) l(iberti) / Albani*. Ma v. anche AE 1978, 19; CIL III.1230; CIL XIII.415; *Hisp. Ep.* 1997, 105.

<sup>12</sup> Cfr. rispettivamente Petron. *Sat.* 71 (su cui in fin dei conti piuttosto ovvie mi sembrano le osservazioni di F. GUIDETTI, *La tomba di Trimalchione. Saggio di commento archeologico al Satyricon*, in *Lo sguardo archeologico. I normalisti per P. Zanker*, Pisa, 2007, 77 ss., secondo cui Petronio avrebbe avuto in mente monumenti funebri realmente esistenti al suo tempo) e Alf. 5 dig. D. 35.1.27 (su cui v. M. MIGLIETTA, *Casi emblematici di 'conflitto logico' tra 'quaestio' e 'responsum' nei 'digesta' di Publio Alfeno Varo*, in *Studi in onore di A. Metro*, IV, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2010, 275 ss., part. 301 ss., con bibliografia). Per un inquadramento generale sull'ideologia sepolcrale in Roma antica utile appare la lettura di M. SQUILLANTE, *La fama oltre la vita: temi e figurazioni del sepolcro*, in *La memoria post mortem dall'Antichità al Medioevo*, a cura di V. Lucherini e M. Squillante, Roma, 2019, 69 ss., e – con particolare riguardo alle implicazioni giuridiche – soprattutto L. D'AMATI, *'Dis Manibus (sacrum)'. La sepoltura nel diritto della Roma pagana*, Bari, 2021, part. 107 ss.

stulare che dopo *contra voluntatem* fosse appunto specificato che la donna avesse fatto edificare il *sepulchrum* segnalando le doti del figlio premortole che avevano giustificato tale scelta.

5. Che la volontà violata sia quella del figlio *de cuius* è un'ipotesi non da escludersi. Ma non è una certezza. A contraddirla è anzi il fatto che l'iscrizione, pur di pregevole fattura, non appare particolarmente ricercata nei dettagli. Potrebbe anzi trattarsi, attese le dimensioni e la forma, di una lastra collocata in un contesto catacombale.

Si fa quindi strada una ipotesi ulteriore, che introduce a uno scenario per certi versi ancora più drammatico. E cioè che la madre, già erede di un *de cuius* altrimenti ignoto, avesse violato le disposizioni testamentarie di questi, che l'aveva sì istituita erede e probabilmente titolare di un diritto a essere inumata all'interno di un *sepulchrum hereditarium*, senza però concederle il diritto a seppellire terzi (*ius mortuum inferendi*)<sup>13</sup>.

Questo genere di divieti, evidentemente posti di frequente dai testatori al fine di limitare l'accesso al *ius sepulchri*, è ben noto dalla documentazione epigrafica (oltre che dal richiamato testo di Petron. *Sat.* 71), nella quale risultano spesso stilizzati nella formula *HMHNS*, vale a dire *h(oc) m(onumentum) h(eredem) n(on) s(equetur)*, o simili. La loro liceità era del resto stata ribadita sotto Caracalla, un cui *rescriptum* era richiamato in proposito da Ulpiano (Ulp. 25 *ad ed.* D. 47.12.3.3)<sup>14</sup>:

<sup>13</sup> Sui *sepulchra hereditaria*, e la relativa definizione gaiana (Gai. 19 *ad ed. prov.* D. 11.7.5), v. ora M. MILANI, *Il regime giuridico dei sepolcri tra Roma antica e Italia contemporanea*, in *A New Thinking About 'Res': Roman Taxonomies in the Future of Goods*, a cura di M. Falcon, Napoli, 2022, 47 ss. (con bibliografia) e, con più spiccato riguardo alla distinzione fra *ius sepulchri* e *ius mortuum inferendi*, v. ID., *Il regime dei sepolcri nella giurisprudenza classica*, Napoli, 2023, 139 ss.

<sup>14</sup> Su questo testo oltre all'acuta lettura d'insieme svolta da V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate curate edite da P. Bonfante*, I, Roma, 1933, 176, v. soprattutto S. LAZZARINI, *'Sepulchra familiaria', Un'indagine epigrafico-giuridica*, Padova, 1991, 10 s. e ora i lavori di M. MILANI citati alla nota precedente e U. BABUSIAUX, *'Dis Manibus'. Zum römischen Grabrecht*, in *ZSS*, CXLI, 2024, 113, con esempi. Interessante la lettura che di questo testo proponeva, a suo tempo, E. ALBERTARIO, *A proposito di un nuovo studio sulle multe sepolcrali* (1911), ora in *Studi di diritto romano*, II. *Cose, diritti reali, possesso*, Milano, 1941, 66, secondo cui il passo andrebbe riferito esclusivamente ai sepolcri ereditari: solo in questi, infatti, sarebbe stato in genere ammesso il seppellimento di defunti estranei alla famiglia, purché il testatore non avesse disposto diversamente; nei sepolcri familiari, viceversa, la natura per così dire domestica della tomba avrebbe escluso la possibilità di accogliere un *mortuus alienus*.

Si quis in hereditarium sepulchrum inferat, quamvis heres, tamen potest sepulchri violati teneri, si forte contra voluntatem testatoris intulit: licet enim cavere testatori, ne quis eo inferatur, ut rescripto imperatoris Antonini cavetur: servari enim voluntatem eius oportere. ergo et si cavit, ut unus tantum heredum inferret, servabitur, ut solus inferat.

Per seppellire il figlio premortale, dunque, l'anonima madre di *Mediolanum* potrebbe avere operato *contra voluntatem testatoris*, adoperando il loculo catacombale o la porzione di area sepolcrale che sarebbe spettata a lei, con tutte le conseguenze del caso in termine di sanzioni previste per la violazione del divieto di *ius mortuum inferendi*, vale a dire la convenibilità a mezzo di un'*actio sepulchri violati*. Se esperita entro un anno dai fatti dal titolare del sepolcro o dagli eredi titolari del *ius sepulchri*, tale *actio* poteva portare a una condanna a una pena pecuniaria equitativamente fissata dal giudice. Viceversa, se esperita da un *quivis de populo* a mezzo di un'azione popolare, portava a una condanna di ben 100.000 sesterzi<sup>15</sup>. Una cifra di valore non trascurabile.

Come è stato di recente messo in evidenza, però, l'elemento costitutivo della condotta delittuosa era il dolo<sup>16</sup>. D'altra parte (qui ci muoviamo però sul piano della mera speculazione), forse non vi era dolo nel gesto compiuto da questa madre, quanto piuttosto il dolore e l'urgenza di una donna chiamata a compiere un gesto contro natura come la sepoltura di un figlio.

E allora se così veramente andarono le cose, è possibile ipotizzare che a questa madre disperata dovesse apparire opportuno ammettere – a mo' di *excusatio* – la propria responsabilità sin dalla lapide sepolcrale, magari confidando nella compassione degli altri, in primo luogo i potenziali controinteressati, nel desistere dal promuovere l'azione.

6. Concludendo. Gli enigmi che l'iscrizione studiata reca con sé non si risolvono a fronte della lacunosità del testo e per quanto la seconda ipotesi formulata paia da prediligersi, nulla la prova in maniera indefetti-

<sup>15</sup> Sull'*actio sepulchri violati* vedi ora i saggi di A. PATURET, *Le mécanisme de l'actio sepulchri violati en droit romain*, in *Il diritto alla sepoltura nel Mediterraneo antico*, a cura di R.-M. Bérard, Roma, 2021, 191 ss. e soprattutto di L. D'AMATI, *La violazione di sepolcro dalla Repubblica al Principato tra 'actio' e 'crimen'*, in *TSDP*, XV, 2022, 1 ss. e di F. BOTTA, *Per la storia del 'crimen sepulchri violati'*, in *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di A. Palma*, a cura di F. Fasolino, Torino, 2022, 261 ss.

<sup>16</sup> Così A. PATURET, *Le mécanisme*, cit., 191 ss.

bile. Come insegnava Francesco De Martino, ci sono delle circostanze in cui lo storico (a maggior ragione lo storico del diritto, aggiungerei) deve imparare a lasciare la pagina bianca.

La riflessione fin qui svolta ci lascia in ogni caso – credo – un profondo insegnamento. La volontà, persino l'ultima volontà, non è soltanto *ambulatoria*. Direi anche che è una sostanza potenzialmente volatile. Che è spesso messa a dura prova dalle contingenze della vita e si dissolve fino a disperdersi (come in certi celebri versi di Ghiánnis Rítsos messi poi in musica da Míkis Theodorákis) a contatto con le lacrime del compianto addolorato di una madre dinanzi al corpo senza vita del proprio figlio.

Costanza Indiveri

*La 'voluntas testandi' dell'infermo mentale nei lucidi intervalli:  
una prospettiva storico-comparatistica*

SOMMARIO: 1. Connotazione semantica del termine *furiosus* – 2. Assenza di *voluntas* e conseguente incapacità di testare del furioso – 3. I lucidi intervalli nel diritto romano – 4. Gli *intervalla insaniae* lungo la storia: i codici dell'Ottocento – 5. I lucidi intervalli nel diritto vigente – 6. Considerazioni conclusive: gli *intervalla insaniae* come cuore pulsante della disciplina odierna.

1. *Connotazione semantica del termine 'furiosus'*

Il tema della manifestazione della volontà diviene di particolare complessità e delicatezza interpretativa con riguardo ai testamenti degli infermi di mente, i quali già per il diritto romano – come noto – erano privi della *testamenti factio* attiva in quanto *furiosi*.

La questione si fa ancora più intricata nel caso in cui a redigere un testamento siano soggetti non continuativamente infermi (che presentino, quindi, una malattia intermittente). Si pongono, in questo caso, i temi multiformi del rapporto tra volontà e coscienza e della necessità di valutare la stabilità del volere, soprattutto con riguardo alla figura di un soggetto affetto da disturbo psichico che si trovi in un momento di remissione dalla propria malattia.

Doveroso, prima di procedere a elaborare qualsiasi considerazione specifica, è provare a tracciare una connotazione semantica del termine *furiosus*<sup>1</sup>. Sorge spontaneo, a tal riguardo, muovere dalla celebre disposizione delle XII Tavole, qui di seguito riportata: *sei (si) furiosus aut prodicos escit (erit), adgnatorum centiliomque (gentiliumque) eius potestate estod, ast ei custos nec (non) escit*: «qualora si tratti di un pazzo o di un prodigo, si eserciti

<sup>1</sup> Una ricerca lemmatica a riguardo potrebbe partire da: H.G. HEUMANN - E. SECKEL, voce *Furere*, in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1971, 226: vi si legge che *furiosus* significa «wahnsinnig»; H. RUBENBAUER, voce *Furiosus*, in *Thesaurus Linguae Latinae* (= *ThLL*), VI.1, Lipsiae, 1912-1926, 1619 ss., da cui risulta che *furiosus* è «*proprie, i.q. morbo mente alienatus*»; E. GRUPE, voce *Furiosus*, in *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, II (D-G), Berolini, 1933, 971 ss.

su di lui e sul suo patrimonio la potestà degli agnati e dei gentili»<sup>2</sup>.

Il passo in oggetto è parte di una nutrita serie di attestazioni, nelle fonti, del termine *furiosus*, che, rispetto agli altri vocaboli utilizzati dai giuristi romani per indicare i soggetti affetti da vizio mentale<sup>3</sup>, è quello largamente più ricorrente<sup>4</sup>. La parola, non a caso, ha una connotazione ampia, al punto che si ritiene che per *furiosus*, almeno nelle XII Tavole, si intendesse «ogni tipo di malato grave ed evidente»<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. Tab. 5.7a, passo riportato da Cic. *inv.* 2.50.148 e Auct. *ad Her.* 1.13.23. In merito alla discussione sulla attendibilità del passo in oggetto, v. M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, Göttingen, 1949, 169, nt. 1, ripreso da A. GUARINO, *Il 'furiosus' e il 'prodigus' nelle 'XII tabulae'*, in *ASGUC*, III, 1948-1949, 194 ss., ora in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 154 ss., in specie 154, nt. 4; sempre a tal proposito, v. G. FINAZZI, *La successione 'ab intestato'*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, I, Napoli, 2018, 235. Nello specifico, in merito alla frase *ast ei custos nec escit*, v. A. GUARINO, *Ast ei custos nec escit'*, in *SDHI*, X, 1944, 374 ss. Al di là della discussione sulla fedeltà del passo delle XII Tavole, è importante rilevare la presenza del suffisso incoativo del verbo *escit*, tipico del dettato decemvirale e caratterizzato dall'affisso – sc –, che attesta l'avvio di un processo graduale, su cui si veda S. RANDAZZO, *'Furor' e lucidi intervalli. Riflessione sul regime giuridico della demenza*, in *Iura*, LXII, 2014, 180.

<sup>3</sup> Accanto alla parola *furiosus*, i giuristi impiegavano termini come *demens*, *mente captus*, *fatuus*, *insanus*, *lunaticus* e *melancholicus*, dei quali sono state operate svariate ricostruzioni. Per disquisizioni precise in merito alla differenza fra tali parole, v. C. LANZA, *Ricerche su 'furiosus' in diritto romano*, I, Roma, 1990, 71 ss.; ancora, G. RIZZELLI, *Modelli di 'folli' nella cultura dei giuristi romani*, Lecce, 2014, 121 ss.; A. McCLINTOCK, *Contributi allo studio della follia in diritto romano*, I, Napoli, 2020, 59 ss. L'autrice, (62, nt. 6) si rifa al conteggio operato da E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale*, Milano, 1983, 22 s. Da ultimo, v. G. GRECO, *Follia, processo e responsabilità nella 'Pro Sexto Roscio Amerino'*, Torino, 2021, 32 ss. Lo studioso rileva efficacemente un relativismo delle varie nozioni di follia, per comprendere le quali è utile anzitutto uno studio del contesto del testo di riferimento. In merito alla distinzione tra *furor* e *dementia*, A. GUARINO, *Il 'furiosus'*, cit., 157, riporta la tesi secondo cui le due forme di vizio mentale in oggetto si distinguerebbero per la circostanza che gli *intervalla insaniae* fossero previsti solo in caso di *furor* e non in quello di *dementia*. Nel tratteggiare questa differenziazione, l'autore si inserisce tangenzialmente nel solco della discussione sull'elaborazione imperiale o tardoimperiale della teoria dei lucidi intervalli, su cui v. oltre, § 3. Egli riporta l'affermazione ciceroniana (*Tusc.* 3.11.25) secondo cui nelle XII Tavole «*non est scriptus 'si insanus', sed 'si furiosus escit'*». In merito ai termini utilizzati per descrivere i folli nelle testimonianze letterarie (fra cui *uecors*, *cerritus*, *laruatus*), v. O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, Napoli, 1984, 24.

<sup>4</sup> E. NARDI, *Squilibrio*, cit., 22, definisce la parola *furiosus* «prevalentissima» nelle fonti, precisando che la famiglia terminologica in oggetto ricorre, dalle XII Tavole alle Novelle giustiniane, ben 469 volte. A. McCLINTOCK, *Contributi*, cit., 62 ss., scrive che, analizzando i soli *Digesta* di Giustiniano emerge che *furiosus* vanta ben 244 occorrenze, laddove *demens* dodici e *mente captus* cinque. Rileva altresì che «oltre il novanta per cento del lessico della follia giuridica riguarda il *furiosus*». L'autrice riporta, inoltre, una tabella dettagliata delle ricorrenze dei termini della follia nei *Digesta*.

<sup>5</sup> O. DILIBERTO, *Studi*, cit., 40. Il concetto di malattia «grave, evidente» qui teorizzato

Alla base del vocabolo in analisi non vi è una specifica connotazione comportamentale del furioso, ma il più generico riferimento alla circostanza che lo stesso fosse succube delle *Furiae*<sup>6</sup>, divinità analoghe alle Erinni. Il *furiosus*, dunque, era qualificato dal suo stato di possessione sovranaturale<sup>7</sup>.

## 2. Assenza di 'voluntas' e conseguente incapacità di testare del furioso

Ciò che rileva maggiormente ai fini della presente analisi, in ogni caso, è il peculiare atteggiarsi della volontà del furioso. Dando uno sguardo alle fonti emerge, *ictu oculi*, come nel diritto romano fosse pacifico che egli non avesse capacità di intendere e di volere. Numerose sono le fonti che attestano l'assenza di *voluntas* nel *furiosus*<sup>8</sup>, fra le quali, per incisività, spiccano

---

si allinea a quello di A. GUARINO, *Il furiosus*, cit., 157 s., il quale ritiene che il furioso, avendo meritato *gravioris deorum immortalium iras* (cfr. Cic. *div.* 1.31.61), rimanesse totalmente ed evidentemente deprivato della capacità di intendere e di volere. Lo studioso riporta il passo di Cic. *Tusc.* 3.11.29, in cui l'Arpinate scrive che: «*furorrem autem esse rati sunt mentis ad omnia caecitatem*». In alcuni casi, il *furiosus* viene equiparato addirittura all'*absens* (Iul. 37 *dig. D.* 29.7.2.3) o al *dormiens* (Paul. 54 *ad ed. D.* 41.2.1.3). In merito al paragone tra *furiosus* e assente o dormiente, v. C. LANZA, *Ricerche*, cit., 85 ss., 98 ss. Nello specifico, lo studioso accosta l'*absentia* alla «totale mancanza di volontà» (93). Addirittura, sulla scia dell'accostamento con dormiente e assente, il *furiosus* è stato concepito dalla dottrina come «morto civile», come affermato da A. GUARINO, *Il furiosus*, cit., 248 e F. ZUCCOTTI, *Il testamento di Publicio Malleolo* (Cic., *inv.* 2.50.148 s.; Auct. *ad Her., Rhet.* 1.13.23), in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1987, 254 ss.

<sup>6</sup> Cfr. A. McCLINTOCK, *Contributi*, cit., 67; O. WASER, voce '*Furiae*', in *RE*, VII.1, Stuttgart, 1912, 308 ss.; S. RANDAZZO, '*Furor*', cit., 179, il quale cita la definizione ciceroniana delle *Furiae* come *deae speculatrices et vindices facinorum et sceleris* (Cic. *nat. deor.* 3.46). O. DILIBERTO, *Studi*, cit., 29, riporta una testimonianza di Dionigi di Alicarnasso (Dion. Hal. 2.75) dell'esistenza a Roma di dee parallele alle Ἐρινύες.

<sup>7</sup> Cfr. A. AUDIBERT, *De deux formes d'alienation mentale reconnues par le droit romain ('furor' et 'dementia')*, in *NRHD*, XIV, 1890, 870. Come affermato da O. DILIBERTO, *Studi*, cit., 33, è proprio in virtù dello stato di possessione e della tipologia di divinità di cui il *furiosus* era succube che si predica l'assoluta capacità di intendere e di volere di quest'ultimo. Lo stesso legame tra possessione e furia è attestato in H. RUBENBAUER, voce *Furia*, in *ThLL*, VI.1, cit., 1613. G. GRECO, *Follia*, cit., 6, afferma che durante il periodo tardoantico il collegamento tra *furor* e possessione soprannaturale portò con sé un'implicita colpevolizzazione del furioso, che si presumeva che conducesse un'esistenza «sregolata e peccaminosa».

<sup>8</sup> Paul. 8 *ad ed. D.* 3.3.2.1: *Furiosus non est habendus absentis loco, quia in eo animus deest, ut ratum habere non possit*; Pomp. 34 *ad Sab. D.* 50.17.40; Paul. 54 *ad ed. D.* 41.2.1.3; *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Avito C.* 4.38.2 (a. 286). Tali fonti sono prese in considerazione anche da B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*,

due frammenti di Africano e Pomponio, entrambi raccolti nel Digesto.

*Afr. 4 quaest. D. 29.2.47: Qui servum suum heredem institutum adire iusserat, priusquam ille adiret, furiosus est factus. Negavit recte servum aditurum, quoniam non nisi voluntate domini adquiri hereditas potest, furiosi autem voluntas nulla est.*

*Pomp. 34 ad Sab. D. 50.17.40: Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.*

Il furioso risulta qui sostanzialmente privo sia di una dimensione psicologica (*rectius*: di una dimensione psicologica non patologica), base di qualsiasi processo volitivo, che, consequenzialmente, della capacità di porre in essere atti giuridici validi<sup>9</sup>. A tal proposito, si è efficacemente scritto che al *furiosus* manca la «potestà di volere»<sup>10</sup>.

La volontà che rileva in questa sede, dunque, non è solamente quella psicologicamente intesa, ma una sua concezione ampia, onnicomprensiva e astratta<sup>11</sup>, che si riverbera direttamente sull'efficacia e inefficacia dei negozi giuridici posti in essere dal soggetto dalla *nulla voluntas*.

Si fa riferimento, insomma, a un *furor* inteso come compromissione totale o, ancora meglio, «catastrofe» della volontà<sup>12</sup>. Più che la capacità intellettuale *tout court*, in conclusione, ciò che nel *furiosus* viene definitivamente meno è la *voluntas*<sup>13</sup>.

Ed è proprio tale carenza di volontà nel furioso a dare origine all'inca-

Palermo, 1979, 539, nt. 592.

<sup>9</sup> B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 539, nt. 593, che cita Gai 3.106: *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat*; Iul. 37 *dig.* D. 29.7.2.3; Paul. 2 *ad Sab.* D. 50.17.5; Gai. 2 *aur.* D. 44.7.1.12 e Gai. 1 *de verb. oblig.* D. 46.1.70.4.

<sup>10</sup> Cfr. ancora C. LANZA, *Ricerche*, cit., 89 e, sulla sua scia, S. VALLAR, *'Perseverantia voluntatis' e 'furor'*, in *QL*, III, 2013, 148, nt. 10.

<sup>11</sup> C. LANZA, *Ricerche*, cit., 89.

<sup>12</sup> J.-E.D. ESQUIROL, *Des maladies mentales, considérées sous les rapports médicaux, hygiénique et médico-légal*, II, Paris, 1838, 371.

<sup>13</sup> G. RIZZELLI, *Modelli*, cit., 127. Tale concezione di assenza di valida volontà, e non di intelletto, si rinviene anche nella dottrina moderna. Emblematico è quanto affermato in proposito da C. LOMBROSO, *Tre tribuni studiati da un alienista*, Torino, 1887, 1, il quale osservò che: «L'intelligenza della maggior parte dei pazzi è piuttosto in una esagerata che non deficiente attività; se sbagliano, sbagliano perché troppo sentono e pensano, e quindi sono in un contrasto continuo coi loro coetanei e fino col loro stesso passato». F. ZUCCOTTI, *Furor haereticorum. Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del tardo Impero Romano*, Milano, 1992, 416 ss. riporta il dibattito ottocentesco fra psichiatri e giuristi, intercorso in particolare in merito alle distorsioni della volontà.

pacità dello stesso di realizzare validi atti giuridici. Ancor più nello specifico, come anticipato, il furioso era privo della *testamenti factio* attiva, cioè incapace di produrre valido testamento<sup>14</sup>, proprio in virtù del fatto che egli *mentem non habet*<sup>15</sup>.

Si legge, emblematicamente, in Ep. Gai 2.2.3: *Item et hi, qui furiosi, id est mente insani fuerint, non possunt facere testamenta*<sup>16</sup>.

Per tali motivi, laddove ci si trovasse in presenza del testamento di un furioso, lo si considerava caducato da invalidità originaria e immediata<sup>17</sup>.

### 3. I lucidi intervalli nel diritto romano

Nel succitato passo dell'*Epitome Gai* viene aggiunto che: *sed hi, qui insani sunt, per intervalla, quibus sani sunt, possunt facere testamenta*. Si precisa così che, se è vero che i furiosi non possono fare testamenti validi, essi, in costanza di alcuni intervalli, durante i quali vengono considerati sani, possono invece esprimere validamente per testamento le proprie ultime volontà. Viene qui introdotto il nodo centrale della presente analisi: la dottrina romanistica dei lucidi intervalli, che, in una misura tutta da precisarsi, può essere comparata diacronicamente, mettendone in luce continuità e discontinuità, addirittura con le più recenti pronunce giurisprudenziali<sup>18</sup>.

Sono numerose le attestazioni del fervente dibattito, intercorso tra i giuristi, in merito alla possibilità di riconoscere validi gli atti di ultima volontà posti in essere da un *furiosus* durante i periodi di remissione dalla malattia<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Anche in questo caso, vi è un elenco esaustivo di fonti che lo attestano in B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 539, nt. 593: Tit. Ulp. 20.13; Paul. Sent. 3.4a.11 = Paul. 3 sent. D. 28.1.17: *In adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest*; Ep. Gai 2.2.3; *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* C. 5.70.6.1 (a. 530); *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Viatori et Pontiae* C. 6.22.2 pr. (a. 290).

<sup>15</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, I, Milano, 1967, 394, nt. 48: «Il pazzo, dice l'*Epitome Ulpiani*, XX 13, non può far testamento perché *mentem non habet*, riferendosi così, in modo implicito, alla *definitio* del testamento, inteso come *testatio mentis*», di cui si tratta in Tit. Ulp. 20.1 (Gell. 7.12.1).

<sup>16</sup> Così come in Lab. 1 *post. a lav. Epit.* D. 28.1.2: *In eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est*.

<sup>17</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1956, 991 ss., sottolinea che i giuristi romani operavano una distinzione chiara tra invalidità originaria e successiva.

<sup>18</sup> V. oltre, §§ 5, 6.

<sup>19</sup> Cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 543, nt. 617, il quale prende in considerazione le seguenti fonti: Macer. *de iudic. publ.* D. 1.18.14; Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.4; *Impp.*

Fra le fonti che citano gli *intervalla*, rivestono particolare importanza quelle giustiniane:

*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. C. 6.22.9 (a. 530): Furiosum in suis indutiis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit: nunc autem hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos movit, si coepto testamento furor eum invasit.*

*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. C. 5.70.6.1 (a. 530): ... sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt: sin autem furor stimulis suis iterum eum accenderit, curatore in contractus vocari, ut nomen quidem curatoris in omne tempus habeat, effectum autem, quotiens morbus redierit, ne crebra vel quasi ludibriosa fiat curatoris creatio et frequenter tam nascatur quam desinere videatur.*

Dalle costituzioni in oggetto emerge che, per Giustiniano, era legittima la soluzione per cui il furioso potesse redigere un testamento valido in costanza di *intervalla, quae perfectissima sunt*. Veniva posto, dunque, un ulteriore quesito: ci si interrogava su cosa succedesse nel caso in cui il testatore, dopo aver iniziato a redigere un testamento durante un intervallo di lucidità, venisse nuovamente invaso dal *furor* prima del completamento dell'atto. Ultima questione era quale fosse la sorte del curatore nei momenti di intermittenza della malattia del soggetto sottoposto a cura.

Gli elementi di interesse rintracciabili nei passi del *Codex* giustiniano in oggetto sono numerosi: innanzitutto il riferimento alla parola *antiqui*, che ha dato origine a un'appassionata disputa in merito alla matrice imperiale o tardoimperiale della previsione dei lucidi intervalli<sup>20</sup>.

---

*Dioclexianus et Maximianus AA. Aurelio Avito C. 4.38.2 (a. 286)*, cui si possono aggiungere quelle messe in evidenza da E. NARDI, *Squilibrio*, cit., 209, ossia: I. 2.12.1; Theoph. Par. 2.12.1. P. VOGLI, *Diritto*<sup>2</sup>, I, cit., 394, nt. 49, fa riferimento a Paul. Sent. 3.4a.5 ed Ep. Gai 2.2.3. Egli aggiunge che «in D. 28.1.17 è riportato il secondo passo delle *Sententiae* di Paolo, perché espongono il principio accolto da Giustiniano». Un esempio di fonte che nega la possibilità di testare durante i lucidi intervalli è *mpp. Dioclexianus et Maximianus AA. et CC. Flaviae C. 6.36.5 (a. 294)*, citata da O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Testamentary Succession in the Constitutions of Diocletian*, Zutphen, 1982, 190: «according to C. 6.36.5 a mentally deranged person could not make a will, even during periods of lucidity».

<sup>20</sup> Emblema di tale contrasto dottrinale è lo scambio di contrapposte opinioni intercorso

In secondo luogo, l'utilizzo del termine *indutiis*: generalmente, per indicare i lucidi intervalli, i giuristi utilizzavano i termini *intermissio* e *intervallum*. In epoca giustiniana si prese a chiamarli anche *indutiae*, come nel caso appena esaminato<sup>21</sup>.

Ancora, l'ipotesi, qui prospettata, di nuova ingravescenza del morbo a seguito di un momento di lucido intervallo, ricorrente, per vero, anche in altre fonti<sup>22</sup>.

La soluzione delineata prevedeva che la nomina del curatore dovesse rimanere valida per tutta la vita del furioso, in modo che, laddove un lucido intervallo fosse stato nuovamente seguito da ricadute, si potesse evitare l'incessante alternanza di nomina e revoca della curatela.

---

in particolare tra O. LENEL, *Intervalla insaniae*, in *BIDR*, XXXIII, 1923-1925, 227 ss., sostenitore della matrice imperiale dell'elaborazione degli *intervalla*, e S. SOLAZZI, *I lucidi intervalli del furioso*, in *AG*, LXXXIX, 1923, 80 ss., ora in *Scritti di Diritto Romano*, II, Napoli, 1957, 545 ss., specialmente 552; *Id.*, *'Furiosus vel demens'*, in *AG*, CXLIII, 1952, 16 ss., ora in *Scritti di Diritto Romano*, V, Napoli, 1972, 361 ss.; *Id.*, *'Furor vel dementia'*, in *Mouseion*, II, 1924, 10 ss., ora in *Scritti*, II, cit., 623 ss. Solazzi riteneva che la previsione degli intervalli risalisse al periodo del tardo Impero e che i frammenti dei giuristi romani che ne parlavano fossero stati interpolati. A dire il vero, la dottrina, in larga parte, si è orientata nel senso di far risalire l'elaborazione dei lucidi intervalli ai giuristi di età imperiale. Nel solco di Lenel, infatti, tra i tanti, si sono posti B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 543, nt. 617; O. DILIBERTO, *Studi*, cit., 39; E. RENIER, *Observations sur le terminologie de l'aliénation mentale*, in *RIDA*, V, 1950, 420 ss.

<sup>21</sup> B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 543, nt. 617. Altri esempi di fonti che riportano questo termine sono: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* C. 7.54.3 pr. (a. 531); *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* C. 5.70.6 pr. (a. 530): ... *ut quibusdam breves indutiae aliis maiores ab huiusmodi vitio inducantur antiquitas disputabat utrumne in mediis furoris intervallis permanet eis curatoris intercessio, an cum furore quiescente finita iterum morbo adveniente redintegretur*. Anche in quest'ultimo frammento ricorre il riferimento all'*antiquitas* di cui in *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* C. 6.22.9 (a. 530).

<sup>22</sup> C. 5.70.6.1: *Nos itaque eius ambiguitatem decidentes sancimus, cum incertum est in huiusmodi furiosis hominibus, quando respuerint, sive ex longo sive in propinquo spatio, et impossibile est et in confinio furoris et sanitatis eum saepius constitui et per longum tempus sub eadem esse varietate, ut quibusdam videatur etiam paene furor esse remotus, curatoris creationem non esse finiendam, sed manere quidem eum, donec talis furiosus vivit, quia non est paene tempus in quo huiusmodi morbus desperatur: sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt: sin autem furor stimulis suis iterum eum accenderit, curatorem in contractus vocari, ut nomen quidem curatoris in omne tempus habeat, effectum autem, quotiens morbus redierit, ne crebra vel quasi ludibrosa fiat curatoris creatio et frequenter tam nascatur quam desinere videatur*. La costituzione in oggetto contempla il caso in cui un furioso versi dapprima in un lucido intervallo e successivamente torni in uno stato di follia. Nello specifico, si discute della sorte del suo curatore.

I. 2.12.1: ... *Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, iure testati esse videntur, certe eo quod ante furorem fecerint testamento valente: nam neque testamenta recte facta neque aliud ullum negotium recte gestum postea furor interveniens peremit.*

Viene qui prospettato il caso interessante del *furor interveniens*, e cioè di una follia sopravvenuta successivamente al momento della redazione del testamento. Si afferma che se è vero che i testamenti redatti durante i lucidi intervalli sono validi, *a fortiori* lo sono quelli risalenti a un momento precedente alla nascita della malattia mentale. Ciò valeva per il testamento come per qualunque altro negozio giuridico, che non poteva essere reso nullo da un morbo sopraggiunto *ex post*<sup>23</sup>. Alla base di tale valutazione ricorreva sempre lo stesso ragionamento: ciò che rilevava non era la generica capacità del testatore, ma la sua lucidità nel preciso momento di redazione del testamento<sup>24</sup>. Il principio dell'irrilevanza del *furor interveniens* sulla validità del testamento, a ben vedere, si trova, già vari secoli prima, affermato in Ulpiano.

Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.4: *Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit: sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest: testamentum quoque, quod ante furorem consummavit valebit et bonorum possessio ex eo testamento competit.*

Ancor di più, vi sono attestazioni, nelle fonti, sia imperiali che tardoimperiali, della possibilità di guarire dalla malattia<sup>25</sup>. Si parla, in tal caso,

<sup>23</sup> F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma, 2012, 62.

<sup>24</sup> B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup>, Milano, 1972, 679.

<sup>25</sup> E. NARDI, *Squilibrio*, cit., 22, riporta che la fattispecie del *resipiscere* ricorre per tredici volte nelle fonti (una in Pomponio [*sapere coeperit*], tre in Paolo, sei nelle costituzioni di Giustiniano, una nelle *Institutiones*, due in Teofilo). Alcuni esempi di queste fonti sono: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* C. 3.33.12.1 (a. 530): *Sin autem talis fuerit incerta condicio, donec in furore filius vel alius quisquam remanserit, vel in aliis similibus casibus, quorum eventus in incerto sit, si quidem resipuerit filius vel alius, pro quo hoc dictum est, vel condicio extiterit, usum fructum finiri: sin autem adhuc in furore is constitutus decederit, tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto manere usum fructum apud eum. Cum enim possibile erat usque ad omne vitae tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furentem vel consicionem impleri, humanissimum est ad vitam eorum usum fructum extendi. Quemadmodum etenim, si decesserit usufructuarii ante completam condicionem vel furorem finitum, extinguatur usus fructus, ita humanum est extendi eum in usufructuarii vitam, etsi antea decesserit furiosus vel alia condicio defecerit; Ulp. 36 *ad Sab.* D. 26.2.10.3: *Si furiosus testamento tutor detur, si**

di *sanitatem recipere*<sup>26</sup>, fattispecie equiparabile a una vera e propria cessazione della follia<sup>27</sup>.

Paul. Sent. 3.6.8: *Furiosi et aegrotantis et infantis ususfructus utiliter relinquitur. Horum enim alius resipiscere, alius convalescere, alius crescere potest.*

Furioso, malato e infante vengono equiparati da Paolo: le tre figure sono accomunate dal fatto che uno può rinsavire (*resipiscere*), l'altro guarire, l'altro ancora crescere<sup>28</sup>.

Laddove intervenisse una definitiva ripresa, generalmente, si riteneva che vi fosse, nel soggetto originariamente furioso, un nuovo e valido processo di formazione e di estrinsecazione della volontà<sup>29</sup>. Va da sé che,

---

*quidem, cum furere desierit, tutorem esse recte datum Proculus existimat: quod si datus sit pure, negat Proculus valere dationem. Sed est verius, quod et Pomponius ait, recte videri datum et tunc fore tutorem, cum sapere coeperit.*

<sup>26</sup> Ulp. 1 *ad Sab.* D. 27.10.1 pr. Sempre E. NARDI, *Squilibrio*, cit., 21, afferma che chi la testa «a posto non l'aveva, ma torna ad averla» veniva detto: *resipiscens, ad suam mentem veniens, ανανήφων*.

<sup>27</sup> O. DILIBERTO, *Studi*, cit., 39. Lo studioso ipotizza che, al pari dei lucidi intervalli, la possibilità di guarigione del furioso sia un'elaborazione di epoca imperiale, a differenza di E. NARDI, *Squilibrio*, cit., 53, che ne teorizza una genesi tardoimperiale. Diliberto, su questo profilo, condivide quanto affermato da J. HILLMAN, *Saggio su Pan*, trad. it., Milano, 1977, 127: «Il dio che porta la pazzia può anche liberarci da essa. Il simile cura il simile». Di contro, A. GUARINO, *Il furiosus*, cit., 158 escludeva la possibilità di guarigione dal *furor*, sul rilievo che gli antichi giuristi non avessero opportunamente predisposto un sistema di accertamento della follia, che si ergesse a garante da eventuali dichiarazioni di follia arbitrarie e immotivate. Della stessa opinione è F. ZUCCOTTI, *Furor*, cit., *passim*. A favore dell'ipotesi di guaribilità del *furiosus* è invece S. RANDAZZO, *Furor*, cit., 180. Lo studioso, infatti, ammette la possibilità che il furioso potesse essere *resipiscens*, o se non altro potesse migliorare, in virtù di una guarigione. Sempre S. RANDAZZO, *Furor*, cit., 185, scrive che a Roma era diffusa la tecnica di guarigione dei *furiosi* tramite l'utilizzo dell'elleboro; aggiunge altresì che i medici che si affidavano a tale pratica erano chiamati ἑλληβοροδότης (Gal. *ad Thras.* 24). Ciò si pone nella scia di quanto affermato da O. DILIBERTO, *Studi*, cit., 37. A tal proposito, lo studioso fa riferimento a Plaut. *Men.* 950: *Elleborum potabis faxo aliquos uiginti dies*, e a Plaut. *Men.* 913 e *Pseud.* 1185. Più in generale, sull'uso dell'elleboro, v. O. DILIBERTO, *Studi*, cit., 33 ss., ntt. 101 e 104, il quale rileva che non di rado la parola *elleborosus* sostituisce, nelle fonti, il termine *insanus*: cfr. Plaut. *Most.* 952 (*Senex hic elleborosus est certe*); Plaut. *Rud.* 1006 (*D. Quaeso, sanus es? R. Elleborosus sum*).

<sup>28</sup> L'accostamento tra *furiosus* e *infans* è un argomento ricorrente nelle fonti. Alcuni esempi, citati in G. RIZZELLI, *Intelletto, volontà e crimine nella cultura giuridica romana del principato*, in *RDR*, XX, 2020, 75, sono Ulp. 18 *ed.* D. 9.2.5.2 e Gai 3.109.

<sup>29</sup> Cfr. in questo senso B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 544: «la guarigione definitiva dalla infermità di mente faceva certamente acquistare, ovvero recuperare automaticamente la

in tale nuova cornice di capacità del testatore, guarire dalla malattia facesse recuperare la possibilità di porre in essere negozi giuridici validi (fra cui, naturalmente, il testamento). Eppure, come emerge dallo studio delle fonti, anche gli *intervalla insaniae*, nonostante la loro provvisorietà, a parere di alcuni giuristi facevano recuperare al furioso la capacità di redigere testamenti legittimi. Un esempio di tale ipotesi è la celebre affermazione paolina.

Paul. Sent. 3.4a.5: *Furiosus tempore intermissi furoris testamentum facere potest.*

Al fine di recuperare la capacità di testare, secondo questa visione, non era necessaria la guarigione definitiva dal morbo, ma era sufficiente che vi fosse, nel furioso, un momento di valida formazione della *voluntas*, anche se solo in via transitoria. Il testamento durante un lucido intervallo era efficace sia *iure civili*, sia *iure honorario*<sup>30</sup>. I giuristi romani, per poter ammettere i lucidi intervalli, si affidavano spesso a presunzioni generali, supponendo di isolare, dalla condotta degli infermi, fasi di ripresa anche molto brevi, come semplici barlumi di lucidità<sup>31</sup>.

Le manifestazioni di temporanea ripresa, tuttavia, potevano essere di varia natura e non comportavano necessariamente un effettivo ritorno alla lucidità. Vi era una differenza, data dalla durata del comportamento patologico, tra manifestazioni appartenenti al momento iniziale della malattia e scatti di rabbia improvvisa e violenta, ma di veloce regressione, che non

---

piena capacità di agire, e di conseguenza faceva venir meno la curatela». L'autore (nt. 618) riporta le fonti che lo attestano: Ulp. 1 *ad Sab.* D. 27.10.1 pr.; Paul. 3 *ad Vitell.* D. 26.1.11: *Furiosus si tutor datus fuerit, potest intellegit ita dari, cum suae mentis esse coeperit*; Ulp. 36 *ad Sab.* D. 26.2.10.3; Mod. 3 *excus.* D. 27.1.10.8; Pap. 3 *quaest.* D. 5.1.39 pr. (per la guarigione del *iudex furiosus*); Paul. 8 *ad Sab.* D. 27.3.4.3; *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* C. 5.70.6 (a. 530). Addirittura, lo studioso riporta che il *furiosus*, se *resipiscens*, poteva agire contro il proprio curatore con l'*actio negotiorum gestorum*.

<sup>30</sup> Cfr. F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., 23, nt. 113.

<sup>31</sup> S. RANDAZZO, *Furor*, cit., 189. L'autore fa riferimento, a tal proposito, a Ulp. 26 *ad Sab.* D. 1.6.8: *Quasi voluntatis reliquii in furiosis manentibus*. In nt. 65, come esempio di presunzione, egli riporta il caso del mancato ripudio del coniuge affetto da *furor* nonostante l'assenza, nello stesso, di lucidi intervalli; ciò era reso possibile qualora la convivenza non fosse risultata intollerabile ai congiunti. L'unione matrimoniale, con tale espediente, veniva legittimamente sciolta solo in caso di *furor ferox*, così come postulato in Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.3.22.7: *... Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris vel, quia liberos non habet, procreandae subolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat.*

indicavano automaticamente la presenza di *furor*<sup>32</sup>.

Emerge, in definitiva, che i giuristi romani interpretavano gli *intervalla* come veri e propri momenti di ripresa temporanea dalla malattia mentale<sup>33</sup>.

Al fine della valutazione dell'efficacia dei negozi giuridici posti in essere dai furiosi, in sostanza, non si poteva ignorare la transitorietà della malattia mentale, in virtù della quale era essenziale – così come lo è oggi – operare una complessa analisi in merito alla persistenza della formazione della volontà del soggetto testante<sup>34</sup>. Come emerge dalle fonti, infatti, la *voluntas* del testatore era la base imprescindibile dell'operatività del testamento; su tale presupposto logico era necessario che l'estrinsecazione della volontà fosse, anche se in via transitoria, frutto di un processo di formazione che per risultare valido doveva essere non patologico.

Per di più, perché un testamento fosse considerato invalido non rilevava *sic et simpliciter* lo stato di malattia, anche se grave, del furioso, ma la condizione dello stesso nell'attimo dell'estrinsecazione delle ultime volontà<sup>35</sup>. Veniva così introdotto un artificio giuridico di grande flessibilità, che subordinava l'incidenza negoziale dell'assenza di capacità del testatore alla sua sussistenza nel preciso momento di confezione dell'atto.

<sup>32</sup> *Ibidem*, 180 ss. Lo studioso riporta altresì numerose attestazioni di casi di momentanea compostezza, diversi dai lucidi intervalli in quanto parte integrante dell'incedere della malattia, ma comunque atti a ingannare chi non fosse a conoscenza della condizione del furioso. Si tratta di: Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.7.2: *Marcellus libro septimo decimo digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere: ergo et Publicianam habebit*; Pomp. 6 *ex Plaut.* D. 12.1.12; Cels. 23 *dig.* D. 41.2.18.1; Paul. 5 *ad Plaut.* D. 41.3.13.1; Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.16: *Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constituit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio possessionis*; Hermog. 6 *iuris epit.* D. 44.4.16: *Si debitor a furioso delegatus creditori eius solvat, quem compotem mentis esse existimabat, et ita cum eo agatur: exceptione doli in id, quod in rem furiosi processit, defenditur*; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.26: *Quid enim, si debitor ex delegatu pupilli pecuniam creditori eius solvit? Fingendus est, inquit, pubes esse, ne propter malitiae ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur. Idem servandum in furioso ait, si, cum existimaretur compos mente esse, iusserit debitorem creditori solvere, vel si quod exegit, domi habeat*; Pomp. l. s. *reg.* D. 44.7.24 *pr.*: *Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putarem, pecuniam quasi mutuam acceperim eaque in rem meam versa fuerit, conductio furioso acquiritur.*

<sup>33</sup> S. RANDAZZO, 'Furor', cit., 171 ss.

<sup>34</sup> A. McCLINTOCK, *Contributi*, cit., 70: «Furor non è necessariamente una condizione stabile, anzi. Può essere un accesso transitorio, regredibile, guaribile».

<sup>35</sup> G. RIZZELLI, *Intelletto*, cit., 86.

#### 4. Gli 'intervalla insaniae' nella storia: dal diritto romano ai codici dell'Ottocento

La concezione della *voluntas* come base del testamento e della sua necessaria 'fisiologicità' (anche se provvisoria) può essere comparata – sempre in senso critico – a quella prevista dalla disciplina dei lucidi intervalli di diritto vigente, fortemente improntata al dettato romanistico. Si legge di lucidi intervalli, infatti, persino nelle più recenti pronunce della Suprema Corte italiana<sup>36</sup>.

Ciò è possibile proprio grazie alla lungimiranza della costruzione giuridica degli *intervalla insaniae*.

A ben vedere, tuttavia, prima di confluire nel diritto odierno, tracce importanti della recezione della dottrina romanistica sono comparse nei codici dell'800 (fra cui il *Code Napoléon* nella sua versione originale e il Codice civile italiano del 1865), per poi essere profusamente commentate nelle opere di giuristi dell'epoca, che si approcciavano direttamente alle fonti romane, ponendovi elementi di continuità e discontinuità con il diritto allora vigente<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> V. *ex multis*, Cass. 09 aprile 2025, n. 9360; Cass. 07 aprile 2025, n. 9152; Cass. 29 marzo 2025, n. 8312; Cass. 21 novembre 2024, n. 30067; Cass. 11 ottobre 2024, n. 26519; Cass. 06 marzo 2024, n. 5993 (in banca dati *DeJure*).

<sup>37</sup> J. DE MALEVILLE, *Analisi ragionata della discussione intorno al Codice civile del Signor di Maleville contenente il testo delle leggi*<sup>2</sup>, trad. it. con annotazioni, II, Napoli, 1826, 194, nel commentare il succitato articolo, precisa che la persona con vizio mentale doveva essere interdetta anche laddove presentasse dei lucidi intervalli. Dopodiché, l'autore cita espressamente la dottrina romanistica, riportando che: «la legge 6, *Cod. de curat., furioso*» (C. 5.70.6.1) prescriveva che il curatore di un furioso in preda a lucidi intervalli rimaneva tale anche in costanza degli *intervalla* di quest'ultimo. Non doveva però «agire negl'intervalli perfettissimi di senno, *sed per intervalla perfectissima nihil agit*». Ancora, *ibidem*, riferisce che «la legge 9, *Cod. qui test. fac. poss.*» disponeva che il testamento di un uomo «dichiarato pazzo», se fatto in un lucido intervallo, era valido, soprattutto se contenente disposizioni sensate. A p. 195, nt. 1, aggiunge che, laddove per il diritto romano la curatela non aveva effetto negli intervalli «lucidissimi» di senno, per le leggi moderne una «passeggera demenza, un transitorio furore» non erano soggetti a interdizione. Precisa, infine, che il Codice ottocentesco aveva saggiamente statuito che non si dovessero valutare i lucidi intervalli in cui la ragione non era che un «semplice accidente». In tal modo, si sarebbero evitate discussioni in merito all'effettivo insorgere o meno di un lucido intervallo nel furioso, laddove l'atto prodotto da quest'ultimo fosse stato contestato. Da ultimo, l'autore sostiene che, per assicurarsi che l'alienazione mentale non fosse passeggera, bisognava prendere le stesse «rigorosissime precauzioni» che i giuristi dell'antichità «prendeivano per accertarsi, che il furore veniva interrotto da lucidi intervalli di ragione». Precisa, infine, che i giuristi romani erano capaci di distinguere dai lucidi intervalli le singole azioni sensate, provenienti da un «moto rapido ed istantaneo dell'animo», ma sempre ascritte nell'alveo dell'incedere della malattia mentale. Il riferimento è quello ai casi di momentanea compostezza (v. sopra, § 3). J. DE MALEVILLE, *Analisi*<sup>2</sup>, cit., 195, nt. 1, conclude il proprio *excursus* affermando

L'influsso diretto del diritto romano sulla disciplina testamentaria dei codici dell'Ottocento è derivato dalla rinascita in Europa, risalente al XIII secolo, dell'istituto del testamento, trattato diffusamente dalle leggi romane e in maniera decisamente più scarna da quelle longobarde dell'Alto Medioevo<sup>38</sup>.

Quanto sopra avrebbe portato i compilatori a fare rinvio proprio al diritto romano, rimasto vivo grazie alla Glossa, laddove in merito alla successione legittima, invece, ci si continuò a riferire alla normativa longobarda. Per tale motivo, in Italia, il diritto positivo in materia testamentaria è, come più volte rilevato, significativamente improntato al diritto romano, laddove quello in materia di successione legittima presenta svariati influssi della legislazione germanica<sup>39</sup>.

Lo stesso meccanismo di rinascita del testamento, come anticipato, si verificò anche in altri paesi europei<sup>40</sup>. Ecco spiegata l'influenza della disciplina testamentaria romana nel resto dell'Europa.

In generale, dai Codici dell'Ottocento è stata ereditata una concezione di lucidi intervalli ammissibili nell'alveo di malattie mentali che alterino la capacità di intendere e di volere, e dunque di agire, in via temporanea. Lenel parlava, a tal proposito, di alienazione periodica o circolare<sup>41</sup>.

Più nello specifico, passando all'esame dei codici ottocenteschi, si può fare riferimento all'articolo 489 del *Code Napoléon*, al cui tenore: «Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucide» («il maggiore

---

che: «se si bada alla corteccia delle cose, si giudicherà esservi un gran divario fra la presente disposizione del Codice nostro e quella delle antiche leggi; ma internandosi nella materia troverassi, che questo divario non è un gran fatto notevole».

<sup>38</sup> Si parla addirittura di inesistenza del testamento di stampo germanico. A tal proposito, v. A. AZARA - E. EULA, voce *Capacità testamentaria*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1957, 739; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*<sup>2</sup>, Bologna, 2016, 39, sulla scia di Tac. *Germ.* 20. Tale affermazione sembra temperata da quanto riportato in S. GASPARRI, *I testamenti nell'Italia settentrionale fra VIII e IX secolo*, in *Sauver son âme et se perpétuer. Transmission du patrimoine et mémoire au haut moyen âge*, édité par F. Bougard, C. La Rocca, R. Le Jan, Roma, 2005, 97 ss.

<sup>39</sup> Sull'influsso del diritto romano sulle fonti dell'età degli statuti, v. U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*<sup>2</sup>, Padova, 1955, 44 s.

<sup>40</sup> A. AZARA - E. EULA, voce *Capacità*, cit., 738: «La ricomparsa del testamento, uno dei fatti più notevoli della storia giuridica, non si verificò soltanto in Italia, ma anche, nella stessa epoca, in altri paesi europei, che, per molti secoli, ne avevano perduto pure l'uso o il ricordo. Essa fu determinata principalmente dall'influenza della Scuola, dalla rinascita degli studi giuridici, che avevano riconosciuto alle *leges romanae* valore di *ius generale* ed avevano ridato alle medesime, ricollegandole all'Impero che era la loro base naturale, l'autorità di diritto vigente».

<sup>41</sup> O. LENEL, *Intervalla*, cit., 228.

il quale ritrovasi in uno stato abituale d'imbecillità, di demenza o di furore, debb'essere interdetto, quand'anche un tale stato presentasse dei lucidi intervalli<sup>42</sup>). Vi è una differenza interpretativa, in senso restrittivo, dell'ammissibilità dei lucidi intervalli del Codice francese rispetto alla soluzione elaborata dai giuristi romani. Nel *Code Napoléon*, infatti, rimanevano ormai esclusi i cosiddetti «semplici accidenti di ragione»<sup>43</sup>. Ancora, la disciplina del Codice francese estendeva l'interdizione anche ai casi di malattia intermittente<sup>44</sup>.

Gli stessi commentatori del *Code*, tuttavia, rilevavano la sicura influenza del diritto romano sul Codice allora vigente<sup>45</sup>. La giurisprudenza francese contemplava sia l'ipotesi di *incapacité de droit o civile*, cui corrispondeva la pronuncia di interdizione, che l'*incapacité de fait o naturelle* del malato non interdetto. Ad ogni modo, durante i lucidi intervalli, la capacità degli infermi di mente di porre in essere negozi giuridici validi era riconosciuta<sup>46</sup>.

Passando all'esame del *Código civil* spagnolo, nella sua versione originale, si legge, all'articolo 665, che: «siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que subscribirán los facultativos además de los testigos» («Ogni volta che il demente intenda fare testamento durante un intervallo di lucidità, il Notaio designerà due medici che lo esamineranno previamente, e non lo redigerà se non quando questi garantiranno la sua capacità, dovendo attestare il loro parere nel testamento, che sarà firmato dai medici oltre che dai testimoni»).

Viene prospettata, ancora una volta, l'ipotesi di lucido intervallo, sulla

<sup>42</sup> J. DE MALEVILLE, *Analisi*<sup>2</sup>, cit., 194.

<sup>43</sup> J. DE MALEVILLE, *Analisi*<sup>2</sup>, cit., 196.

<sup>44</sup> O. LENEL, 'Intervalla', cit., 229, nt. 1: «Che il *Código civil* stesso ragioni coi *lucida intervalla* risulta dall'art. 489, pel quale un maggiore di età che si trova in un *état habituel d'imbecillité, de démence ou de fureur* si deve interdire anche *lorsque cet état présente des intervalles lucides*».

<sup>45</sup> Sempre J. DE MALEVILLE, *Analisi*<sup>2</sup>, cit., 196: «le antiche e le moderne leggi convengono entrambe in un punto, cioè rispettano entrambe religiosamente la presenza della ragione; le prime spiando il primo momento che la smarrita ragione venga ricupera; non valutando le altre di semplici e passeggeri travimenti di spirito». In tempi recenti, L. GUIGNARD, *Étude d'un cas de fureur* (Théodore Durand), in *CHS*, X, fasc. 2, 2006, 83: «Assimilée à des pratiques qui se situent à la marge de l'activité strictement judiciaire, la fureur est pourtant présente dans les traités de droit, et ce depuis le droit romain puisque le terme *furiosus* apparaît aux côtés des principes d'irresponsabilité pénale et d'incapacité juridique des fous. Elle reste au XIX<sup>e</sup> siècle, en vertu du Code civil, soumise à la procédure d'interdiction d'office».

<sup>46</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*<sup>P</sup>, II, Paris, 1923, 373: «Si l'aliené a des intervalles lucides, il était parfaitement capable de donner, dans ces moments-là, un consentement sérieux et de faire des actes valables».

cui sussistenza erano incaricati di garantire due testimoni e un notaio. Una volta riconosciuta l'effettiva presenza dell'intervallo, il testamento era considerato valido<sup>47</sup>.

Lo stesso *Código*, all'articolo 666, immediatamente seguente, riportava che: «Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento». Appare cristallina l'attenzione al preciso momento di redazione del testamento al fine dell'indagine sulla validità del testamento.

Infine, il Codice civile italiano del 1865. L'articolo 763 riporta invece che: «sono incapaci di testare: 1. Coloro che non hanno compiuta l'età di diciotto anni; 2. gli interdetti per infermità di mente; 3. quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento. L'incapacità dichiarata nei numeri 2 e 3 nuoce alla validità del testamento, solo nel caso che sussistesse al tempo in cui fu fatto il medesimo»<sup>48</sup>. Si può qui notare il mancato riferimento all'espressione «lucidi intervalli». Non si tratta di un caso: l'ammissibilità di una teoria generale, a livello legislativo, dei lucidi intervalli in Italia era ritenuta, all'epoca, controversa<sup>49</sup>. Si preferiva, infatti, decidere in merito alla loro sussistenza caso per caso. Ad ogni modo, nell'ordinamento italiano rimaneva pacificamente esclusa – così come lo è oggi – la possibilità di ricorrere all'espedito dei lucidi intervalli nel caso in cui fosse intervenuta una pronuncia di interdizione<sup>50</sup>.

Dall'analisi congiunta delle disposizioni dei codici ottocenteschi in materia di incapacità di testare emerge, in sintesi, la comune particolare attenzione alla capacità del testatore nel momento preciso di redazione del testamento, in merito alla quale veniva diffusamente ammesso il ricorso alla soluzione di diritto romano dei lucidi intervalli.

C'è da precisare che non mancano differenze importanti fra le discipline di stampo moderno e la previsione dei lucidi intervalli nel diritto romano: per quanto ovvio, è da rilevare che i giuristi dell'epoca non si

<sup>47</sup> L.G. DEL PORTILLO, *Nuevo Código civil. De los testamentos*, Madrid, 1889, 11.

<sup>48</sup> L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, III.1, Roma, 1874, 225 ss.

<sup>49</sup> *Ibidem*, 229: «Se in codesti stadi intermedi, o in codesti spazi che rimangono, a così dire, preservati dalla invasione del morbo, resti un campo libero a fare una disposizione testamentaria che possa credersi seria, è stato sarà sempre uno dei più gravi problemi che si presentano ai magistrati». Si dubitava della fondatezza di una possibile teoria legislativa in merito sul rilievo che si sarebbe rischiato di pregiudicare la libertà di decisione, stante le multiforimi sfaccettature della valutazione in concreto affidata ai giudici.

<sup>50</sup> La *ratio* è la seguente: l'interdizione non ammette tempi intermedi di capacità, non perché non possano verificarsi, ma perché la pronuncia presuppone uno stato di incapacità abituale *ex lege*. Cfr. L. INGALLINA, *Il modello romano sulla rilevanza della follia nel rapporto di coniugio*, in *Tesseræ iuris*, II, fasc. 1, 2021, 174.

potavano servire di tecniche mediche di monitoraggio costante, quali sono quelle utilizzate al giorno d'oggi. La distinzione fra le varie forme di malattia e soprattutto l'individuazione degli effettivi momenti di remissione della malattia non potevano che essere meno precise di quelle diffuse in Europa a partire dall'Ottocento. Non a caso, infatti, i giuristi romani si affidavano alle presunzioni<sup>51</sup>.

### 5. *I lucidi intervalli nel diritto vigente*

La previsione degli *intervalla insaniae*, dopo aver permeato il diritto moderno, è confluita negli ordinamenti odierni, fra cui quello italiano. Se si dà uno sguardo ai Codici civili vigenti, infatti, si scorgono articoli molto simili a quelli dei succitati codici ottocenteschi, che, come si è osservato, hanno tratto spunto dalle «antiche leggi»<sup>52</sup>.

Il Codice civile italiano recita all'art. 591 cod. civ. che: «possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge. Sono incapaci di testare: 1) coloro che non hanno compiuto l'età di diciotto anni; 2) gli interdetti per infermità di mente; 3) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci d'intendere o di volere nel momento in cui fecero testamento»<sup>53</sup>. Se si compara l'art. 591 del Codice del 1942 al corrispondente (succitato) art. 763 del Codice del 1865, si può notare la sostituzione della parola «momento» alla parola «tempo». Lo scambio di termini non è casuale: è derivato dalla scelta di affermare con più precisione che anche un caso di incapacità temporaneo e perfino isolato può rendere il soggetto totalmente inabile a testare<sup>54</sup>.

Integrano validi esempi di tali incapacità assoluta temporanea gli stati psicopatologici acuti, anche occasionali, come sindromi confusionali tossiche e tossicoinfettive, intossicazioni da alcool, sostanze stupefacenti o psicofarmaci, crisi epilettiche *et similia*.

Per tale motivo, l'incapacità naturale può sussistere anche laddove il

---

<sup>51</sup> V. sopra, § 3.

<sup>52</sup> V. sopra, § 4.

<sup>53</sup> Nella sua recentissima monografia, F. TUCCILLO, *Codice civile con riferimenti alle 'Institutiones' di Gaio e al 'Corpus Iuris Civilis' e traduzione a fronte*, Torino, 2024, 140 s., accosta, *ratione materiae*, l'art. 591 cod. civ. a Lab. *post a lav. Epit. D. 28.1.2: in eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est*.

<sup>54</sup> A. AZARA - E. EULA, voce *Capacità*, cit., 809.

testatore non sia interdetto: ciò che rileva, in tal caso, non è la pronuncia giudiziale, quanto la circostanza che il soggetto sia pacificamente incapace di intendere e di volere e dunque inabile a esternare una valida dichiarazione di volontà<sup>55</sup>.

Lo stesso non può dirsi per la situazione opposta: secondo la ricostruzione dominante, nel caso in cui vi sia una pronuncia di interdizione, a rilevare è il solo dato formale dell'esistenza del provvedimento giudiziale, anche laddove, nella pratica, il testatore avesse redatto il testamento in costanza di un lucido intervallo o in un momento in cui l'infermità fosse concretamente cessata<sup>56</sup>.

Sorge spontanea, alla luce delle continuità riscontrate in merito all'importanza del fattore temporale in fase di valutazione dell'efficacia della volontà del testatore, la comparazione della disciplina vigente con le opinioni dei giuristi romani di cui sopra. Il comma di maggior interesse ai fini della presente analisi è, senza dubbio alcuno, il 2 n. 3, in particolare nel passaggio in cui viene fatto riferimento a «qualsiasi causa, anche transitoria» di incapacità di intendere o di volere sussistente all'atto della redazione del testamento.

È proprio sull'appiglio della transitorietà dell'incapacità richiesta dal Codice civile che si è potuta innestare la dottrina romanistica dei lucidi intervalli, che permea decisamente l'orientamento in materia della Cassazione. L'ordinamento italiano, infatti, riserva centralità, negli snodi del processo civile, al tema complesso della stabilità – e instabilità – della coscienza e del volere, che influenzano direttamente la capacità di testare durante i lucidi intervalli. Nei numerosi casi di impugnativa di testamento per vizio mentale, laddove si voglia sostenere la tesi della validità del testamento, si rende necessario fare appello proprio alla dottrina dei lucidi intervalli.

Vieppiù, l'assenza di una precisa definizione del grado di incapacità richiesta ai sensi dell'art. 591, comma 2, n. 3 cod. civ. e la conseguente struttura aperta della fattispecie influenzano inevitabilmente l'attività istruttoria: compete al giudice valutare, volta per volta, in che misura l'evento perturbatore abbia inciso sul procedimento di formazione della volontà del testatore e, di conseguenza, sulla sua capacità di redigere un valido testamento<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> G.W. ROMAGNO, *Considerazioni riguardo alla capacità di fare testamento*, in *Familia*, 2022, I, 73, nt. 111, consultabile su [www.rivistafamilia.it](http://www.rivistafamilia.it).

<sup>56</sup> Sul punto si vedano le osservazioni di G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, 72 s. e C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1947, 76.

<sup>57</sup> Fondamentale, a tal fine, è l'intervento di consulenze tecniche psichiatriche o medico-legali. Gli esperti, in fase di valutazione della consistenza del disagio psichico, si affidano a indici scientifici dall'elevata precisione, quali la scala di stadiazione *GDS* di *Berry Reisberg*

Al fine di rispondere a tali quesiti, la giurisprudenza della Suprema Corte si è atteggiata nel senso di prevedere come requisito di invalidità testamentaria la rigorosa prova dell'incapacità del testatore di estrinsecare una valida *voluntas testandi*<sup>58</sup>.

In particolare, si è affermato che l'essere genericamente affetti da una malattia psichica, anche grave, non sia sufficiente per affermare che il testatore, nel momento della redazione dell'atto di ultima volontà, fosse effettivamente privo della *testamenti factio* attiva.

Per tali motivi, si afferma che l'ipotesi di capacità costituisce la regola e quella di incapacità l'eccezione<sup>59</sup>. L'onere della prova dell'effettiva incapacità di testare sarà, dunque, a carico di chi la voglia affermare. Riecheggia qui l'eco del *favor* romanistico per l'ammissione dei lucidi intervalli<sup>60</sup>.

La prova, oggi, deve essere rigorosa e specifica. La si può apprestare, tuttavia, con ogni mezzo: tramite testimoni (a patto che essi attestino circostanze oggettive e non valutazioni personali) o addirittura indizi o presunzioni, che anche di per se stessi, in alcuni casi, possono essere determinanti<sup>61</sup>. Le presunzioni possono essere fondate persino sul tenore della

---

(*Global deterioration scale*), che qualifica il grado di compromissione mentale tramite la previsione di sette stadi (stadio 1: nessun declino delle funzioni cognitive, stadio 2: declino molto lieve delle funzioni cognitive, stadio 3: declino lieve delle funzioni cognitive, stadio 4: declino moderato delle funzioni cognitive, stadio 5: declino moderatamente severo delle funzioni cognitive, stadio 6: declino severo delle funzioni cognitive, stadio 7: declino molto severo delle funzioni cognitive). In sede di qualificazione della gravità del vizio mentale si parla, infatti, di stato di deterioramento mentale, concernente un danno delle funzioni intellettive e volitive, fra loro connesse. Ci si affida altresì a moderne tecniche di «*neuroimaging* funzionale», abbinata a opportune valutazioni scientifiche, in particolare genetiche, su cui si vedano i contributi inclusi in *La memoria e le memorie*, a cura di S. Randazzo, Milano, 2014. Possono essere utilizzate anche consulenze tecniche grafologiche al fine di accertare l'autonomia del gesto grafico del testatore in caso di testamento olografo.

<sup>58</sup> «L'incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi; poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a chi impugni il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso grava, invece, su chi voglia avvalersene provarne la corrispondente redazione in un momento di lucido intervallo e delle cause idonee in linea di principio a determinarla» (Cass. 17 novembre 2022, n. 33914, in banca dati *DeJure*).

<sup>59</sup> Cass. 17 novembre 2022, n. 33914. Cfr. Cass. 09 aprile 2008, n. 9274; Cass. 18 aprile 2005, n. 8079 (in banca dati *DeJure*). V. anche A. AZARA - E. EULA, voce *Capacità*, cit., 807.

<sup>60</sup> V. sopra, § 3.

<sup>61</sup> Cass. 30 maggio 2017, n. 13659; Cass. 28 marzo 2002, n. 4539; Cass. 07 aprile 2000, n.

scheda testamentaria, se stravagante o illogica, così come su altri scritti del testatore redatti al tempo del testamento<sup>62</sup>.

Il principio costante affermato dalla giurisprudenza, *in nuce*, è che, ai fini dell'annullabilità del testamento ai sensi dell'art. 591 cod. civ., secondo comma, n. 3, non sia sufficiente un mero turbamento del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà per anomalia delle facoltà psichiche e intellettive. È necessario, piuttosto, che lo stato psicofisico del testatore sia tale da sopprimerne del tutto l'attitudine a determinarsi liberamente e coscientemente<sup>63</sup>. È altresì essenziale la prova che, in virtù di un'infermità transitoria o permanente, o di un'altra causa perturbatrice, il soggetto fosse privo in modo assoluto, al momento della redazione del testamento, della coscienza dei propri atti<sup>64</sup>. Solo nel caso in cui in fase istruttoria risulti che il testatore fosse pacificamente affetto da incapacità totale e permanente, è a carico di chi voglia avvalersi del testamento l'onere di provarne la redazione in un momento di lucido intervallo<sup>65</sup>.

#### 6. Considerazioni conclusive: gli 'intervalla insaniae' come cuore pulsante della disciplina odierna

Per concludere, ancora oggi, ai fini dell'invalidità testamentaria è richiesta la *omnia caecitas*<sup>66</sup> menzionata da Cicerone. Ancor di più, laddove sussista tale 'cecità', un testamento redatto da un infermo mentale può essere valido, se si dimostra che esso era stato redatto durante un *intervallum insaniae*.

Il rigido dualismo capacità-incapacità, naturalmente, non restituisce un'immagine completa del complesso foro interiore del soggetto, dal momento che le scienze psichiatriche e, ultimamente, le neuroscienze sono

4344; Cass. 26 maggio 2000, n. 6999; Cass. 22 marzo 1985, n. 2074 (in banca dati *DeJure*).

<sup>62</sup> B. D'AMATO, *Impugnazione del testamento per incapacità di intendere e di volere del testatore, passim*, in *IUS Famiglie*, 2019 (in banca dati *DeJure*).

<sup>63</sup> A. STRACCIARI - A. BIANCHI - G. SARTORI, *Neuropsicologia forense*, Bologna, 2010, 57: «Il concetto giuridico di capacità di intendere e di volere ..., è una felice – seppur non priva di difficoltà concettuali – sintesi di coscienza, razionalità e volontà».

<sup>64</sup> U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, II, Milano, 2018, 956.

<sup>65</sup> C. SARTORIS, *Testamenti suggeriti e invalidità (parziale)*, in *Persona e Mercato*, 2021, III, 558, nt. 3; A.M. BENEDETTI, *La protezione del testatore (ir)ragionevole? Incapacità naturale e problemi di prova*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, III, 2017, 756.

<sup>66</sup> Cic. *Tusc.* 3.11.29, al cui riguardo v. sopra, § 1.

giunte alla conclusione che i disturbi mentali non sono una condizione monolitica, ma dei processi dall'andamento 'carsico', cui il diritto dovrebbe approcciarsi «come ad una continuità di stati»<sup>67</sup>. Ed è proprio per questo che la soluzione dei lucidi intervalli, nell'ammettere un punto di sfogo del rigore della distinzione fra capacità e incapacità, si è rivelata di straordinaria modernità e ha potuto attraversare la storia del diritto.

Si può rilevare, infatti, che, stante la necessaria odierna maggiore precisione d'indagine data dall'evoluzione del contesto e soprattutto delle conoscenze psichiatriche e medico-legali, la disciplina romanistica degli *intervalla insaniae* rimane il cuore pulsante delle previsioni vigenti in materia di lucidi intervalli. Essa, più in generale, ha posto le basi dell'odierna concezione della volontà come base del testamento se non connotata da patologicità.

Lo stesso – più volte citato – De Maleville scrisse che: «le antiche e le moderne leggi convengono entrambe in un punto, cioè rispettano entrambe religiosamente la presenza della ragione; le prime spiando il primo momento che la smarrita ragione venga ricupera; non valutando le altre di semplici e passeggeri travimenti di spirito».

L'elaborazione della soluzione dei lucidi intervalli, di fronte ai testamenti – e, più in generale, ai negozi giuridici – dei soggetti affetti da malattie intermittenti, ricorre incessantemente nei giorni più recenti: basti pensare alla sentenza di Cassazione n. 8312 del 29 marzo 2025, che, in risposta a una lamentata violazione e falsa applicazione dell'art. 591 cod. civ., fa riferimento ai lucidi intervalli, accostandone la disciplina ai casi di invalidità del contratto per sussistenza di incapacità naturale al momento della stipula<sup>68</sup>. Ancor più recente è la pronuncia n. 9152 del 07 aprile 2025, che riporta, come da orientamento costante, che: «se il testatore risulti affetto da incapacità totale e permanente grava, per contro, su chi voglia avvalersene provarne la corrispondente redazione in un momento di lucido intervallo»<sup>69</sup>. Da ultimo, vi è la sentenza della Cassazione n. 9360 del 09 aprile 2025, in cui si legge che: «se si parte dalla premessa che la malattia

<sup>67</sup> S. ROSSI, *Il contratto di Ulisse. Costruzioni giuridiche e tutela costituzionale del sofferente psichico ne La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di M. Foglia, Pisa, 2019, 90.

<sup>68</sup> «La prova della sussistenza della incapacità naturale al momento della conclusione del contratto incombe su chi ne chieda l'annullamento (Cass. 4 novembre 1983, n. 6506), così come spetta a chi impugni il testamento dimostrare la dedotta incapacità del testatore, salvo che questi non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso grava, invece, su chi voglia avvalersene provarne la corrispondente redazione in un momento di lucido intervallo» (Cass. 29 marzo 2025, n. 8312, cit.).

<sup>69</sup> Cass. 07 aprile 2025, n. 9152, cit.

permane, è poi onere di chi invoca la validità del contratto di provare il lucido intervallo, di provare cioè che la malattia non ha influito quando è stato concluso il negozio»<sup>70</sup>.

Ancora una volta, non si può non ricordare Lenel, il quale rilevò, nel suo lungimirante scritto sugli *intervalla insaniae*, risalente agli anni Venti del Novecento, che: «la differenza tra l'odierna prassi e l'antérieure si dovrebbe perciò limitare a questo, che oggi si è divenuti più cauti e più riservati nella ammissione di lucidi intervalli»<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Cass. 09 aprile 2025, n. 9360, cit.

<sup>71</sup> O. LENEL, *Intervalla*, cit., 230.



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 continentis* 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 *verbal*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 condivisibile<sup>1</sup>.

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 Africano<sup>2</sup>, 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*

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Afr. 5 *quaest.* D. 35.2.88 pr.-1.

*lege*<sup>3</sup>. 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

<sup>3</sup> 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 Falcidiae 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 alcunché<sup>4</sup>.

Si tratta indubbiamente di un caso segnato da notevole complessità<sup>5</sup>. 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 Falcidiae 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-

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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 Giustiniano<sup>6</sup>, su cui pure ho già avuto di soffermarmi in un passato recente<sup>7</sup>.

Il giurista richiama il caso di un tale che nel testamento aveva indicato ai suoi eredi di erigergli 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'imprescisione 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-

<sup>6</sup> Alf. 5 *dig.* D. 35.1.27.

<sup>7</sup> 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 Cicerone<sup>8</sup>, 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

---

<sup>8</sup> 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 mondiale<sup>9</sup>. 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

<sup>9</sup> 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 negoziale<sup>10</sup>. 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

---

<sup>10</sup> 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.



*Comitato scientifico dei Workshop della  
'Biblioteca Giovanni Pugliese'*

MARTA BEGHINI, *Università degli Studi Roma Tre*

PIERANGELO BUONGIORNO, *Università degli Studi di Macerata*

EMANUELA CALORE, *Università degli Studi Roma Tor Vergata*

SABRINA DI MARIA, *Università degli Studi di Trento*

SARA GALEOTTI, *Università degli Studi Roma Tre*

PAOLA PASQUINO, *Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*

FEDERICO PROCCHI, *Università degli Studi di Pisa*

FRANCESCA PULITANÒ, *Università degli Studi dell'Insubria*

SILVIA SCHIAVO, *Università degli Studi Roma Tre*

FABIANA TUCCILLO, *Università degli Studi di Napoli Federico II*



## *Autrici e autori*

PIERANGELO BUONGIORNO (Bari 1981) è attualmente Professore Ordinario di Diritto romano all'Università di Macerata. Vincitore dell'VIII Premio romanistico 'G. Boulvert' e del Sofja-Kovalevskaja-Preis della Alexander von Humboldt-Stiftung, si occupa prevalentemente di evoluzione del pensiero giuridico e indaga gli interstizi fra diritto, potere e società.

ALESSANDRO CASSARINO è Professore Associato di Diritto romano, presso l'Università di Pisa. Oltre a periodi di studio in Francia e Germania, è stato relatore in Convegni e ha tenuto lezioni sia in Italia che all'Estero (Brasile, Cile, Cina, Ecuador, Giappone, Messico). Ha pubblicato due monografie e articoli in italiano e castigliano.

SARA GALEOTTI è Professoressa Associata presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre. Già Stipendiatarin DAAD, ha svolto periodi di ricerca all'estero presso l'Institut für Rechtsgeschichte della Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, dell'Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft di Heidelberg e del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho dell'Universidad Complutense de Madrid. Ha tenuto lezioni, conferenze e seminari su invito di Università e di enti culturali con sede in Italia, Francia, Russia, USA, Spagna, Ungheria, Polonia, Belgio. Autrice di quattro monografie edite, una in corso di stampa, e di numerosi contributi su riviste internazionali e volumi collettanei, concentra i suoi interessi di ricerca sul diritto romano di età preclassica e classica, affrontando temi attinenti sia al diritto privato, sia a quello pubblico, anche criminale.

COSTANZA INDIVERI è dottoranda di ricerca in Diritto romano presso l'Università degli Studi di Cagliari e cultrice della materia per il SSD GIUR-15/A presso l'Università degli Studi di Bari. È membro del progetto di ricerca internazionale *DEFINITIO* dell'Universidad CEU San Pablo di Madrid. I suoi interessi scientifici si concentrano sull'incapacità nell'ambito del diritto ereditario romano.

VINCENZO MANNINO, studioso di tematiche storico-giuridiche, è Professore Emerito nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre. È autore di molteplici lavori di diritto romano e diritto civile.

Ha insegnato Diritto romano, Storia delle istituzioni politiche e sociali, Istituzioni di diritto privato. Ha svolto attività didattica e di ricerca anche come Visiting Professor in varie università straniere (Fordham University-New York, Köln, Montpellier, Paris 5, Paris 8, Paris 13, Poitiers, Ramon Llull-Barcelona, Sorbonnes-Hautes Etudes, University Georgia-School of Law-Athens – Dean Rusk Center for International and Comparative Law). È ora Professore di Istituzioni di diritto romano alla LUISS. È Presidente della IV Sotto-Commissione di Classificazione Cinematografia (MIC), Componente della Consulta dei Comitati nazionali e delle Edizioni nazionali, Componente del Consiglio di Amministrazione del Centro Sperimentale di Cinematografia. È Consigliere politico ed Esperto di elevata professionalità e competenza del Ministro dell'Istruzione e del Merito per la cura dei rapporti con le istituzioni nazionali e internazionali, allo scopo di supportare il Ministro e il Ministero nelle fasi di realizzazione delle riforme e degli investimenti del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) del Dicastero.

ELENA MARELLI è ricercatrice di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Bergamo e notaio. Si occupa di diritto privato romano (e, in particolare, di diritto successorio) e delle origini romanistiche della funzione notarile.

MICHELE PEDONE è Professore Associato di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo presso l'Università di Pisa. In qualità di esperto di diritto romano, ha partecipato a due progetti di ricerca finanziati dall'European Research Council, dedicati ai papiri latini, ai decreti del Senato romano e alle costituzioni imperiali della tarda antichità. Nel 2023 ha ottenuto un finanziamento dal Ministero dell'Università italiano per dirigere, in qualità di Principal Investigator, un programma nazionale di ricerca concernente la traduzione italiana del Digesto di Giustiniano, la sua terminologia e la sua elaborazione digitale-computazionale. Ha pubblicato, come autore o curatore, numerosi libri, capitoli di volume e articoli in italiano, inglese e tedesco.

FRANCESCA PULITANÒ è Professoressa Associata di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo presso il Dipartimento di Scienze umane e dell'innovazione per il territorio dell'Università degli Studi dell'Insubria. È autrice di cinque monografie scientifiche e di numerosi saggi attinenti a diversi ambiti del diritto romano pubblico e privato.

Tra i temi di ricerca oggetto di approfondimento si segnalano le successioni, il diritto delle obbligazioni e dei contratti, le persone giuridiche, il diritto penale romano, lo studio palinogenetico delle opere dei giuristi romani, le radici storiche del diritto dello sport, l'emersione del notariato nell'esperienza giuridica antica.

FABIANA TUCCILLO è Professoressa Ordinaria di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II. Responsabile del double degree italo-francese con l'Université Toulouse Capitole e condirettore della Collana «*Law and Legal Institutions*» (Giappichelli). I suoi interessi scientifici principali si incentrano sulle servitù prediali, sui gromatici e della delimitazione del territorio, sull'editto del pretore e i limiti al potere giurisdizionale, sull'abuso del diritto e le immissioni.

Il volume indaga il testamento quale figura paradigmatica della capacità del diritto romano di tradurre la volontà individuale in precetto normativo, configurandolo come autentica *lex privata* idonea a produrre effetti non soltanto patrimoniali, ma anche simbolici, sociali e relazionali. L'atto di ultima volontà emerge così come spazio privilegiato di tensione tra autonomia del soggetto e controllo dell'ordinamento, tra libertà dispositiva e vincoli etici, familiari e comunitari, in una dialettica che attraversa l'intera tradizione giuridica occidentale. Movendo dall'esperienza giuridica romana classica, i contributi raccolti esplorano le condizioni di validità e di efficacia della *voluntas testatoris*, le sue forme di manifestazione e di interpretazione, il rapporto tra *voluntas* e *scriptum*, nonché le figure della diseredazione, della destinazione patrimoniale, della capacità di testare e della tutela processuale della volontà del *de cuius*. Il testamento è così restituito nella sua natura di dispositivo normativo complesso, nel quale si intrecciano tecnica giuridica, prassi sociale e costruzione simbolica della memoria e dell'identità del singolo. L'opera adotta consapevolmente la problematicità come metodo, rinunciando a una sistemazione dogmatica esaustiva in favore di un percorso di ricerca che valorizza il confronto tra fonti giuridiche, letterarie ed epigrafiche, e che apre il dialogo con le categorie del diritto contemporaneo. In tal modo, il volume si propone di rinnovare la riflessione sulla volontà negoziale *mortis causa* quale categoria strutturale del pensiero giuridico, mostrando come il diritto romano continui a offrire strumenti concettuali decisivi per comprendere la funzione normativa della volontà e i suoi limiti.

## Sara Galeotti

è Professoressa Associata presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre. Autrice di quattro monografie edite, una in corso di stampa, e di numerosi contributi su riviste internazionali e volumi collettanei, concentra i suoi interessi di ricerca sul diritto romano di età preclassica e classica.

## Marta Beghini

è borsista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre. È autrice di varie pubblicazioni attinenti al diritto romano, nonché al diritto civile. Le sue ricerche riguardano per lo più temi di diritto privato romano di età classica.