

Eppure lo stesso Cicerone ricorda come *pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt*.

La verità è che il fulcro del testamento non stette mai in quell'ordinamento nell'attribuzione di un patrimonio quanto piuttosto nel conferimento del titolo di *heres*. Il c.d. *favor testamenti* sorge e si sviluppa come *favor* per la *heredis institutio*, e ciò è ammesso anche dal Biondi a giudizio del quale infatti se quest'ultima un tempo era l'unica disposizione, successivamente formerà il *caput et fundamentum totius testamenti*, divenendo «il filo conduttore che si rintraccia dalle XII Tavole a Giustiniano»⁵⁸.

Con questo non si vuole ovviamente escludere che la regola secondo la quale *veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio* (Gai 2.229)⁵⁹, non abbia subito un adattamento connesso al profilarsi di nuove esigenze, formali e sostanziali, che trovarono un loro riconoscimento ad opera della giurisprudenza, del pretore e degli Imperatori⁶⁰; in ogni caso essa risulta però ancora viva ed operante sia in epoca postclassica⁶¹ che in

⁵⁸ B. BIONDI, *Successione*, cit., 7; 183.

⁵⁹ Vd. anche Gai 2.248: *alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur*.

⁶⁰ Cfr. C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 127 ss., ma ancora più radicale in proposito G. VISMARA, *Appunti intorno alla 'heredis institutio'*, in *Studi E. Besta*, III, Milano, 1939 (ora in ID., *Scritti di storia giuridica*, VI, Milano, 1988, 38 ss.).

⁶¹ Cfr. *Tit. Ulp.* 24.15: *Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit*.

NASCITA E DECLINO DELL'ADAGIO *NEMO PRO PARTE TESTATUS PRO PARTE INTESTATUS DECEDERE POTEST*

SOMMARIO: 1. Nozioni introduttive: il precetto decemvirale contenuto in Tab. 5.4-5. 2. L'affermarsi del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* ed il suo plausibile fondamento. 3. L'istituzione dell'*heres extraneus* ed il consolidarsi della pratica della *exhereditatio*. 4. Presunte deroghe al principio di incompatibilità connesse al rispetto dell'antica parentela agnaticia: *Pius ad crescendi in partem*, 5. ... e all'evolversi della parentela cognaticia: la *bonorum possessio contra tabulas*. 6. La *querela inofficiosi testamenti* e la rescissione parziale del testamento. 7. Effettiva persistenza del principio fin'oltre a Giustiniano; l'eccezione riguardante il *testamentum militis*. 8. La successione nel diritto longobardo. 9. Le innovazioni apportate al testamento 'riesumato' dai giuristi delle scuole attualistiche alla luce della legislazione statutaria ed il totale abbandono del principio di incompatibilità tra le due delazioni. 10. Le legislazioni codicistiche, con particolare riferimento a quella italiana in materia. Riflessioni finali.

1. Premessa.

È stato giustamente detto che, se vi sono norme giuridiche la cui durata è molto breve, ve

ne sono altre destinate ad avere vigore per centinaia di anni, ed i principi in esse fissati ad avere una vita ancor più lunga. Di questo gruppo, oltre la Bibbia, che ha rappresentato una fonte significativa del diritto nell'antichità, continuando ad essere la base delle norme della religione cristiana, fa parte anche la legge delle XII Tavole. Formalmente essa non è stata infatti mai abrogata, e tuttora è destinata a costituire «uno stimolo intellettuale per gli studiosi dell'antichità»¹.

Bene, questa riflessione trova un riscontro concreto nella posizione prioritaria assegnata ancora oggi, pure nel nostro ordinamento, alla successione testamentaria rispetto all'intestata²; il che costituisce appunto una delle soluzioni giuridiche fondamentali formulate per la prima volta nella legislazione decemvirale³.

Il testamento, la cui disciplina è sistematicamente racchiusa negli artt. 587 ss. del nostro codice civile, viene richiamato infatti pure nell'art. 457 quale peculiare strumento capace di determinare in via diretta la successione *mortis causa*, quantunque in alternativa o a fianco della successione per legge e nel rispetto dei legami familiari:

¹ Cfr. M. ZABŁOCKA, *Le XII Tavole – fonte dei principi del diritto contemporaneo*, in *Iura*, LIII, 2002, 1 ss.

² Vd. sul punto per tutti G. BONILINI, voce *Testamento*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, Torino, 1999, 339 ss., con bibliografia.

³ Cfr. art. 457 cod. civ.; ma vd. anche art. 926 § 2 del codice polacco; § 727 ABGB; § 2088 BGB: sul punto ancora M. ZABŁOCKA, *Le XII Tavole*, cit., 8.

e, in primo luogo, sui *sui*, anche se in effetti, per la validità del testamento, bastava che essi fossero in esso formalmente diseredati, risultando quindi già esclusi dallo stesso testatore dal partecipare all'acquisto ereditario? Analogamente, perché si sarebbe dovuti passare all'eredità *ab intestato* solo qualora non ci fosse stato alcun testamento?

Certo, in una società in cui il testamento fu da sempre visto come istituto di grande rilevanza sociale e politica, quest'ultima eventualità doveva essere considerata una singolarità⁵⁵. Si ricordi in proposito la significativa imprecazione lanciata da un personaggio di Plauto al nemico: “*intestatus vivo*”⁵⁶, o l'incisivo collegamento declamato da Cicerone tra il testamento e la legge: *in publicis nihil est lege gravius; in privatis firmissimum est testamentum*⁵⁷.

Ma se il testamento si fosse ridotto all'attribuzione di semplice *pecunia* nulla avrebbe potuto escludere che questa venisse divisa tra un erede testamentario ed un erede legittimo.

⁵⁵ Sulla rilevanza sociale e politica del testamento nell'antica Roma cfr., tra gli altri, soprattutto B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, 1 ss.

⁵⁶ *Cur.* V. 2.620-625: Ph. *Qui scis mercari furtivas atque ingenuas virgines, ambula in ius* / Th. *Non eo* / Ph. *Licet te antestari?* / Th. *Non licet.* / Ph. *Iuppiter te miles, perdat; intestatus vivo; at ego, quem licet, te. Accede huc.* / Th. *Servom antestari? Vide* / Cu. *Em ut scias me liberum esse. Ergo ambula in ius.* Sul brano in esame, da ultima, F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 378 ss, con ulteriore bibliografia.

⁵⁷ *Phil.* 2.42.109.

similibus de causis heredes esse non possunt, nec umquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento alius lege heres esset.

Ora, potrebbe apparire davvero strano che l'Arpinate abbia sentito l'esigenza di richiamarsi ad essa, in un'epoca in cui l'incompatibilità non sarebbe stata più in contrasto con la logica interna del sistema. Infatti, se la vocazione all'eredità fosse diventata essenzialmente chiamata ad una pura e semplice attribuzione patrimoniale e non più determinazione di una qualità personale, sarebbe venuta a mancare la necessità che tale vocazione provenisse da un'unica fonte, potendo attuarsi *pro quota*.

È vero che, seguendo l'impostazione del Biondi, si potrebbe sempre rispondere che l'incompatibilità viene a chiare lettere enunciata in quanto espressione di una sottigliezza verbale, legata ad un'interpretazione letterale del dettato decemvirale e avente uno scopo ben preciso: quello di limitare ad ogni costo l'applicazione delle regole relative alla successione legittima, a tutto vantaggio della successione testamentaria. Ma anche così impostata, la questione non si sottrae all'obiezione di fondo: quale problema si poteva invero porre sul piano pratico nel caso in cui il defunto avesse disposto solo di una parte del suo patrimonio e la parte restante fosse andata ad un soggetto chiamato dalla legge? Perché, finché ci fosse stato un erede testamentario, questi avrebbe dovuto prendere il sopravvento sugli eredi civili

La successione si devolve per legge o per testamento. Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria. Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari.

Ora, ad esclusione del comma 3 e dell'inciso *o in parte* del comma 2, il postulato contenuto nell'art. 457 riecheggia per certi versi ancora il precetto decemvirale riferito in Tab. 5.4-5 che, secondo almeno la redazione da noi accolta, suona così:

Si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit gentiles familiam habento.

Secondo il dettato decemvirale, ricostruito in particolare sulla base di *Collatio* 16.4.1-2 e *Tit. Ulp.* 26.1.1a⁴, infatti, si faceva luogo alla successione

⁴ Questa lezione, confortata da molti altri testi giuridici che con grande cura risultano elencati in *FIRA. Pars Prima. Leges*², Florentiae, 1968, 38-39, ntt. 4 A.B.; 5 A.B., riteniamo sia infatti più attendibile di quella retorica, che invece suona così: *Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatorum gentiliumque esto* (Cic. *de inv.* 2.50.148; *Auct. ad Herenn.* 1.13.23). A favore di quest'ultima lezione vd. invece M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano. I. Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942, 48 ss.; EAD., *Ancora qualche parola a proposito di «sui» e di «adgnati»*, in *Studi S. Solazzi*, Napoli, 1948, 299 ss., seguita da A.

legittima solo se il *de cuius* fosse morto *intestatus*, cioè senza aver fatto testamento, o meglio, secondo il significato arcaico attribuito al termine, senza una richiesta di testimoni (che, nelle più antiche forme di testamento, erano rappresentati dall'intera comunità innanzi alla quale era possibi-

GUARINO, *Notazioni romanistiche II. La «lex XII tabularum» e la «tutela»*, in *Studi S. Solazzi*, cit., ora in ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 146 ss., part. 152 s.; ID., *Recensione* a M.F. LEPRI, *Saggi*, cit., in *SDHI*, X, 1944, 406 ss., ora in ID., *Pagine*, cit., IV, cit., 132 ss.; per un'analisi di queste opinioni vd. B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, XX, 1949, 149 ss.; 208 s., che a sua volta accetta la versione di *Tit. Ulp.* 26.1.1a. Sull'argomento cfr. comunque, tra gli autori più recenti, G. FRANCIOSI, *L'«heres extraneus» e le dodici tavole*, in *Labeo*, X, 1964, 354 s. e nt. 9; ID., *La versione retorica e la versione giuridica di disposizioni delle XII tavole*, in *Ius Antiquum*, XI, 2003, 1 s.; L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti? Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, 2 ss. e nt. 1; G. COPPOLA, *Studi sulla «pro herede gestio»*. I. *La struttura originaria del «gerere pro herede»*, Milano, 1987, 109 ss. e nt. 97; M. D'ORTA, *Saggio sulla «Heredis institutio». Problemi di origine*, Torino, 1996, 46 ss. e nt. 23; O. DILIBERTO, voce *Successione legittima (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1298 ss.; M. TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità da parte dei «gentiles» in XII Tab. 5.5.*, in *Hommage a la memoire de A. Magdelain*, Pantheon-Assas, 1998, 447 ss., part. 448; M. PÉREZ SIMEÓN, *«Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest». El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid, 2001, 15 ss., e nt. 6; F. TERRANOVA, *Ricerche sul «testamentum per aes et libram»*. I. *Il ruolo del «familiae emptor» (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino, 2011, 372 ss.

È proprio in relazione a questo fenomeno che l'*hereditas* cambia la sua fisionomia e da situazione di potere si trasforma in patrimonio, come risulta chiaramente dalla definizione data da Cicerone in

Top. 6.29: *Hereditas est pecunia. Commune adhuc: multa enim genera pecuniae. Adde quod sequitur: quae morte alicuius ad quempiam pervenit. Nondum est definitio: multis enim modis sine hereditate teneri pecuniae mortuorum possunt. Unum adde verbum: iure; iam a communitate res diiuncta videbitur, ut sit explicata definitio sic: hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure ...*

Questo brano, di ispirazione aristotelica, dimostra in maniera inequivocabile l'avvenuto mutamento del fenomeno successorio essendo, appunto, l'*hereditas* definita come *pecunia*, con conseguente accentuazione del suo contenuto economico.

Ma la stessa concezione la riscontriamo pure nel brano del *de inventione*, la sede più antica in cui è enunciata la regola circa l'incompatibilità tra le due cause di delazione: *Unius ... pecuniae plures dis-*

Napoli, 1973, 274 ss. *Adde*, per i profili più squisitamente culturali, il nostro *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, 58 ss. Sui risvolti privatistici, cfr. il nostro Corso, *Dallo «iustum domini» alla «contemplatio domini»*. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza, Milano, 2008, 57 ss., cui *adde*, in particolare in tema di *hereditas*, *Studi*. I, cit., 148 ss.; II. *La valutazione dell'«animus» nel «gerere pro herede»*, Milano, 1999, 53 ss.

scegliendosi un successore nella situazione di potere da lui goduta in vita, tra i *sui*, previa *exhereditio* degli eventuali ulteriori figli in potestà, come poteva, questa stessa situazione personale di potere, essere attribuita anche ad altri, chiamati tra l'altro sulla base di un titolo differente: la legge e non in qualità di *heredes*, ma come possessori della *familia*: (si ricordi il *familiam habeto – habento* di Tab. 5.4-5)?

Si potrebbe tuttavia a ciò obiettare che se il principio di incompatibilità tra le due delazioni rappresentava una coerente conclusione del sistema arcaico di successione, non avrebbe avuto più ragione di esistere di fronte alla nuova concezione dell'*hereditas*, quale si venne profilando dal III sec. a.Cr. in poi, in ragione della nuova valutazione patrimonialistica dei rapporti giuridici che si andò sviluppando da quella data e, soprattutto, nel II e I sec. a.Cr., conseguenza inevitabile delle profonde trasformazioni sociali che seguirono all'aumento delle ricchezze che Roma venne accumulando con le vittoriose guerre mediterranee e con l'espansione dei commerci che si estesero fino al lontano Oriente. Tutto ciò comportò, infatti, un mutamento nella struttura dei rapporti attraverso la sovrapposizione dell'aspetto contenutistico-patrimoniale a quello soggettivo-potestativo⁵⁴.

⁵⁴ Sul punto si faccia riferimento, per una considerazione in chiave storica della politica imperialistica intrapresa da Roma, a DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², II,

le manifestare la propria volontà alla quale dare esecuzione dopo la morte⁵). Al verificarsi di tale circostanza soltanto l'eredità si sarebbe devoluta ai *sui*; in mancanza dei *sui* all'*adgnatus proximus*⁶; in mancanza di un parente più prossimo ai *gentiles*.

La norma è giustamente invocata in dottrina per affermare la preminenza che, quanto meno dall'epoca decemvirale, si riconobbe alla successione testamentaria sull'intestata, una preminenza che si è perpetuata in tutte le fasi del diritto ro-

⁵ Sul punto vd. per tutti B. ALBANESE, *Prospettive negoziali romane arcaiche*, in *Poteri 'negotia' 'actiones' nella esperienza romana arcaica. Atti Copanello 12-15 maggio 1982*, Napoli, 1984, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 1621 ss., e, più di recente, F. TERRANOVA, *Sulla natura testamentaria della cosiddetta 'mancipatio familiae'*, in *AUPA*, LIII, 2009, 327 ss.; EAD., *Ricerche*, cit., 375 ss.

⁶ La *communis opinio*, alla quale aderiamo, ritiene che gli *adgnati*, secondo le XII Tavole, fossero i collaterali del *de cuius*, distinti dai *sui heredes*, che erano i *filii in potestate*. Non sono tuttavia mancate al riguardo prese di posizione differenti, come quella della Lepri (*Saggi*, cit., 55 ss.), a giudizio della quale la legge decemvirale avrebbe taciuto dei *sui heredes* ed avrebbe inteso includere negli *adgnati*, oltre e prima che i collaterali, i discendenti in potestà; o quella di A. CARCATERRA, *La successione intestata dell'«adgnatus» nella legge delle XII tavole*, in *AUBA*, II, 1939, 263 ss., secondo cui le XII Tavole avrebbero inteso come *suus heres* il figlio primogenito del *de cuius*, mentre avrebbero denominato *adgnatus proximus* il figlio cadetto dello stesso, chiamato al *familiam habere* solo in mancanza del primo. Contro questi orientamenti vd. comunque A. GUARINO, «*Sui*» e «*adgnati*» nelle «*XII Tabulae*», in *AUCT*, III, 1949, ora in ID., *Pagine*, cit., IV, cit., 128 ss.

mano fino al diritto moderno «quasi a tutela di quella istintiva e ancestrale repulsione che ognuno di noi prova al pensiero di poter morire senza aver dettato nel testamento le sue ultime volontà»⁷.

Il precetto non si è però sottratto alle vivaci dispute degli studiosi, a cominciare da quella relativa alla possibilità, che a giudizio di alcuni la norma stessa avrebbe confermato, di fare testamento a favore di *extranei*. Sul punto è opportuno dunque riflettere.

Intanto occorre prendere il via da un'osservazione preliminare: mentre la parte finale del versetto decemvirale mostra di avere un carattere innovativo rispetto allo *status quo ante*: «*adgnatus proximus familiam habeto – si adgnatus nec escit gentiles familiam habento*», la parte iniziale, che costituisce il presupposto per l'applicazione della seconda, pare rifarsi invece ad una possibilità già esistente: «*si intestato moritur cui suus heres nec escit*».

Ora, una prima interpretazione di quest'ultimo inciso è stata quella volta a considerare l'assenza di *sui* il presupposto per poter fare testamento, che, quindi, sarebbe servito per assegnare il titolo di erede a soggetti diversi dai figli in potestà⁸.

⁷ Così C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della 'hereditas'*, Napoli, 1946, 27.

⁸ Cfr. S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950, 92. L'opinione della quale stiamo discutendo era stata formulata da F. KNIEP, '*Gai Institutionum*', II, 2, Jena,

luce differente, non configurandosi esso più come il subentrare in un generico potere politico o economico, bensì come il succedere nella *potestas*, cioè, in concreto, in quella situazione di potere goduta in vita dal *de cuius* su entità materiali, che potevano essere costituite indifferentemente da cose e da persone⁵² ed a cui efficacemente è stata attribuita la qualifica di 'personale'⁵³.

Bene, se così stanno le cose, accettando l'opinione secondo la quale il testamento arcaico era uno strumento volto essenzialmente ad effettuare una scelta tra i *sui* a cui appunto attribuire la qualifica personale di *heres*, esso conseguentemente rappresentava l'espedito attraverso il quale veniva trasferita questa situazione di potere, escludendo dal godimento della stessa, attraverso una *exhereditatio*, eventuali altri *sui*.

Scaturisce dunque come logica conseguenza di questo sistema che il soggetto non potesse morire *pro parte testatus, pro parte intestatus*. Se testava,

⁵² È ovvio comunque che, per quanto riguarda le persone, gli immediati discendenti del *de cuius*, alla sua morte, venivano liberati dalla sua *potestas* e, contemporaneamente, investiti della relativa titolarità, a meno che non fossero ancora impuberi, nel qual caso sarebbero ricaduti sotto la *potestas* dei fratelli ormai puberi: cfr. in proposito anche H. LÉVY-BRUHL, '*Heres*', cit., 144 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., 228; F. GALLO, *Osservazioni*, cit., 205.

⁵³ In tal senso già anche M. LAURIA, '*Ius civile*', '*ius honorarium*', in *Scritti C. Ferrini*, Milano, 1946 (ora in ID., *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, 382 ss.); F. GALLO, *Osservazioni*, cit., 229 ss.; ID., '*Potestas*', cit., 54 ss.; ID., *Idee*, cit., 32 s.; 45 ss.

que attraverso il concetto generico ed indifferenziato di *potestas*, concetto che sintetizza vari momenti, dal politico all'economico al religioso ma che, al contempo, rappresenta il loro superamento, che può cogliersi la realtà sociale del mondo antico. Di conseguenza, anche il fenomeno successorio, visto in chiave potestativa⁵¹, assume una

Recensione a F. GALLO, *Studi sulla distinzione*, cit., in *Iura*, X, 1959, 193 ss.; ID., «*Auctoritas*», «*Res mancipi*» et «*usucapio*», in *Études de droit romain public et privé*, Milano, 1966, 249 s. e nt. 28. Di *manus* hanno invece parlato, tra gli altri, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1892, rist. Aalen, 1963, 30; 348 ss.; R. VON JHERING, *Geist*, cit., II, 1, Leipzig, 1926, 162 ss. Per un'appassionata presa di posizione contro tale potere unitario del *pater* vd. al contrario L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, I, Milano, 1976, 407 ss.; 489 ss.; ID., *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 357 ss.; ID., *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'*, in *Poteri*, cit., 53 ss.; ID., *Proprietà e signoria in Roma antica*, I², Roma, 1994, 185 ss. adesivo C.A. CANNATA, Recensione a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., in *Iura*, XX, 1969, 659 s. Ulteriori argomentazioni a sostegno delle osservazioni svolte dal Capogrossi Colognesi sono state addotte anche da A. CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in *La proprietà e le proprietà*. Pontignano 30 settembre – 3 ottobre 1985, Milano, 1988, 1 ss.

⁵¹ Cfr. in tal senso G. FRANCIOSI, «*Usucapio pro herede*». Contributo allo studio dell'antica *hereditas*, Napoli, 1965, 31 ss.; 167 ss. La configurazione originaria dell'*hereditas*, prospettata dall'a., ha trovato la piena approvazione di F. GALLO, Recensione a G. FRANCIOSI, «*Usucapio*», cit., in *SDHI*, XXXII, 1966, 416 ss.

Questa interpretazione, sebbene confermi la natura tipicamente familiare dell'antica *successio*, ammettendo appunto che l'assenza di *sui* fosse la *condicio sine qua non* per potere fare testamento⁹, mostra però di non rispettare le più elementari regole stilistiche della latinità: se l'inciso *cui suus heres nec escit* fosse stato il presupposto per potere testare (*si intestato moritur*) e perché si aprisse la successione a favore dell'agnato prossimo e dei gentili (*adgnatus proximus familiam habeto etc.*), esso non si sarebbe dovuto trovare in mezzo, bensì all'inizio della frase¹⁰.

Partendo dal presupposto che bisognasse distinguere tra la nozione di eredità e quella di proprietà, si è pure congetturato che i *sui* fossero

1913, 108 s., ed è stata accettata pure da V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, in *Annuario R. Università di Messina*, 1914, ora in *Scritti centenario Jovene*, Napoli, 1954, 151 s., dal quale citiamo (ma vd. anche *Scritti V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1974); S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², Roma, 1928, 457; H. SIBER, *Römisches Privatrecht*, II, Berlin, 1928, 329 e U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, in *Iura*, VII, 1956 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, 651). Per una più ampia disamina delle prese di posizione di questi autori rinviando a G. COPPOLA, *Studi*, I, cit., 110 s.

⁹ Vd. in proposito anche J. DÉNOYEZ, *Les donations visées par la loi Cincia*, in *Iura*, II, 1951, 150.

¹⁰ È quanto abbiamo già sostenuto nei nostri *Studi*, I, cit., 110 s., ed è quanto aveva in passato osservato pure P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, in *BIDR*, XXVII, 1915 (ora in ID., *Scritti giuridici vari*, I, Torino, 1926, 484 ss., nt. 1).

compropriari dei beni familiari ma non eredi e che *heres* sarebbe stato solo quello tra i *sui* che era designato come tale dal *de cuius* nel testamento. L'inciso *cui suus heres nec escit*, conseguentemente, avrebbe avuto il significato di «une glose explicative» del termine *intestato*¹¹.

Prescindendo dalla plausibilità o meno della tesi circa la distinzione da fare tra diritto di proprietà che compete a tutti i *sui* ed eredità che compete solo a chi tra essi è designato come successore dal *de cuius*, in ogni caso appare piuttosto inverosimile, data la stringatezza che caratterizza il linguaggio delle XII Tav.¹², che i decemviri ab-

¹¹ Così H. LÉVY-BRUHL, *La fonction du très ancien testament romain*, in NRHD, XXXV, 1921, 658 ss.; ID., *Observations sur le régime successoral des XII Tables*, in *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947, 40 ss.; ID., *La tutelle des XII Tables*, in *Studi S. Solazzi*, cit., 318 ss.; ID., 'Heres', in *Mélanges F. De Visser*, II, Bruxelles, 1949, 150 ss.; ID., 'Intestatus', in *Studi E. Albertario*, I, Milano, 1953, 545 ss. Considera l'inciso di cui si discute una specificazione del termine *intestato* anche D. STOJCEVIC, 'Adgnatus proximus', in *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, 283 e nt. 1; ID., *La fonction du testament «calatis comitiis»*, in 'Synteleia' V. Arangio-Ruiz, I, Napoli, 1964, 243 s.

¹² Per i problemi relativi alla lingua delle XII Tavole fondamentale rimane il lavoro di E. NORDEN, *Aus altrömischen Priesterbüchern*, Lund, 1939, 254 ss.; ulteriore letteratura in G. CRIFÒ, *La legge delle XI Tavole. Osservazioni e problemi*, in ANRW, I, 2, Berlin-New York, 1972, 115 ss., part. 122 ss.; adde S. BOSCHERINI, *La lingua della legge delle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti Copanello 3-7 giugno 1984*, Napoli, 1988, 45 ss. e la letteratura ivi citata; cenni anche in F. D'IPPOLITO, *Le XII Tavole: il testo e la politica*, in *Storia di*

rate. L'esperienza romana arcaica, invero, ruotava intorno ad altri fattori, oltre l'economico e il politico: basti pensare al fattore magico-religioso⁴⁹. Tutti questi aspetti vanno comunque inglobati in quella generica ed indifferenziata situazione di potere goduta dal capocasa e che si manifestava con uguale intensità su persone e cose⁵⁰. È dun-

⁴⁹ Vd. in proposito, pur con diverse impostazioni ed a livello puramente orientativo, N.D. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, Paris, 1910, spec. 76 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *La fonction*, cit., 634 ss.; ID., *Observations*, cit., 34 ss.; ID., 'Heres', cit., 137 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 200 ss.; P. DE FRANCISCI, 'Primordia civitatis', Roma, 1959, 150 ss.

⁵⁰ Cfr. al riguardo in part. F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del 'pater familias' in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. De Francischi*, II, Milano, 1956, 195 ss.; *Studi sulla distinzione tra 'res Mancipij' e 'res nec Mancipij'*, Torino, 1958, 174 ss.; ID., «Potestas» e «dominium» nell'esperienza giuridica romana, in *Labeo*, XVI, 1970, 17 ss.; ID., *Idee vecchie e nuove sui poteri del pater familias*, in *Poteri*, cit., 29 ss.; ma vd. pure G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali ed obbligazioni*, Torino, 1970, 138 ss.; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in AUPA, XXX, 1967, 103 ss., spec. 112 ss.; A.M. RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas'. I. Dalle origini all'età degli Antonini*, Milano, 1979, 62 ss.; G. COPPOLA, *Studi*, I, cit., 52 ss. In passato non si è tuttavia mancato di utilizzare, per esprimere questo concetto di potere indifferenziato del capocasa su persone e cose, anziché il termine *potestas*, quello di *mancipium*: in tal senso vd. F. DE VISSCHER, *Le rôle de l'auctoritas' dans la 'mancipatio'*, in RHD, XII, 1933, 603 ss.; ID., 'Mancipium et res Mancipij', in SDHI, II, 1936, 263 ss., spec. 314 ss.; ID., 'Auctoritas' e 'mancipium', in SDHI, XXII, 1956, 87 ss.; ID.,

del versetto decemvirale che «deferiva l'eredità legittima solo *si intestato moritur*, cioè qualora manchi il testamento, appunto perché rispetto alla medesima persona non si poteva dire contemporaneamente che fosse morta lasciando un testamento e non lasciandolo (*testatus* ed *intestatus*). Solo successivamente può aprirsi la successione *ab intestato*, cioè quando è sicuro che il defunto sia morto *intestatus*, come nel caso che l'erede testamentario abbia rinunciato o il testamento sia nullo»⁴⁸.

Entrambe queste soluzioni sono ovviamente, come si è detto, il risultato di differenti concezioni del sistema arcaico di successione: pertanto appaiono destinate a venir meno nel momento in cui vengono meno le stesse opinioni che le sorreggono. Infatti, sia la concezione politica che, partendo dal carattere politico della famiglia primitiva, arriva a considerare la successione in essa come una successione nella sovranità, sia la concezione economica che, considerando l'*hereditas* in termini di *res*, anticipa all'età arcaica la genesi della categoria del *dominium*, vanno riconsiderate. Come non si è mancato, anche in passato di affermare, sebbene abbiano contribuito all'approfondimento di vari settori della storia giuridica primitiva, esse, irrigidendosi intorno all'esaltazione di un momento, sia esso il politico o l'economico, della più vasta e comprensiva realtà del periodo arcaico, sono oggi considerate pienamente supe-

⁴⁸ B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., 161.

biano sentito la necessità di specificare, *ad abundantiam*, attraverso appunto l'inciso *cui suus heres nec escit*, il significato del termine *intestato*¹³.

Ma ancor meno convincente è l'ipotesi che l'*intestato* si riferisse alla libertà testamentaria a favore di estranei 'tout court', senza alcun condizionamento derivante dalla presenza di *sui*¹⁴. Tenendo, infatti, conto della non innovatività dell'inciso in discussione, bisognerebbe di conseguenza collocare la possibilità di nominare in un testamento un erede estraneo in un'epoca anteriore alle XII Tavole.

A questa ricostruzione si oppone tuttavia innanzi tutto l'esistenza dell'arcaico istituto del *con-*

Roma, I, Torino, 1988, part. 407, e M. BRETONE, *Storia del diritto romano*⁴, Roma-Bari, 1991, part. 80.

¹³ Contro l'opinione di cui si discute vd. anche A. GUARINO, «*Sui*» e «*adgnati*», cit., 130 ss.

¹⁴ Vd. G. FRANCIOSI, *L'«beres extraneus»*, cit., 354 ss. L'opinione era stata comunque già espressa da V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1934, 7 ss., il quale, pur accettando l'idea che il diritto romano avrebbe avuto alle origini il carattere di una successione interna familiare, sostenne che dal modo in cui il frammento contenuto in Tab. 5.4-5 è citato dai giuristi successivi si sarebbe dovuto supporre che il testamento fosse già conosciuto al tempo delle XII Tav. come strumento volto a modificare il diritto dei *sui* (previa loro diseredazione) attraverso la chiamata di un terzo al loro posto. Su questa linea vd. pure L. DI LELLA, «*Querela*», cit., 2 ss.; voce *Successione necessaria (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, cit., 1338 s. Per una più approfondita analisi di questa opinione cfr. ancora G. COPPOLA, *Studi*, I, cit., 112 ss.

sortium erctum non citum. È plausibile ritenere infatti che in origine la coesione del gruppo familiare fosse talmente forte che i *sui* rimanevano uniti in quella *societas inseparabilis* denominata *consortium erctum non citum*, appunto, di cui ci parla Gaio nelle Istituzioni (3.154 a-b)¹⁵, una supposizione, questa, che trova un riscontro concreto nelle fonti dell'epoca classica, a cominciare dalla stessa opera istituzionale del giurista antoniniano il quale, sempre a proposito dei *sui*, usa l'appellativo di *heredes domestici*, denominazione che fa riferimento ad una cerchia ristretta di persone che vivono nella stessa *domus* del *pater* e che, in quanto tali, in un certo senso (*quodammodo*) vengono considerati proprietari del patrimonio familiare pure durante

¹⁵ *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur 'erctum' non 'citum', id est dominium non divisum: 'erctum' enim dominium est, unde 'erus' dominus dicitur: 'ciere' autem dividere est: unde 'caedere' et 'secare' et dividere dicimus ... In hoc autem societate fratrum ... illud proprium erat unus quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat qui mancipio accipiebat. Sul consortium fratrum suorum vd. per tutti A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 520 s. e ntt. 37.4; 37.4.1, con ampio apparato bibliografico. Adde G. ARICÒ ANSELMO, 'Societas inseparabilis' o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno, in *AUPA*, XLVI, 2000, 78 ss. (ora in 'Iuris vincula'. Studi M. Talamanca, I, Napoli, 2001, 149 ss.), e, più di recente, A. CALZADA, 'Consortium ercto non cito: consortes qui a communionem discedere velint', in *Iura*, LIX, 2011, 151 ss.*

successione nel potere sovrano sarebbe stato possibile trovare la correggenza di due capi che traggono la loro investitura da una medesima fonte, ma mai la coesistenza di due capi che traggono il loro potere da fonti diverse (ad es., uno dalla volontà popolare e l'altro dalla primogenitura, oppure, l'uno dalla designazione del predecessore e l'altro da vincoli di parentela con lui). «Nessuno Stato ebbe mai contemporaneamente al governo un re ed un presidente elettivo. In questo senso», affermava ancora l'autore, «la *naturalis pugna* di Pomponio è tanto naturale, che necessariamente quando spunti una posizione di tal genere, è costante l'eliminazione dell'uno dei precedenti mediante una *civilis pugna*: il *nec umquam factum est* ciceroniano è un'affermazione vera per la storia di tutti i popoli e di tutte le civiltà»⁴⁵.

Biondi, invece, esponente di spicco della concezione economica dell'*hereditas*, che quindi, in quanto insieme di *res*, avrebbe potuto essere lasciata in parte per testamento ed in parte per legge, individuò nell'adagio un 'fondamento interpretativo', al quale del resto già in passato Perozzi⁴⁶, e prima di lui Thibaut⁴⁷, avevano fatto esplicito riferimento. L'incompatibilità sarebbe stata dunque il risultato di un'interpretazione letterale

⁴⁵ P. BONFANTE, *Corso*, cit., VI, cit., 223.

⁴⁶ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 468 ss.; ma cfr. pure O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 844.

⁴⁷ A.F.J. THIBAUT, *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg, 1814, 70 ss.

e criticato, e che in seguito sono stati ripresi, con qualche aggiornamento, dal Solazzi⁴² e dal Fadda⁴³. Riteniamo sia più opportuno invece focalizzare la nostra attenzione sulle prese di posizioni che maggiormente hanno condizionato le più recenti impostazioni della questione e che possono complessivamente ricondursi a due orientamenti principali.

A sciogliere l'enigma al quale faceva riferimento Solazzi – e non solo lui!⁴⁴ – hanno invero tentato incisivamente di contribuire, nel secolo scorso, due illustri esponenti delle principali concezioni dell'*hereditas* che si sono divisi, per lungo tempo, le simpatie dei romanisti: il Bonfante ed il Biondi.

Il primo, fautore della concezione politica dell'antica *hereditas*, ritenendo che l'essenza di quest'ultima sarebbe consistita nell'attribuzione del titolo di *heres* a colui che subentrava nel reggimento politico della famiglia al posto del defunto, fu indotto a sostenere che in ogni sistema di

A. DERNBURG, *Pandette*⁶, III, trad. a cura di F.B. Cicala, Torino, 1905, 193 ss.

⁴¹ P. BONFANTE, *Corso*, cit., VI, cit., 218 ss. Cfr. anche *L'origine dell'Hereditas e dei Legata nel diritto successorio romano. A proposito della regola 'Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, ora in ID., *Scritti giuridici vari*, I, Torino, 1916, rist. 1926, 101 ss.

⁴² S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 214 ss.

⁴³ C. FADDA, *Concetti*, cit., I, cit., 351 ss.

⁴⁴ Parla di «enigmatica regola» infatti anche C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 27.

la sua vita¹⁶. Ma sulla stessa linea è anche Paolo, che parla di una *continuatio dominii* dei *sui heredes*, soggiungendo che dopo la morte del *pater* essi non sembra che ricevano l'eredità quanto piuttosto che conseguano la libera amministrazione dei beni e, per questa ragione, sono proprietari, pur non essendo istituiti eredi con un testamento. Né rappresenta un ostacolo il fatto che sia permesso diseredarli, visto che il *pater* può anche ucciderli¹⁷.

Bene, queste enunciazioni di Gaio e di Paolo, prescindendo dalla comune spregiudicatezza da essi dimostrata dell'uso atecnico «di un concetto strategico nello *ius privatum*, come quello di *domi-*

¹⁶ Gai 2.157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum.*

¹⁷ Paul. 2 *ad Sab. D.* 28.2.11: *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.* Ma si cfr. anche Paul. *Sent.* 4.8.6: *In suis heredibus adeo a morte testatoris rerum hereditariarum dominium continuatur ...* Sulla scia di quest'antica tradizione, infatti, ancora San Paolo sottolinea, nella Lettera ai Galati, part. cap. 4 vers. 7, l'identità esistente tra l'essere figlio e l'essere erede.

*nium*¹⁸ e, aggiungiamo, di una percezione del fenomeno successorio condizionato da una concezione più moderna dello stesso, costituiscono una chiara conferma di un passato remoto in cui solo i discendenti diretti del *pater familias*, in quanto compartecipi del patrimonio familiare, erano, alla morte di quest'ultimo, automaticamente investiti della qualifica di *heredes*¹⁹.

È vero che di tale qualifica il *pater* li avrebbe potuti privare ricorrendo all'*exhereditatio*, una pratica, quest'ultima, a sua volta connessa al sorgere ed allo svilupparsi dell'istituto del testamento, ma ciò non significa che tale pratica sia sorta per favorire la nomina di eredi estranei. Se infatti col volgere dei tempi, quantunque in epoca ancora risalente, la struttura economica di Roma, grazie alla produttività delle colture intensive ed all'ini-

¹⁸ In tal senso M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino, 2011, 385.

¹⁹ Il che potrebbe costituire una prova dell'analogia di significato che, nel linguaggio arcaico, esisteva tra *dominus* (*erus*, successivamente *herus*: cfr. G. NICOSIA, 'Brevis dominus', in *Filid'. Scritti per G. Franciosi*, III, Napoli, 2008, 1847, nt. 2) ed *heres*: Fest. *De verb. sign.* voce *heres*: *Heres apud antiquos pro domino ponebatur*; I. 2.19.7: ... *veteres enim heredes pro dominis appellabant*; ma vd. anche Cassiodoro, *In psalm.* 2.8; 15.6; 77.66, ove si afferma che *hereditas ab hero dicta est*, anche se i glottologi sono dell'avviso che *heres* sia da riferire al greco *χῆρος* = privato, orfano (cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 443, nt. 2). In argomento vd. da ultimi, G. NICOSIA, 'Brevis dominus', cit., 1847 ss. ed ivi, in particolare, oltre nt. 2, pure nt. 5, e F. TERRANOVA, *Osservazioni su Gai. 2.108*, in *AUPA*, LII, 2007/2008, 312, nt. 76.

lis rispetto alla legge generale delle XII Tavole³⁷. E mentre i fautori delle 'opinioni razionalistiche' insistevano sulla circostanza che l'erede testamentario, continuando la personalità del defunto, e quindi rappresentandolo, non avrebbe potuto dividere il suo ruolo con un eventuale erede legittimo, essendo la personalità e conseguentemente la rappresentanza indivisibile³⁸, c'è stato chi ha invece ravvisato nell'incompatibilità un 'fondamento pratico': la regola, pertanto, sarebbe stata escogitata per evitare l'incomodo concorso dei creditori ereditari sulla quota vacante³⁹.

Non staremo qui a discutere questi diversi punti di vista⁴⁰ che già Bonfante⁴¹ aveva esposto

³⁷ Cfr., sulla scia di R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁷, III, 1, Leipzig, 1924, part. 149; 319 ss., O. LENEL, *Zur Geschichte*, cit., 120 ss.

³⁸ Vd. part. G. CORNIL, *Ancien droit romain. Le problème des origines*, Bruxelles, Paris, 1930, 112 s.

³⁹ È l'opinione di E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes*, Erlangen, 1881, rist. Aalen, 1970, 152 ss.; *Das Wesen der Erbgrunde*, in *ZSS*, XXX, 1909, 87 ss.; A. KÖPPEN, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrecht*, Würzburg, 1895, 87 ss.; A. AMIET, *Der praktische Grund und die juristische Begründung der Regel 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, Strasburgo, 1883, 51 ss., su cui cfr. anche M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 43, nt. 75.

⁴⁰ Per una più ampia disamina delle diverse opinioni avanzate nei secoli scorsi sul fondamento della nostra regola rinviando comunque il lettore a C.F. MÜHLENBRUCH, *Continuazione commentario alle Pandette di F. Glück*, XXVIII, III, trad. a cura di A. Ascoli, Milano, 1903, 723 ss.; vd. anche

afferma in particolare Solazzi, si sono in proposito «sbizzarriti Alcuni hanno preteso di darne una giustificazione razionale; altri lo fanno derivare da motivi di pratica utilità; altri ancora tirano in campo gli antichi metodi di letterale, rigorosa interpretazione; i più avveduti ricorrono a spiegazioni storiche. Un'opinione demolisce l'altra. E più d'un romanista proclama che la tormentata regola è un enigma»³⁵.

A prescindere da quelle che Bonfante qualifica «opinioni trascendentali» che, basandosi sul binomio legge – testamento come cause di delazione, ravvisano il fulcro dell'incompatibilità nel fatto che l'una rappresenta la volontà sociale e l'altra quella individuale³⁶, c'è stato infatti chi ha individuato in tale incompatibilità un 'fondamento storico', ritenendo appunto che essa scaturirebbe dal carattere del più antico testamento: il *testamentum calatis comitiis*, visto come una *lex specia-*

³⁵ Così ancora S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 214.

³⁶ In tal senso E. GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, II, Berlin, 1825, rist. Aalen, 1963, 451 s.; M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System der Zivil- und Kriminal Rechtes wie-Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, II, Leipzig, 1883, 381 ss.; F. SENN, *La notion d'heres suus' et la règle 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, in *RHD*, XXXVI, 1958, 59 ss., sostiene invece che la successione dei *sui* è una successione naturale, mentre quella testamentaria, trovando il suo fondamento nello *ius civile* sarebbe artificiale e, come tale, incompatibile con la prima. Sulla discutibilità di questa tesi cfr. comunque già M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 41, nt. 66.

zio di una sia pur rudimentale attività di scambio, si rafforzò determinando conseguentemente la sua evoluzione verso un individualismo sempre più marcato, di cui l'istituto del testamento rappresenta senza dubbio una estrinsecazione peculiare²⁰, ciò comunque non dovette fare dello stesso, almeno in origine, uno strumento escogitato per la nomina di *extranei*. Contro questa opinione depone infatti la stessa legge decemvirale, in cui il carattere familiare dell'arcaica *successio* viene messo in evidenza proprio dal versetto contenuto in Tab. 5.4-5, per la posizione occupata dal *suus* nel sistema successorio: ivi, invero, da un lato si ribadisce la preminenza dei *sui* nella successione intestata, dall'altro si riserva soltanto ad essi la qualifica di *heredes*, usando per l'*adgnatus proximus* e per i *gentiles* l'espressione *familiam habeto – familiam habento*.

Come può allora supporre che il legislatore decemvirale abbia potuto introdurre o, addirittura, riconfermare il presunto ruolo prioritario della libertà di testare a favore di estranei?

Né appare privo di significato il fatto che dalle pur poche testimonianze che abbiamo a disposizione si tragga come ancora nel III sec. a.Cr. si fosse soliti, in assenza di prole naturale, anziché far testamento direttamente a favore di un estra-

²⁰ Sul punto cfr. per tutti F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto privato romano*, in *Annuario di diritto comparato*, XVI, 1941, 1 ss.; F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, trad. it. a cura di V. Arangio-Ruiz, Firenze, 1946, 127 ss.

neo, adottarlo, facendogli pertanto assumere preventivamente la qualifica di *suus*. In tal senso testimoniano alcuni brani plautini, tratti dai *Menaechmi* e dal *Poenulus*²¹. Nella prima *fabula*, infatti, si racconta di un fanciullo trovato abbandonato che viene rapito da un commerciante il quale lo adotta e successivamente lo istituisce erede; la seconda, similmente, tratta di un fanciullo rapito e successivamente venduto ad un anziano signore che ne fa un figlio adottivo ed un erede:

*Men. prol. vv. 57-62: Epidamniensis ille, quem dudum dixeram, / Geminum illum puerum qui surrupuit alterum, / Ei liberorum, nisi divitiae, nil erat. / Adoptat illum puerum surrupticium / Sibi filium, eique uxorem dotatam dedit, / Eumque heredem fecit*²², *quom ipse obiit diem;*

²¹ Sulla vecchia questione dell'attendibilità delle commedie plautine ai fini della conoscenza del diritto romano rinviamo ai nostri *Studi*. I, cit., 114 ss., part. nt. 13. *Adde* sul tema, più di recente, C. VENTURINI, *Plauto come fonte giuridica: osservazioni e problemi*, in *Plauto testimone della società del suo tempo*, Napoli, 2002.

²² Di contro a quanti, in passato, hanno avanzato dubbi sull'uso tecnico dell'espressione *heredem facere*, intesa appunto come riferentesi all'*institutio heredis* del figlio adottivo, riteniamo che l'utilizzo del verbo *facere* chiaramente denota un comportamento attivo tenuto dal *de cuius*, volto appunto all'istituire un erede e non al lasciare un erede, nel quale ultimo caso Plauto avrebbe plausibilmente fatto ricorso più efficacemente ad altro verbo, come *relinquere*: cfr. *Aulularia*, prol. vv. 11-12.

Ed ancora, non si apre la successione intestata, finché non sia esclusa la possibilità della successione testamentaria:

Ulp. 46 *ad ed. D. 29.2.39: Quam diu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur;*

Paul. 10 *quaest. 50.17.89: Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur;*

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Iustae C. 6.59.8 (a. 294): *Antequam scriptus cuiuscumque portionis capax repudiet hereditatem vel alia ratione quaerendae facultatem amittat, ei qui testamentum reliquit intestato nemo succedit ...*

Tale regola è stata sentita dai giusromanisti «come una stranezza»³³, soprattutto alla luce delle moderne codificazioni, come la nostra, appunto, che, seguendo l'impostazione del codice del 1865 che all'art. 720, comma 2, dichiarava: *non si fa luogo alla successione legittima se non quando manchi in tutto o in parte la testamentaria*, all'art. 457, comma 2, afferma, come si è visto, che *non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria*. Da qui l'esigenza di cercare il fondamento di quello che a loro giudizio era un «singolarissimo principio romano»³⁴. Gli studiosi,

³³ In tal senso part. S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 214.

³⁴ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 214.

Il principio, come può ben notarsi, è già conosciuto in età tardo-repubblicana e rimane inalterato fino al IX secolo³².

A questa regola non mancano di aggiungersi poi ulteriori corollari. Ed invero, se l'istituzione d'erede è limitata ad una parte soltanto dell'eredità, l'erede testamentario subentrerà nell'intero asse, escludendosi che la parte residua possa andare all'erede *ab intestato*:

Ulp. 7 *ad Sab.* D. 28.5.13.2-3: *Denique si minus distribuit, potestate iuris in hoc revolvitur: ut puta si duos heredes ex quadrante scripserit: nam hereditas eius residua accedit, ut ex semissibus videantur scripti. Sed si alter ex quadrante, alter ex semisse scripti sunt, qui accedit quadrans pro partibus hereditariis eis adcrevit;*

I. 2.14.5: *Si unum tantum quis ex semisse verbis gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit.*

³² La letteratura che sull'argomento si è venuta accumulando negli ultimi due secoli è, ovviamente, molto vasta. Riservandoci di richiamarci ad essa nei luoghi opportuni, riteniamo per il momento di rinviare il lettore, a titolo puramente orientativo, alla trattazione del principio nei principali Corsi di diritto ereditario: in proposito cfr. part. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni*, Roma, 1930 (rist. Milano, 1974, 216 ss.); S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, 212 ss.; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 27 s.; 42; 53 ss.; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Milano, 1949, 340 ss.; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954, 161 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, 496 ss.

Poen. prol. vv. 72-77: Ille qui surripuit puerum, Calydonem avehit; / Vendit eum domino hic diviti quoidam seni, / Cupienti liberorum, osori mulierum. / Emit hospitalem is filium imprudens senex / Puerum illum, eumque adoptat sibi pro filio / Eumque heredem fecit, quom ipse obiit diem. / ... vv. 119-120: Ille qui adoptavit hunc pro filio sibi, / Is illi Poeno huius patruo hospes fuit. / IV.2 v. 904: Is in divitias homo adoptavit hunc, quom diem obiit suum.

In entrambi i casi, dunque, è chiaro il riferimento alla preventiva adozione di uno schiavo proprio per opera del rispettivo padrone²³ ed alla sua successiva istituzione d'erede²⁴.

²³ Quella di adottare, in qualità di figli, gli schiavi propri o altrui doveva essere un'usanza ampiamente diffusa nella pratica quotidiana, visto che Plauto su di essa incentra la trama di ben due commedie che, in quanto destinate ad un pubblico 'eterogeneo', era logico facessero riferimento ad istituti conosciuti per diffusione e risalenza. In tal senso ci siamo già espressi nei nostri *Studi*. I, cit., part. 116 s., ntt. 117-118 (ivi bibliografia). Sul punto, successivamente, *amplius* C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'. I. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, Milano, 1990, 59 ss., la quale, oltre a condividere l'opinione della romanità dell'*adoptio servi*, ne evidenzia l'alta antichità, connessa alla considerazione che questo genere di adozioni presupponeva una concezione della schiavitù ancora fondamentalmente 'domestica', per cui gli schiavi erano considerati membri della famiglia del *dominus*, con lui conviventi alla stregua dei figli. Sull'argomento vd. però anche D. DALLA, *L'adoptio' servi tra manomissione e ado-*

Questa circostanza è un chiaro indizio di una prassi diffusa ancora all'epoca del Sarsinate, secondo la quale per istituire nel proprio testamento un estraneo, anche se schiavo, si preferiva creare preventivamente un artificiale vincolo di *patria potestas*.

Ora, sia il carattere familiare dell'antica *successio*, confermato, come si è detto, da Tab. 5.4-5, sia le testimonianze su riferite ci inducono ancora oggi ad accettare l'opinione di quanti ritengono che il testamento arcaico non fosse nato per istituire un estraneo, ma fosse solo un espediente volto ad effettuare una scelta tra i *su*²⁵. Una sup-

zione nelle norme giustiniane, in *Scritti in onore di A. Falzea*, IV, Milano, 1991, 233 ss., part. 238.

²⁴ L'*institutio heredis* è un istituto tipicamente romano; di esso non si ha infatti traccia nel diritto greco: cfr. per tutti G. SEGRÉ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, Roma, 1930, 11 ss.; A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 118.

²⁵ Cfr. gli autori citati nei nostri *Studi I*, cit., 118, nt. 119. Concordiamo pertanto con quanti ritengono che il testamento, sin dalle origini, fosse caratterizzato dall'*institutio heredis*: cfr. per tutti B. ALBANESE, *Prospettive negoziali*, cit., 1622 ss. Non sono tuttavia mancate in passato prese di posizioni differenti, come quella che fa capo, tra gli altri, a O. LENEL, *Zur Geschichte der 'heredis institutio'*, in *Essays in legal history*, Oxford, 1913, 120 ss. (ora in *Labeo*, XII, 1966, 358 ss.), del testamento come disposizione di attribuzione del patrimonio con gli stessi effetti del successivo *legatum per vindicationem*, ond'è che il Lenel e altri hanno parlato di «Legatentestament»; o quella del testamento adozione, ancora di recente sostenuta ad es. da M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., 390, secondo cui il testamento più antico sarebbe stato una sorta di *adrogatio*, volta a trasferire beni e relazioni

2. *L'affermarsi del principio 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest' ed il suo plausibile fondamento.*

Le considerazioni fatte nel § precedente consentono adesso di affrontare con maggiore consapevolezza la questione principale del nostro studio e cioè quella relativa all'incompatibilità esistente tra le due cause di delazione, incompatibilità denunciata dai giuristi romani e che ha portato al consolidarsi dell'aforisma *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Le fonti più significative sono le seguenti:

Cic. *de inv.* 2.21.63: *Unius ... pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec umquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento alius lege heres esset;*

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: *Οὐ δύναται παγανὸς καὶ ἐκ διαθήκης καὶ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖσθαι.*

sa la prassi dell'istituzione testamentaria del *filius*, nulla impediva al *de cuius* che avesse *sui* di non testare e, conseguentemente, di morire *intestatus*. L'inciso *cui suus heres nec escit*, dunque, aggiunge qualcosa in più rispetto alla situazione prospettata nella prima parte del brano con le parole *si intestato moritur*³⁰. Queste ultime, se riferite al caso in cui il *pater* non avesse voluto o potuto fare testamento, pur in presenza di *sui*, rendevano infatti opportuno al legislatore decemvirale specificare il soggetto che avrebbe avuto diritto di subentrare nella situazione complessiva del defunto. Ed i decemviri, confermando il diritto di eredità nell'orbita della sfera strettamente familiare, chiamano pertanto alla successione i *sui* in posizione di parità tra di loro e di conseguente priorità rispetto all'*adgnatus proximus* ed ai *gentiles*, ai quali, tra l'altro, riservano semplicemente il *familiam habere*, cioè la legittimazione ad impossessarsi dei beni ereditari, intesa quale presupposto per l'esercizio della potestà ereditaria e, conseguentemente, per l'acquisto del titolo di *heres*³¹.

³⁰ Non convince pertanto l'osservazione di G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus*, cit., secondo cui «se *heres* ... fosse stato solo il *suus*, sarebbe stata superflua la menzione dell'*intestato*».

³¹ Sull'importanza da attribuire alla distinzione tra l'*heres esse* ed il *familiam habere* rinviamo alle pagine dei nostri *Studi*. I, cit., 120 ss., part. 127 ss.

posizione, questa, ulteriormente avvalorata dalla funzione che è plausibile abbia avuto l'antica *mancipatio familiae*²⁶, ove infatti l'impiego dello schema del negozio fiduciario fra vivi ai fini della pianificazione successoria *post mortem*, adattamento speciale a scopi dispositivi testamentari del più antico

all'adottato, cui il testatore assegnava pubblicamente il titolo di erede. Tale atto, destinato comunque ad avere effetti dopo la morte del *pater* adottante, farebbe in ogni caso pensare, a giudizio dell'a., «che l'archetipo della *familia proprio iure* abbia dominato nell'età più antica la successione ereditaria e che quindi la via obbligata per il testamento sia stata quella di creare la condizione giuridica di *filius familias*, vale a dire di *heres suus*, secondo il lessico della successione *ab intestato*». Anche per Brutti però risulta difficile affermare «se in presenza di *filii in potestate* si potesse scegliere un altro, al di fuori della *familia*, e preferirlo come erede. Ciò forse in una prima fase non era possibile», anche se, a suo giudizio, la successiva pratica della *exhereditatio*, quando venne accolta dai *mores*, avrebbe dato una maggiore autonomia alla volontà del testatore.

²⁶ Nella *mancipatio familiae*, invero, v'è un'effettiva 'contaminazione' di un negozio fra vivi con un negozio *mortis causa*, ove appare palpabile la proiezione dei due versetti decemvirali: quello relativo alla *mancipatio* (Tab. 6.1: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*) e quello sul *legatum* (Tab. 5.3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*): cfr. F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, Napoli, 2002, 47 s.; vd. altresì B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, IV. *'Cum nexum faciet mancipiumque'*, in *AUPA*, XXXII, 1992; ID., *Osservazioni su XII Tab. 5.3 ('Uti legassit ... , ita ius esto')*, in *AUPA*, XXXV, 1998, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Palermo, 2006, rispettivamente, 86 ss.; 507 ss., e, più di recente, S. PIETRINI, *Deducto usu fructu'. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008, 64 ss.

istituto della *fiducia cum amico*²⁷, non avrebbe avuto altro scopo che quello di trasferire *inter vivos* il patrimonio ad un amico fiduciario, appunto, perché questi, alla morte del *de cuius*, lo ritrasferisse al *suus*, ormai *sui iuris* e quindi capace di ricevere per sé, designato dal testatore, o lo dividesse tra i *sui* non in parti uguali, come previsto da Tab. 5.4, ma nella maniera voluta dal disponente, come sembra far supporre la frase gaiana *quid cuique dari vellet*²⁸.

Sorto con tale funzione e diffusosi nella prassi, il testamento dovette inoltre rappresentare col tempo uno strumento di cui il *de cuius* si sarebbe potuto avvalere anche nel caso in cui avesse avu-

²⁷ Così, efficacemente, F. TREGGIARI, 'Minister', cit., 44 ss., part. 47. *Contra* vd. però F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 297 ss., la quale, tra l'altro, ritiene che l'archetipo del *testamentum per aes et libram* abbia avuto origine predecemvirale (vd. part. 238 ss.; 380 ss.).

²⁸ Gai 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.* 103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur ...* Sul punto *amplius* G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla funzione della 'mancipatio familiae'*, in *Iura*, L, 1999, 161 ss.

to un unico figlio, supposizione anch'essa avvalorata dalle non trascurabili testimonianze plautine: non solo quelle alle quali si è fatto prima riferimento, relative alla preventiva adozione di uno schiavo ad opera del rispettivo padrone al fine di una sua successiva istituzione ad erede, bensì pure quelle che, più semplicemente, riguardano l'istituzione dell'unico figlio del testatore. Si leggano, infatti, in proposito i seguenti versi del *Curculio*:

V.2. vv. 636-639: *Pater meus habuit Periphanes. / Is prius quam moritur mihi dedit tamquam suo, / Ut aequum fuerat, filio ... / Et iste*²⁹ *me heredem fecit.*

La formale nomina anche dell'unico figlio avrebbe permesso infatti al *pater* di dettare, nel suo atto di ultima volontà, disposizioni accessorie (quali nomina di un tutore per lo stesso figlio impubere, legati e quant'altro) che, altrimenti, non avrebbero potuto avere vita autonoma. Il che potrebbe altresì spiegare la preminenza che nella Tab. 5.4-5 si assegna alla successione testamentaria sull'intestata e, conseguentemente, la presenza del termine *intestato*, visto che, pur essendo diffu-

²⁹ Accogliamo la lettura dei codici accettata anche da W.M. LINDSAY, 'Plauti Commoediae', I, Oxonii, 1904, rist. 1952. Altri, però, sulle orme di F.H. BOTHE, in luogo di *iste*, legge *isti*: così A. ERNOUT, *Plaute*, III, Paris, 1935; ed altri ancora, sulle orme di F. LEO, legge *isto*: così P. NIXON, 'Plautus', II, London, 1917, rist. 1965.

5. ... e all'evolversi della parentela cognatizia: la 'bonorum possessio contra tabulas'.

D'altronde, non bisogna dimenticare che all'assioma *nemo pro parte testatus etc.* si richiamano con energia pure i giuristi successivi all'epoca ciceroniana, com'è attestato dal già riferito brano di Pomponio, tratto a sua volta da un libro di commento a Sabino e inserito dai Compilatori nel titolo del Digesto riservato alle *regulae iuris*, in cui appunto la nostra *regula*, in cui Cicerone aveva individuato qualcosa di eterno ed immutabile (*nec unquam factum est*), viene vista ancora come qualcosa di logico ed ineluttabile (*naturalis pugna*), segno evidente di come pure per gli esponenti della giurisprudenza classica alla volontà del defunto, espressa nell'*institutio heredis*, seppur limitata ad una parte dei beni ereditari, dovesse attribuirsi un'efficacia estensiva.

Ma gli stessi giuristi cercarono altresì di tener conto delle aspettative di quanti, legati da vincoli di parentela agnatizia, fossero stati ingiustamente esclusi dal testamento tentando, là dove fosse possibile, attraverso l'espedito dell'*ius adcrendi in partem*, di contemperare le esigenze di questi ultimi col rispetto della volontà del *de cuius*.

Un orientamento analogo si venne profilando anche tra i detentori del potere giurisdizionale: i pretori, da sempre visti come gli 'sponsor' per eccellenza delle nuove esigenze sociali.

epoca giustiniana, come risulta dai testi del Digesto⁶² e, soprattutto, delle Istituzioni⁶³ che ad essa fanno esplicito riferimento.

Bene, essendo il testamento romano, a differenza di quello greco (*διαθήκη*), fondato sull'*heredis institutio*, esso non fu diretto ad una mera distribuzione dei beni, quanto piuttosto a designare il successore o i successori nella posizione giuridica del defunto. In ultima analisi, anche qualora il testatore non avesse assegnato all'erede tutto il suo patrimonio, ugualmente la qualifica di *heres* implicava l'attribuzione di una qualità personale, quella di *heres*, appunto, avente un significato preciso e non equivoco: *heres* è il *successor in locum et ius*, a prescindere dal fatto che l'acquisto di questa qualità personale avesse come effetto anche l'acquisto del patrimonio o di parte dello stesso.

In ciò sta dunque il fondamento della regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*: il testatore non poteva nominare un erede o più eredi *pro parte*, lasciando che per la parte restante subentrasse l'erede legittimo. L'esplicito ri-

⁶² Cfr. Marcel. 29 *dig.* D. 28.4.3 *pr.*: *Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet*; Mod. 2 *pand.* D. 28.6.1.3: ... *nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet*; Pap. 15 *quaest.* D. 29.7.10: ... *ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit ...*; Paul. 5 *ad legem Iuliam et Papiam* D. 29.7.20: *Iulianus ait tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est ...*

⁶³ I. 2.20.34: ... *quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt et ob id veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

conoscimento della qualità di *heres* da parte del disponente escludeva che la stessa potesse essere attribuita anche dalla legge⁶⁴.

3. *L'istituzione dell'heres extraneus' ed il consolidarsi della pratica della 'exheredatio'.*

La dottrina sostiene che «il principio di incompatibilità tra successione legittima e testamentaria, come tutti i principi che derivano dalla arcaica tradizione», sia stato «gradatamente demolito non per mezzo di enunciazioni generali, ma piuttosto nel modo consueto romano, cioè attraverso singole eccezioni e deviazioni, introdotte a misura che si presentava la necessità pratica». Il

⁶⁴ P. VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 97 (ma vd. anche 498 ss.), insiste invece sull'aspetto patrimonialistico del fenomeno successorio affermando che sia la *mancipatio familiae* che il *testamentum per aes et libram* «sono, nella loro forma esterna, atti di disposizione totale: la dichiarazione del *familiae emptor* riguarda, in tutt'e due i casi, l'intero patrimonio del disponente. .. Infatti, pur se il testatore non ha, con l'*heredis institutio*, esaurito tutto il suo patrimonio, la disposizione totale si trova già stabilita nella formalità esterna dell'atto: donde l'impossibilità di una delazione parziale in favore degli eredi *ab intestato* ...». E in questa direzione sembra muoversi anche F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 327 s. e nt. 702, e gli aa. ivi citati. Certo, pure quest'aspetto formale è da tenere in considerazione; resta comunque anche il fatto che l'*heres institutus* è in ogni caso *successor in locum et ius*, a prescindere dalla quantità dei beni a lui effettivamente assegnati dal testatore.

Infatti, se contro gli eredi estranei la *querela* avrebbe avuto come effetto la rescissione totale del testamento, a tutto vantaggio del postumo, che sarebbe divenuto *heres ab intestato ex asse*, intentata contro i fratelli, essa non avrebbe avuto altro risultato se non quello di attribuire al postumo querelante solo una quota virile, restando salve le quote lasciate ai fratelli per testamento, in quanto anch'essi cognati della testatrice. Pertanto, onde evitare di intaccare con la *querela* il testamento, gli Imperatori, probabilmente dietro suggerimento degli stessi giuristi¹⁰⁶, adoperarono la finzione, dedotta per analogia, del *ius ad crescendi in partem*¹⁰⁷; il che però fecero, a nostro avviso, non per mantenere saldo il principio dell'incompatibilità tra le due cause di delazione, quanto piuttosto per salvare, nei limiti del possibile, le disposizioni testamentarie facendo nel contempo salvi i diritti del postumo.

¹⁰⁶ Sul ruolo svolto dai giuristi nelle decisioni prese dalla cancelleria imperiale dell'età dei Severi cfr. per tutti L. DE GIOVANNI, *Istituzioni Scienza giuridica Codici nel mondo Tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 81 ss., con bibliografia.

¹⁰⁷ Vd. in proposito, tra gli altri, anche C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 65 s.; P. VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., II, Milano, 1963, 701 s.; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 235, nt. 108.

maternum fatum imputari potest, perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset. 2. Sin autem heredes scripti extranei erant, tunc de inofficio testamento actionem instituere non prohibetur.

Nell'ipotesi esaminata nel *principium*, la madre aveva, sì, fatto testamento a favore degli altri figli prima della nascita del postumo, ma successivamente avrebbe potuto rifarlo. Di conseguenza, il non averlo rifatto, implica indirettamente che ella l'abbia voluto preterire: al postumo sarà quindi concesso di esperire la *querela inofficiosi testamenti*.

Ad analogo risultato si perviene nel caso contemplato nel § 2, in cui la madre, morta in puerperio, non aveva avuto la possibilità di rifare il suo precedente testamento, in cui aveva istituito però degli estranei.

Nell'ipotesi esaminata invece nel § 1, essendo sempre morta la madre in puerperio, senza avere perciò potuto rifare il testamento, in cui nondimeno aveva istituito gli altri suoi figli, il postumo concorrerà con i fratelli per una quota virile *ac si omnes filios (mater) instituisset*, non necessitando qui l'esperimento della *querela*.

La differenza esistente tra il caso prospettato nel § 2 e quello del § 1 è che in quest'ultimo gli Imperatori avrebbero deciso sulla base della stessa finzione dell'*ius adcrendi in partem*, di cui ci parla Gaio (2.124) a proposito della preterizione, ad opera di un testatore, della figlia o dei nipoti.

che costituirebbe «un fenomeno costante nello sviluppo del diritto romano, per cui un principio tradizionale è riportato ancora nel *Corpus Iuris* accanto a numerose e gravi deviazioni che in massima parte» l'avrebbero «sopraffatto»⁶⁵.

Ora, a nostro avviso, questa impostazione della questione non è del tutto condivisibile. La *regula* della quale si discorre, infatti, ha come soggetto destinatario il *de cuius* il quale, appunto, nel momento in cui nomina un *heres* si presume abbia perciò stesso voluto escludere dalla successione quanti a questo titolo avrebbero potuto aspirare in base alla legge⁶⁶. Sotto questo profilo essa presenta allora una sola eccezione di ampia portata: quella relativa al testamento del militare, il quale, come vedremo, può anche testare solo in parte, in guisa che per la parte per cui non abbia disposto si apre la successione legittima. Ad essa soltanto, infatti, si richiama Giustiniano (I. 2.14.5). Le altre ipotesi alle quali fa riferimento la dottrina, e che tra breve passeremo in rassegna, non possono considerarsi violazioni alla *regula* in quanto il risultato al quale pervengono, e cioè la

⁶⁵ Così, part. B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., 161 ss.; ma vd. anche P. BONFANTE, *Corso*, cit., VI, cit., 223 ss.; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 220 ss.; 226 ss.; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 53 ss.; C. FADDA, *Concetti*, cit., I, cit., 343 ss.; 360 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 497 s.

⁶⁶ In tal senso del resto vd. già, sulle orme del Seuffert, tra gli altri, C.F. MÜHLENBRUCH, *Continuazione commentario*, cit., 733 s., e E. RABEL, *Die Erbrechtstheorie Bonfantes*, in *ZSS*, LXIII, 1930, 306 ss.

coesistenza di eredi testamentari e legittimi, non dipende da una manifestazione di volontà del disponente, bensì piuttosto da iniziative intraprese da soggetti a lui legati da vincoli di *adgnatio* o di *cognatio*.

Per avere una più consapevole visione del sorgere e dello svilupparsi di quest'ultimo fenomeno, che indusse appunto i legittimari ad intervenire andando contro la volontà del *de cuius* espressa nel testamento, occorre spendere qualche parola su una prassi, che proprio all'epoca dell'Arpinate doveva essere ormai ampiamente diffusa: quella dell'istituzione dell'*heres extraneus*.

Ed invero, fin tanto che l'*heres* designato fosse stato uno dei discendenti diretti del testatore, nulla avrebbero potuto reclamare gli altri *sui* se non di essere formalmente diseredati, né tanto meno nessuna pretesa avrebbero potuto avanzare gli *adgnati* di grado ulteriore, che la stessa legge decemvirale poneva in una posizione subordinata rispetto ai *sui*. Ma nel momento in cui il testatore, in base all'ampia autonomia lasciatagli dall'ordinamento, sconvolgendo l'ordine naturale e giuridico, diseredando i *sui*, fossero essi i suoi discendenti di sangue o adottati, avesse istituito un *extraneus* alla famiglia *proprio iure*, o addirittura un *extraneus* 'tout court', la sua volontà inevitabilmente dovette fare i conti con chi quell'ordine legale, ed i legami agnatizi che esso tutelava, personificava.

Certo, non è possibile individuare il preciso momento storico in cui ciò avvenne. È plausibile

Una decisione, questa, che dimostra come ancora il figlio non era stato chiamato *iure civili* alla successione intestata della madre, nel qual caso appunto il testamento sarebbe stato considerato, come afferma Paolo nella chiusa del passo, *inofficiosum* e, quindi, totalmente invalido¹⁰⁵.

Gli effetti del S.C. Orfiziano, invece, sono alla base della decisione contenuta nel seguente rescritto di Severo e Antonino:

Impp. Severus et Antoninus AA. Ianuario C. 3.28.3 (a. 197): *Si mater filiis duobus instituit tertio post testamentum [suscepto] <nato>, cum mutare idem testamentum potuisset, hoc facere neglexisset, merito utpote non iustis rationibus neglectus de inofficioso querellam instituire poterat. 1. Sed cum eam in puerperio vita cecidisse proponas, repentini casus iniquitas per coniecturam maternae pietatis emendanda est. Quare filio tuo, cui nihil praeter*

¹⁰⁵ Sul passo vd. anche G. VISMARA, *Appunti*, cit., 52 s., a giudizio del quale il brano confermerebbe l'esistenza, già nel diritto classico, di deroghe al principio che richiedeva l'*heredis institutio* come requisito per la validità del testamento, dichiarando appunto validi, l'Imperatore, *libertates et legata*, pur non essendo valida l'*institutio heredis*. Ma il provvedimento è eccezionale, essendo semplicemente volto a sanare l'errore dell'ereditanda, dal momento che ancora a quell'epoca il figlio non era considerato erede *iure civili* della madre. Tant'è che Paolo, o chi per lui, fa rilevare l'anomalia del responso, essendo indubitabile che, aprendosi la successione intestata, libertà e legati dovessero rimanere travolti. In questa direzione vd. pure L. DI LELLA, *Querela*, cit., 234 ss., ove altra bibliografia sul passo, cui *adde* S. QUERZOLI, *I testamenta*, cit., 141, nt. 108.

*tum patris quodammodo ex parte iure adcrecendi evertat et ipsa quasi scripta legatis supponeretur ...*¹⁰⁴,

un espediente adottato comunque solo in caso di *praeteritio* di figlie e nipoti che nella *communis opinio* continuavano ad avere una posizione secondaria, ai fini successori, rispetto ai discendenti maschi e che quindi non potevano aspirare ad ottenere la rescissione totale del testamento.

L'esigenza di tutelare le aspettative di prossimi congiunti del testatore, anche se non eredi civili dello stesso, salvando nel contempo le disposizioni accessorie al testamento, fu sentita anche dalla legislazione imperiale. Ad essa si ispira infatti Adriano nel provvedimento di cui abbiamo memoria grazie ad un famoso passo di Paolo:

Paul. *l. sing. de septemvir. iud.* D. 5.2.28: *Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. Hic illud [adnotatum] <adnotandum> quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*

Una madre, credendo morto il figlio militare, istituisce eredi degli estranei. Bene, Adriano decreta che l'eredità debba andare al figlio, ma che libertà e legati debbano comunque essere prestati.

¹⁰⁴ Sul testo vd. S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 222, nt. 2; L. DI LELLA, 'Querela', cit., 105 nt. 133.

comunque supporre che la nomina dell'*heres extraneus* fosse divenuta un fenomeno ricorrente in seguito alla trasformazione cui andò incontro la società romana, da società agricolo-pastorale in società commerciale e mercantile, di cui si è più su discusso, e che portò con sé il tramonto delle più antiche forme di testamento e la trasformazione della *mancipatio familiae* in *testamentum per aes et libram*⁶⁷. Nella sua nuova forma, in cui viene introdotta l'*institutio heredis*, la *mancipatio* risulta infatti ormai svuotata del suo contenuto: la si dichiara pertanto compiuta solo *testamenti faciendi causa* e il *familiae emptor* si riduce a mero figurante: .. *nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*, mentre importanza fondamentale assume la volontà espressa dal testatore, che qualifica l'atto come testamento, formula appunto l'istituzione d'erede ed enuncia le disposizioni minori.

E se in una prima fase nella c.d. *nuncupatio* il testatore esponeva tutte le sue disposizioni, che erano così affidate alla memoria dei *testes*, successivamente, in una realtà ancora più spregiudicata e caratterizzata da una accresciuta complessità dei rapporti, l'esigenza che si sentì fu diversa e fu quella di affidare le disposizioni ad uno scritto: le

⁶⁷ In proposito vd. per tutti S. SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo allo studio delle forme testamentarie*, I, Milano, 1982, 106 s., nt. 100, con ampia esposizione della letteratura sul punto.

tabulae testamentariae, che ne assicurassero la certezza, e nel contempo anche, se del caso, la segretezza⁶⁸. Questa evoluzione⁶⁹, su cui si basa l'espo-

⁶⁸ Questo profilo appare ben scandito soprattutto da Teofilo nella sua Parafrasi alle Istituzioni di Giustiniano 2.10.1. Sui rapporti tra testamento orale e segreto e, in particolare, sulla funzione probatoria o costitutiva delle *tabulae testamenti* vd. comunque per tutti ancora S. SERANGELI, *Studi*, cit., 40 ss.; adde M. TALAMANCA, *D.* 29,7,20 (*Paul. 5 ad L. Iul. et Pap.*): *oralità e scrittura nel 'testamentum per aes et libram'*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Bâle-Genève-Munich, 1999, 73 ss.; F. TERRANOVA, *Osservazioni*, cit., 323 ss.

⁶⁹ Connette il sorgere dell'incompatibilità tra successione testamentaria e intestata allo svilupparsi del *testamentum per aes et libram*, di recente, pure M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 13 ss., ma attraverso una ricostruzione diversa dalla nostra. Secondo l'a., infatti, se le XII Tavole prendevano in considerazione la figura dei *sui heredes* (Tab. 5.4-5), allora dovevano esistere anche *heredes* che non erano *sui* e che non erano né *agnati*, né *gentiles*, in quanto per questi ultimi la legislazione decemvirale non adoperava l'espressione *heredes sunt*, ma quella *familiam habent*. A giudizio di Pérez Simeón gli altri *heredes* sarebbero stati i testamentari. Gli antichi testamenti, *calatis comitiis* ed *in procinctu*, tuttavia, non avrebbero avuto la funzione di istituire eredi estranei, ma sarebbero stati delle *adrogationes* comportanti la *detestatio sacerorum* da parte dell'arrogato davanti ai comizi ed aventi efficacia sospesa sino alla morte del testatore. In ultima analisi, l'*heres* di un testamento comiziale non avrebbe occupato la stessa posizione giuridica dei figli in potestà, non sarebbe stato cioè un *heres suus*. L'espressione *si intestato moritur, cui suus heres nec escit* avrebbe dunque significato che solo un *pater familias* patrizio, privo di *sui*, poteva istituire un erede testamentario. La giurisprudenza pontificale poste-

aggiungevano agli *heredes scripti*, come se tutti insieme fossero stati menzionati nel testamento¹⁰³, siamo dell'avviso che questa soluzione nulla abbia a che fare col tentativo di salvare il principio di incompatibilità tra le due cause di delazione che, come si è più su messo in evidenza, riguardava il disponente e non i destinatari dell'eredità. Il motivo pratico di tale finzione risiedeva semplicemente nel fatto che solo con tale espediente, pur non rispettando totalmente la volontà del *de cuius*, si salvavano comunque le disposizioni accessorie alla *institutio heredis*, come i legati, che, altrimenti, sarebbero state destinate a cadere con l'intero testamento, come attesta ancora la costituzione giustiniana innanzi richiamata:

C. 6.28.4.1: ... *filia autem praeterita ius adcrendi ex iure vetere accipiebat, ut eodem momento et testamen-*

¹⁰³ In questo senso, tra gli altri, C. APPLETON, *Le testament*, cit., 100; P. BONFANTE, *Corso*, cit., VI, cit., 182 nt. 2; L. DI LELLA, 'Querela', cit., 105; ma, soprattutto, S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 221; 222 nt. 2; 228, il quale a ragione trae conferma di questa soluzione dal *Frag. de iure fisci*, 11 (*FIRA*, 2, 629): *Caesare a liberto suo ex asse herede instituto filia iure ad semissem vocatur: cum extraneis vero instituto filia ex semisse extraneis, non etiam Caesari adcrendi. Quod si plus semisse Caesar accepit, in id quod plus est etiam Caesari adcrendi*. In proposito, infatti, Solazzi afferma che «Se la figlia divenisse erede *ab intestato* dovrebbe concorrere con tutti gli eredi testamentari; invece essa è aggiunta, ove ne sia il caso, ad alcuni eredi testamentari, e a questo risultato non si arriva se non immaginando che la figlia sia stata chiamata dal testatore insieme con gli eredi ai quali *adcrendi*» (p. 221 nt. 1).

La regola esposta da Gaio ha posto tuttavia in dottrina un quesito non trascurabile: se la figlia ed i nipoti *ex filio* (di ambo i sessi) dell'ereditando, pretermessi nel testamento, godevano di un *ius adcrendi in partem*, cioè il diritto di concorrere con gli eredi scritti, per la metà dell'asse o per la quota virile, a seconda che gli istituiti fossero estranei o *sui heredes*, è forse possibile individuare in questa disciplina una rottura del principio di incompatibilità tra le due cause di delazione?

Si è allora risposto che, anche se solo dal punto di vista formale, il principio rimaneva ancora saldo, e ciò proprio per salvare la validità del testamento, evitando nel contempo l'apertura della successione legittima. Anche grazie al suggerimento della stessa giurisprudenza, i giudici centumvirali avrebbero dunque deciso sulla base di una finzione: quella secondo la quale la figlia e gli altri *liberi* preteriti venivano considerati come se fossero stati istituiti nel testamento, per cui essi andavano ad aumentare il numero degli eredi testamentari. Non si sarebbe posto un erede *ab intestato* accanto al testamentario, ma si sarebbe forzata la volontà testamentaria facendovi rientrare i preteriti. Si parla infatti di *ius adcrendi in partem*.

Ora, pur concordando con quanti ritengono che *adcrendi* qui sta a significare che i preteriti non succedevano come *heredes ab intestato*, ma si

adcrendi in certam portionem). Su di essa cfr. per tutti L. DI LELLA, 'Querela', cit., 102 ss.; M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 252 ss.

sizione istituzionale gaiana⁷⁰, è già presente nei riferimenti ciceroniani⁷¹.

riore alle XII Tavole introdusse tuttavia un nuovo modo di disporre *mortis causa* dei propri beni: la *mancipatio familiae*, la cui funzione sarebbe stata quella di rendere inefficace la successione legale eliminando il suo oggetto: l'*hereditas*. Attraverso quest'ultima, infatti, sarebbe stato possibile distribuire quote del patrimonio ereditario a titolo particolare. Sempre alla giurisprudenza pontificale si sarebbe dovuta l'ulteriore evoluzione della *mancipatio* in *testamentum per aes et libram*, attraverso cui il *de cuius* attribuiva immediatamente il titolo di *heres* universale alla persona considerata più adatta. Avrebbe dunque avuto gli stessi effetti del *testamentum calatis comitiis*, rispetto al quale però si sarebbe permesso di testare a tutti i cittadini puberi, sia patrizi che plebei. Questa più evoluta forma testamentaria sarebbe inoltre risalita agli anni 400-200 a.Cr., proprio all'epoca in cui sarebbe sorta la regola dell'incompatibilità tra successione testamentaria e legittima. Infatti, a giudizio dell'a., nel testamento *per aes et libram* sarebbe stato possibile istituire più eredi, con la conseguenza che se qualcuno di essi non avesse accettato l'eredità si sarebbe posto il problema della sorte da attribuire alla quota vacante. Ed i pontefici, ispirandosi al precetto decemvirale che vietava la successione da un grado ad un altro e da un ordine ad un altro, avrebbero ugualmente vietato che in mancanza di un erede testamentario si passasse all'erede *ab intestato*, ma, al contrario, avrebbero ritenuto opportuno si applicasse l'accrescimento. Così come l'accrescimento si sarebbe dovuto applicare nel caso in cui il testatore avesse disposto solo di una parte dell'eredità. Vacanza di quota (58 ss.) e istituzione in cosa certa (155 ss.) sarebbero stati dunque i casi in cui il principio avrebbe trovato in concreto applicazione, *favore testamenti*.

⁷⁰ Cfr. part. 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 'familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, 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. Da questa esposizione, tra l'altro, si desume come nella dichiarazione solenne del testatore, attraverso la quale era rispettato il principio dell'oralità, si facesse formale riferimento alle *tabulae*, le quali a loro volta davano notizia dell'avvenuta *mancipatio*, che col tempo, da atto rituale, non è escluso si fosse ridotta a mera clausola di carattere stereotipo, conservando pertanto i suoi sette partecipanti, cioè il *familiae emptor*, il *libripens* ed i cinque testimoni, la funzione di *testes* e *signatores* del testamento, contando fondamentalmente la volontà del testatore racchiusa nel documento. In tal senso infatti M. AMELOTTI, voce *Testamento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1992, part. 461. Sul punto vd. però da ultima anche F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., part. 139 ss.

⁷¹ Cfr. Cic. *de orat.* 1.51.228: *Reprehendebat igitur Galbam Rutilius, quod is C. Sulpici Gali propinqui sui Q. pupillum filium ipse paene in umeros suos extulisset, qui patris clarissimi recordatione et memoria fletum populo moveret, et duos filios suos parvos tutelae populi commendasset ac se, tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati; in Verr. II.1.44.114: ... si tabulae testamenti non proferentur, tum, uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur; 45.117: Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis*

Ma, a prescindere dagli espedienti indiretti utilizzati contro il divieto della *lex Voconia* (oltre al più ovvio, consistente nell'evitare l'iscrizione nelle liste del censo, si pensi al *legatum partitionis* o, appunto, al fedecommesso)¹⁰¹, in ogni caso non può però essere messo in dubbio che il trattamento pari a quello dei figli maschi che le donne raggiunsero nelle successioni intestate, lo dovette ugualmente raggiungere, anche se successivamente, nelle eredità testamentarie. Esso appare infatti già saldo nell'ambito della giurisprudenza classica¹⁰².

enim aestimabat pecuniam non modo non contra leges, sed etiam legibus partam. Quae quidem vel cum periculo est quaerenda vobis; est enim effectrix multarum et magnarum voluptatum. Cfr. ancora L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 106 ss.; M. PÉREZ SIMEÓN, *'Nemo'*, cit., 254.

¹⁰¹ In contrasto con l'improbabile comportamento di Sestilio, Cicerone riporta quello di Sesto Peduceo che, istituito erede da C. Plozio con la preghiera, nota solo a lui, di restituire l'eredità deferitagli alla moglie del disponente *ultra ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatum exposuit hereditatemque reddidit (de fin. 2.18.58)*. Sulla crisi attraversata ai tempi dell'Arpinate dal divieto delle donne di essere istituite eredi di patrimoni ingenti, previsto dalla legge Voconia, cfr. *amplius* E. COSTA, *Cicerone*, cit., I, cit., 224 ss.; F. TREGGIARI, *'Minister'*, cit., 23 ss.

¹⁰² La regola relativa allo *ius ad crescendi in partem*, data per scontata da Gaio, è anche fedelmente riprodotta nei *Tituli ex corpore Ulpiani* 22.17: *Reliquae vero personae liberorum, velut filia nepos neptis, si praeteritae sint, valet testamentum, sed scriptis heredibus ad crescant, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam*. Si vedano inoltre *Ep. Gai* 2.3.1; *Paul. Sent.* 3.4b.8 e I. 2.13 pr. (in cui si parla di *ius*

fatti che contro il provvedimento pretorio mancò alla figlia di P. Annio qualunque giuridico soccorso, essendo stata aggiudicata tutta l'intera eredità paterna all'erede che le era stato sostituito, così come nulla poté fare la figlia di Fadio contro Sextilio che *in testamento ... ab eo rogatum ut omnis hereditas ad filiam perveniret*, addusse tra l'altro a suo favore le disposizioni previste dalla legge Voconia, che egli non si sentiva di trasgredire¹⁰⁰.

cum papilla, leges, aequitas, voluntas patris, edicta praetorum, consuetudo iuris eius quod erat tum cum Asellus est mortuus. Iste praetor designatus ... appellabat heredem L. Annium, qui erat institutus secundum filiam ... dicit se posse ei condonare edicto hereditatem; docet hominem quid posit fieri. ... Iste ad arbitrium eius cui condonabat hereditatem ereptam a liberis quam aequum edictum conscripserit, quaeso, cognoscite. Cum intellegam legem Voconiam Sull'episodio vd. pure L. DI LELLA, 'Querela', cit., 101 nt. 123; 108.; S. QUERZOLI, I 'testamenta', cit., 154 s. e nt. 142; M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 254, nt. 25.

¹⁰⁰ Cic. *de fin.* 2.17.55: *Memini me adesse P. Sextilio Rufo, cum is rem ad amicos ita deferret, se esse heredem Q. Fadio Gallo, cuius in testamento scriptum esset se ab eo rogatum ut omnis hereditas ad filiam perveniret. Id Sextilius factum negabat. Poterat autem impune; quis enim redargueret? Nemo nostrum credebat, eratque veri similis hunc mentiri, cuius interesset, quam illum, qui id se rogasse scripsisset, quod debuisset rogare. Addebat etiam se in legem Voconiam iuratum contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur. Aderamus nos quidem adolescentes, sed multi amplissimi viri, quorum nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire. Tenuit permagnam Sextilius hereditatem, unde, si secutus esset eorum sententiam, qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponerent, nummum nullum attigisset. Num igitur eum postea censes anxio animo aut sollicito fuisse? Nihil minus, contraque illa hereditate dives ob eamque rem laesus. Magni*

Ma al tempo dell'Arpinate risulta pure che l'applicazione dei principi relativi alla delazione intestata rappresentava sempre l'eccezione di fronte all'ampio utilizzo riservato all'*institutio heredis* di *extranei*⁷².

Qualsiasi cosa si possa pensare del carattere, delle funzioni e del rapporto tra l'antico testamento e la delazione ereditaria predeterminata dai *mores* e dalla legge, è indubbio, infatti, che alla fine dell'età repubblicana il testamento è adoperato, anche in presenza di prossimi congiunti, a favore di persone non legate da alcun vincolo di parentela col *de cuius*. E ancora una volta è Cicerone a fornirci un quadro preciso della situazione.

quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo Il primo passo prova che ai tempi di Cicerone ormai il testamento scritto aveva preso nella prassi il sopravvento su quello orale o nuncupativo 'tout court', tanto che con esso si identificava nel comune sentire la forma ordinaria di testamento. I passi successivi si riferiscono alla concessione della *bonorum possessio sine tabulis* e *secundum tabulas*, che il pretore soleva fare rispettivamente all'erede *ab intestato*, in mancanza di *tabulae testamenti*, e a chi gli presentasse delle tavolette testamentarie munite dei sigilli dei testimoni: confermano dunque anch'essi come ai tempi dell'Arpinate quello scritto ormai fosse la forma di testamento in uso. Su questi brani cfr. S. SERANGELI, *Studi*, cit., 41; 113 ss.

⁷² L'espressione normalmente utilizzata dal Nostro in proposito è *heredem facere*, cui spesso viene aggiunto il termine *testamento*: vd. gli esempi riferiti da E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna, 1927, rist. Roma, 1964, 215 s., nt. 5.

Così, nella *pro Cluentio* (59.162) si legge di P. Elio che *testamento propinquus exheredatus cum esset, heres hic (scil. Cluenzio) alienior institutus est*. Lo stesso Arpinate, d'altronde, dichiara in più luoghi del suo epistolario di essere stato istituito erede da parte di soggetti cui lo univano solo vincoli di amicizia, come in *ad Att.* 13.45 s., ove egli ci informa dell'eredità lasciata da Cluvio, di cui ha avuto notizia grazie al suo amico banchiere Vestorio, il quale gli invia copia del testamento⁷³, o in *ad Att.* 13.14.1, in cui ci dà notizia di essere stato istituito erede, assieme ad Attico ed altri, da Brinnio⁷⁴. E ancora, nella *pro Milone*, 18.48, Cicerone sostiene di essere stato presente, assieme a Clodio, al testamento fatto *palam* da Ciro, e di aver apposto, assieme al coerede, i sigilli all'atto in cui *illum heredem et me scripserat*⁷⁵. Nella seconda Filippica (II.16.40 ss.), contro l'accusa mossagli dall'avversario che il suo nome non figurava, come erede, in nessun testamento, Cicerone sostiene: *amplius sestertium ducentiens acceptum hereditatibus rettuli*, anche se riconosce che a lui *nemo nisi amicus fecit heredem*, di contro alla più ampia fortuna avuta in questo settore dal suo avversario, il quale era

⁷³ Cfr. part. Cic. *ad Att.* 13.46.5: *Vestorium nil est quod accuses. Iam enim obsignata hac epistula noctu tabellarius noster venit et ab eo litteras diligenter scriptas attulit et exemplum testamenti.*

⁷⁴ Su questi luoghi ciceroniani rinviando a G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum'*, cit., 287 ss; 304 ss.

⁷⁵ Sulla capacità a fungere da testimone nel *testamentum per aes et libram* dell'erede vd. da ultima F. TERRANOVA, *Osservazioni*, cit., 283 ss.

filiam praeterierit, filia ad crescendo ex dimidia parte fit heres. Quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus.

Sulla base dell'esposizione gaiana risulta inoltre che, se agli agnati maschi era concessa la via della rescissione del testamento (Gai 2.123 afferma infatti che in questo caso il *de cuius inutiliter testabitur*), la preterizione della figlia e dei nipoti *ex filio* dell'ereditando consentiva loro di godere solo di un *ius ad crescendi in partem*, cioè del diritto di concorrere con gli eredi scritti per la metà dell'asse o della quota virile, a seconda che gli istituiti fossero estranei ovvero *sui heredes*.

La posizione raggiunta dai nipoti, ma soprattutto dalla figlia del testatore, dovette consolidarsi comunque plausibilmente solo nell'età del Principato.

Anche se le limitazioni riservate alle donne dalla *lex Voconia* già ai tempi di Cicerone attraversavano un momento di crisi, come può desumersi chiaramente dall'atteggiamento tenuto da questi nei riguardi di un editto emanato da Verre, strettamente conforme alla lettera della legge, e addotto appunto dall'Arpinate fra gli esempi di *arbitrium* compiuti durante la sua pretura⁹⁹, è certo in-

⁹⁹ Cic. *in Verr.* II.1.41.104 ss.: *P. Annius Asellus mortuus est C. Sacerdote praetore. Is cum haberet unicam filiam neque census esset, quod eum natura hortabatur, lex nulla prohibebat, fecit ut filiam bonis suis heredem institueret. Heres erat filia. Faciebant omnia*

della *praeteritio* o di una *exhereditatio* non nominativa del *suus* erano ormai date per scontate.

4. *Presunte deroghe al principio di incompatibilità connesse al rispetto dell'antica parentela agnatizia: l'ius adcrendi in partem?*

Ma Gaio ci informa pure che se la preterizione o la *exhereditatio* non effettuata *nominatim* del figlio maschio avrebbero annullato il testamento, per la *filia* o i nipoti sarebbe invece bastata una *exhereditatio inter ceteros*. E ciò è quanto, sulla base della costituzione giustiniana innanzi richiamata⁹⁸, è plausibile avevano finito per ammettere implicitamente i centumviri nel momento in cui avevano deciso per la invalidità del testamento solo del figlio non diseredato *nominatim*, riservando agli *alii omnes* (e quindi a tutti gli altri *adgnati*) un trattamento differente.

Gai 2.124: *Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum, <sed> praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui heredes sint, in virilem, si extranei, in dimidiam. Id est si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrecendo pro quarta parte fit heres, et ea ratione idem consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et*

⁹⁸ C. 6.28.4, su cui vd. anche M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 259 ss., con bibliografia.

riuscito a procacciarsi l'eredità di Lucio Rubrio di Cassino e di Lucio Turselio che, pur non conoscendolo bene, avevano preferito, il primo al figlio del fratello ed al figlio del suo grande amico Quinto Fufio, il secondo addirittura al fratello, proprio lui, Antonio che, così *in multas praeterea pecunias alienissimorum hominum vi eiectis veris heredibus, tamquam heres esset, invasit*, quantunque non avesse avuto poi la possibilità di acquistare *hereditatem patris*, perché non contemplato nel suo testamento⁷⁶.

Si tratta solo di alcuni esempi, anche se tra i più significativi, di una prassi largamente diffusa ai tempi del Nostro, volta alla designazione di eredi che spesso dunque esulavano dalla sfera familiare, e ciò nonostante Cicerone avesse, per altro verso, soprattutto nelle *Tusculanae*, esaltato il testamento come strumento che si giustifica e spiega con il senso della sopravvivenza dell'individuo proprio all'interno della *familia*⁷⁷.

⁷⁶ È quanto vuol far credere Cicerone con l'espressione *Quamquam hoc maxime admiratus sum, mentionem te hereditatum ausum esse facere, cum ipse hereditatem patris non adisses* (*Phil.* II.16.42), anche se sappiamo, da Plutarco (*Ant.* 1), che Antonio non ereditò dal padre per la semplice ragione che questi non aveva più nulla alla sua morte, avendo dilapidato in vita tutto il suo patrimonio.

⁷⁷ *Tusc.* 1.14.31: *Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, elogia significant nisi nos etiam futura cogitare?*

Comunque, in ogni caso il *testamentum* è indicato da Cicerone, in *Phil.* 2.42.109, come il *firmissimum* tra i negozi privati che, per la sua osservanza e intangibilità assolute, occupa un posto equivalente a quello che, nella sfera del diritto pubblico, compete alla *lex*.

D'altronde, appunto per questo, la tutela della volontà testamentaria avrebbe costituito pure in seguito uno degli obiettivi primari della giurisprudenza romana⁷⁸ anche se, almeno formalmente, tale tutela andava temperata con il rispetto dell'antico ordine giuridico di successione, che metteva al primo posto, tra i successibili, i figli in potestà e che portò al consolidarsi della regola, che affonda le sue radici nell'epoca arcaica: *sui aut instituendi aut exheredandi sunt*.

È nostra convinzione infatti che proprio in seguito al sorgere dell'*institutio* di uno o più *sui* si sia contemporaneamente affiancata la pratica dell'*exhereditatio* di eventuali altri *sui*. Certo, non è facile trovare dei riscontri concreti in proposito; comunque, nelle fonti più antiche che abbiamo a disposizione e cioè le commedie di Plauto, l'utilizzo dell'espressione *exheredem facere*, che si rinviene precisamente in *Mostellaria* 1.3.233-234:

Philo: *Utinam meus nunc mortuos pater ad me nuntietur, / ut ego exheredem me meis bonis faciam atque haec sit heres*

⁷⁸ Sul punto vd. per tutti le insuperabili pagine di B. BIONDI, *Successione*, cit., 499 ss.

si richiama d'altronde pure Gaio nel suo manuale istituzionale:

Gai 2.123: *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiam si vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quia scilicet statim ab initio non constitit institutio. Sed diversae scholae auctores, siquidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant <non> statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.*

Il testatore che ha un figlio in potestà deve avere cura di istituirlo o di diseredarlo *nominatim*; altrimenti compie un atto invalido non avendo osservato, come afferma Betti, «un onere di legalità attinente alla funzione del testamento»⁹⁷. Questa regola enunciata dal giurista antoniniano risulta comunque già applicata dagli appartenenti alle due scuole dei sabiniani e proculiani, di cui Egli richiama le discussioni intorno alla validità del testamento nel caso di premorienza del figlio preterito; il che ci permette di concludere che all'epoca di Sabino e di Cassio le conseguenze

⁹⁷ E. BETTI, *Diritto romano I. Parte generale*, Milano, 1935, 411; cfr. anche L. DI LELLA, *Querela*, cit., 83.

a riportare la regola *sui heredes* ... ad «un'epoca precedente all'istituzione del tribunale centumvirale»⁹⁴ «e, tanto meno, che essa debba esser fatta risalire alle XII tavole»⁹⁵.

Ma se si tien conto del fatto che il Collegio centumvirale si limitò, a detta di Giustiniano, solo a fissare *aliam differentiam* sulla base di principi già conosciuti, è presumibile che questi principi dovessero risalire ad un'età molto antica.

In ogni modo, la giurisprudenza alto-imperiale conosceva ormai bene le conseguenze della *praeteritio* del *suus*, come pure di una sua *exhereditatio* non nominativa, conseguenze oggetto di dispute passate al suo interno, che a quel tempo erano solo un lontano ricordo storico⁹⁶. Ad esse

⁹⁴ Sulle origini del collegio centumvirale vd. L. DI LELLA, *Querela*, cit., 70 ss.; S. QUERZOLI, *I 'testamenta' e gli 'officia pietatis'*. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi, Napoli, 2000, 18 ss.; e, da ultimo, L. GAGLIARDI, *Decemviri*, cit., 99 ss.; 485 ss., con ampia rassegna delle diverse opinioni al riguardo.

⁹⁵ Così L. DI LELLA, *Querela*, cit., 92 ss., part. 93. Non dubita della bontà della notizia L. GAGLIARDI, *Decemviri*, cit., 272 ss., al quale rinviamo per ulteriore bibliografia sul testo.

⁹⁶ Cfr. Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.2.3.6: *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 exhereditatus est: quae sententia comprobata est*, e Paul. 1 *ad Sab.* D. 28.2.7: *Si filius qui in potestate est praeteritus sit et vivo patre decedat, testamentum non valet nec superius rumpetur, et eo iure utimur*, su cui vd. anche L. DI LELLA, *Querela*, cit., 83 s.

ci fa intuire che l'istituto in questione fosse così diffuso nella pratica del tempo da consentire al commediografo del III sec. di basare su di esso, appunto, la battuta su riferita.

C'è stato però chi, come il Solazzi, ha ritenuto che l'obbligo dell'*exhereditatio* si dovesse far risalire alla legislazione decemvirale che, attribuendo ad ogni *suus* la qualità di *heres*, non ne avrebbe consentito la preterizione. «Senza la clausola legislativa "*cui suus heres nec escit*" sarebbe stato possibile escludere i *sui* mediante preterizione» – afferma l'autore – «L'obbligo della diseredazione *inter ceteros* è provenuto dal testo della legge»⁷⁹.

Già prima di Lui, tuttavia, autorevoli studiosi, come il von Woess⁸⁰, il Fadda⁸¹ ed il Manigk⁸², a nostro avviso con più lungimiranza, avevano riconosciuto la c.d. eredità necessaria formale all'antica comunione familiare. Solazzi aveva a torto respinto questa tesi affermando che «La diseredazione non ha nulla a che vedere con la comunione familiare, principalmente perché questa non esisteva e poi perché sarebbe illusorio un diritto

⁷⁹ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 104; 173, nt. 2; 174 ss.; 217.

⁸⁰ F. VON WOESS, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin, 1911, 138; 156 ss.; 168 ss.

⁸¹ C. FADDA, *Concetti*, cit., I, cit., 310 (ove l'a. riprende le idee già esposte nel suo corso sui *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Napoli, 1900-1902).

⁸² A. MANIGK, voce '*Hereditarium ius*', in RE, VIII, I, Stuttgart, 1912, 625 ss.

dei condomini che si riducesse alla necessità di adoperare una formula per cacciarli via».

Queste affermazioni però sono contenute nel suo corso di *Diritto ereditario romano* risalente agli anni 1931-32, quindi qualche anno prima che Arangio-Ruiz portasse a conoscenza degli studiosi il Gaio antinoese che diede adito, attraverso il ben noto § 3.154 a-b, a nuove illazioni. Il *consortium* era infatti una comunione domestica a tutti gli effetti, ed era una comunione *inseparabilis*. L'unico strumento che, a partire da un certo momento, non precisabile in termini temporali, ma comunque anteriore all'età decemvirale, il *pater* ebbe per attribuire il titolo di *heres* ad uno solo dei suoi discendenti fu infatti il *testamentum*. Ma per far ciò occorreva che nel contempo privasse della stessa qualifica tutti gli altri che ne sarebbero stati, alla sua morte, automaticamente investiti. L'*exhereditatio* sarebbe stata dunque sin dall'antichità una formalità dell'istituzione di erede⁸³, con molta probabilità da rispettare dal testatore che avesse più discendenti diretti, ma che comunque sarebbe divenuta col tempo una clausola

⁸³ Fanno risalire la necessità della diseredazione all'epoca del testamento comiziale, tra gli altri, anche C. APPLETON, *Le testament romain. La méthode du droit comparé et l'authenticité des XII tables*, Paris, 1903, 98 s.; G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 3 ss.; 27 ss.; 569 ss. *Contra*, tra gli altri, L. DI LELLA, 'Querela', cit., 9 ss.; 76 ss.; voce *Successione necessaria*, cit., 1339 s.

avrebbe determinato la invalidità del testamento. Per non arrivare a questo risultato, infatti, il padre che voleva diseredare il figlio maschio avrebbe dovuto farlo *nominatim*. Una pratica, questa, che dovette essere messa in atto sin da subito se Augusto, al fine di rassicurare da questo punto di vista i militari, decise, con un editto, destinato tuttavia a non avere lunga vita, che durante la *militia* essi non avrebbero potuto essere diseredati, nemmeno espressamente⁹³.

Che i centumviri si siano con ciò semplicemente limitati a precisare la forma da utilizzare per la *exhereditatio* del figlio maschio, è comprovato comunque dalla costituzione giustiniana contenuta in:

Imp. Iust. A. Iohanni pp. C. 6.28.4.2 (a. 531):
Nam haec corrigenes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissimi sunt. Scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt,

un documento significativo, che invano si è tentato di sminuire affermando che, pur avendo introdotto i centumviri le diverse modalità di diseredazione, questa testimonianza non basterebbe

⁹³ Paul 3 *sent.* D. 28.2.26: *Filius familias si militet, ut paganus nominatim a patre aut heres scribi aut exheredari debet, iam sublato edicto divi Augusti, quo cautum fuerat, ne pater filium militem exheredet.*

dunque permesso al figlio di ottenere la posizione che gli toccava *iure civili*⁹¹ e che lo stesso *pater* probabilmente gli avrebbe conferito se non fosse caduto in errore⁹².

I centumviri avrebbero così indirettamente finito col richiedere, per i figli maschi almeno, una *exheredatio* nominativa che, se non ci fosse stata,

⁹¹ Cicerone non dice nulla circa l'esito della causa, anche se sulla stessa torna più oltre (*de orat.* 1.57.245), evidenziando quali argomentazioni si sarebbero potute addurre a difesa degli eredi testamentari e quali, invece, a difesa del figlio: *Et, credo, in illa militis causa, si tu aut heredem aut militem defendisses, ad Hostilianas te actiones, non ad tuam vim et oratoriam facultatem contulisses. Tu vero, vel si testamentum defenderes, sic ageres, ut omne omnium testamentorum ius in eo iudicio positum videretur, vel si causam ageres militis, patrem eius, ut soles, dicendo a mortuis excitasses: statuisses ante oculos, complexus esset filium flensque eum centumviris commendasset; lapides me bercule omnis flere ac lamentari coegisses, ut totum illud 'uti lingua nuncupasset' non in XII tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur*, mentre dell'esito vittorioso a favore del figlio ci parla Valerio Massimo (7.7.1): vd. nt. successiva.

⁹² Diversamente viene impostata la questione da Valerio Massimo, che parla di questo famoso processo nei suoi *Facta et dicta memorabilia* (7.7.1), ponendo in risalto il conflitto esistente tra manifestazione di volontà testamentaria, quale si è venuta formando in seguito all'erronea convinzione che il figlio fosse morto, e quella che presumibilmente avrebbe avuto il testatore se fosse stato a conoscenza della sua esistenza: in questo caso, appunto, l'invalidità del testamento sarebbe derivata dall'errore in cui era incorso il *pater*. Cfr. sul punto anche E. COSTA, *Cicerone*, cit., I, cit., 228 ss.

di stile, come dimostrano tutti quei testamenti di epoca avanzata che la contengono⁸⁴.

Ovviamente, la diseredazione di un figlio, specie se unico, a favore di un estraneo, doveva presentarsi come un'ipotesi piuttosto rara, spesso connessa a casi d'indegnità denunciati con una nota censoria: ... *hunc Egnatium, quem pater censoria subscriptione exheredavit, censores in senatu, cum patrem eicerent, retinuerunt*, afferma infatti Cicerone nella *pro Cluentio* (48.135). E ancora, nella difesa di Sesto Roscio Amerino, accusato di parricidio, a proposito dell'asserita intenzione del padre di diseredare il figlio, lo stesso sostiene che un'affermazione di tal genere bisognava che fosse sorretta da ragioni assai gravi, essendo appunto dovere di un accusatore serio *explicare omnia vitia ac peccata filii, quibus incensus parens potuerit animum inducere ut naturam ipsam vinceret, ut amorem illum penitus*

⁸⁴ Vd. M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, 123; esempi ci sono offerti, in particolare, oltre che dal testamento tardo classico di Aurelia Serenilla, dai testamenti di Antonio Silvano, II. 8-9; di Longino Castore, col. I, 1.7; BGU 1696, col. I, II. 2 e 8; P. Mich. 437, col. I, II. 2-3, e dai testamenti tardo classici di Aurelio Ermogene, II. 4-5, e P. Strasb. 277, II. 10-11. Si tratta di documenti egizi: il che fa dubitare Amelotti (vd. nt. 3) che la clausola sia stata inserita solo nei formulari adoperati in Egitto. Ma a nostro avviso il dubbio è forse eccessivo, visto che i formulari furono usati, specie dai provinciali dopo la *Constitutio Antoniniana*, per testare seguendo il più possibile lo schema dei testamenti romani.

*insitum eiceret ex animo, ut denique patrem esse oblivisceretur; quae sine magnis huiusce peccatis, conclude l'Arpinate, accidere potuisse non arbitrator*⁸⁵.

Comunque, un'*exhereditio* dei *fili*, anche se inconsueta, non era esclusa.

Anzi, non è nemmeno escluso che a questo espediente si ricorresse pure in presenza di soli

⁸⁵ Cic. *pro Rosc. Am.* 19.53. Ma vd. anche Valerio Massimo 5.9.2-3, il quale racconta di Quinto Ortensio e di Quinto Fulvio che, pur avendo dei figli dissoluti, preferirono ugualmente non sconvolgere l'ordine naturale di successione: *Q. autem Hortensii, qui suis temporibus ornamentum Romanae eloquentiae fuit, admirabilis in filio patientia extitit: cum enim eo usque impietatem eius suspectam et nequitiam invisam haberet, ut Messalam sororis suae filium heredem habiturus, ambitus reum defendens iudicibus diceret, si illum damnassent, nihil sibi praeter osculum nepotum, in quibus adquiesceret, superfuturum, hac scilicet sententia, quam etiam editae orationi inseruit, filium potius in tormentis animi quam in voluptatibus reponens, tamen, ne naturae ordinem confunderet, non nepotes, sed filium heredem reliquit moderate usus adfectionibus suis, quia et vivus moribus eius verum testimonium et mortuus sanguini honorem debitum reddidit. Idem fecit clari generis magnaque dignitatis vir Q. Fulvius, sed in filio aliquantum taetriore: nam cum auxilium senatus inplorasset, ut suspectus in parricidio et ob id latens per triumvirum conquireretur ac iussu patrum conscriptorum comprehensus esset, non solum eum non notavit, sed etiam decedens dominum omnium bonorum esse voluit, quem genuerat heredem instituens, non quem fuerat expertus. Pure Seneca mostra d'altronde di non approvare il comportamento del padre che alla prima offesa disereda il figlio: in tal senso *de clementia* 12.(1.14)1 ... *Numquid aliquis sanus filium a prima offensa exhereditat? Nisi magnae et multae iniuriae patientiam evicerunt, nisi plus est, quod timet, quam quod damnat, non accedit ad decretorium stilum* ...*

morto non avrebbe presentato alcuna difficoltà, posto che la *praeteritio* avrebbe dovuto determinare la assoluta invalidità del testamento e quindi l'apertura della successione *ab intestato*. Per contro Cicerone avrebbe evidenziato che la questione sottoposta all'esame dei centumviri era quella di stabilire se potesse ritenersi *exheres* «il figlio, che il padre non aveva espressamente né istituito né diseredato».

Così ragionando, tuttavia, si finisce col sottovalutare, nella frase finale del testo ciceroniano su riferito: *nempe in ea causa quaesitum est de iure civili – neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim*, l'utilizzo dell'avverbio *nominatim*: la questione sarebbe stata infatti impostata e decisa dai giudici fondamentalmente sul fatto che il *pater*, facendo testamento, ritenuto morto il figlio in guerra, non lo aveva sì espressamente istituito, ma non lo aveva nemmeno *nominatim* diseredato⁹⁰. Proprio la mancanza di un'*exhereditio* nominativa, avrebbe

⁹⁰ In senso conforme al nostro vd. già, in passato, tra gli altri, C. APPLETON, *Le testament*, cit., 100, nt. 5, a giudizio del quale, appunto, nel brano in esame sarebbe chiara l'allusione da parte di Cicerone alla mancanza di una diseredazione nominativa. Nello stesso senso cfr. pure E. RENIER, *Étude sur l'histoire de la «querela inofficiosi» en droit romain*, Liège, 1942, 78. *Contra*, invece, L. DI LELLA, 'Querela', cit., part. 86 ss.; A. SANGUINETTI, *Considerazioni sull'origine del principio 'Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi'*, in *SDHI*, LIX, 1993, 259 ss. Sulla vicenda in esame vd. comunque, più di recente, anche L. GAGLIARDI, 'Decemvir?', cit., 273 s., nt. 415, con ampio apparato bibliografico.

bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim;

Val. Max. 7.7.1: *Militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, aliis heredibus scriptis decessit. Peractis deinde stipendiis adulescens domum petiit: errore patris, inpudentia alienorum sibi clausam repperit: quid enim illis inverecundius? Florem iuventae pro re publica absumperat, maximos labores ac plurima pericula toleraverat, adverso corpore exceptas ostendebat cicatrices, et postulabat ut avitos eius lares otiosa ipsi urbi onera possiderent. Itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam: acerbe: cum improbissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumviros contendit: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit.*

La fattispecie è la seguente: un figlio, creduto morto in guerra, viene privato dell'eredità paterna. Essendo tornato a casa ed essendosi visto diseredato, intentò un procedimento legale innanzi ai centumviri al fine di poter ottenere ugualmente l'eredità. Cicerone afferma che quella causa era tutta basata sullo *ius civile*, se cioè *possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim*.

A questo proposito di Lella ha affermato che «Se già prima della fine della Repubblica fosse esistita la regola “*sui heredes ...*” e tale regola fosse stata riconosciuta dal *ius civile*, il caso del militare o messo nel testamento paterno perché creduto

ulteriori prossimi parenti, onde evitare eventuali contestazioni da parte di questi ultimi, fondate sul diritto loro riconosciuto dalla normativa decemvirale, come fa supporre il caso prima riferito di P. Elio che diseredò un *propinquus* per nominare suo erede Cluenzio (*pro Cluent.* 59.162) e quello di Lucio Turselio, che *fratrem exheredans .. faciebat heredem Antonio (Phil. II.16.41)*⁸⁶. La *praeteritio* dell'*adgnatus proximus*, infatti, avrebbe potuto provocare anch'essa la rescissione del testamento. Significativo in questa direzione è l'esempio riferito da Valerio Massimo (7.8.4) di un tal *Pompeius Reginus, vir transalpinae regionis*, che, essendo stato *testamento fratris praeteritus*, avrebbe potuto appunto impugnare il testamento; anche se non lo fece per lasciar riposare in pace *cineres fratris*, nonostante gli *instituti heredes neque sanguine Regino pares neque proximi erant*⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. anche *Auctor ad Herenn.* 4.23.33: *Hereditas aliqua venit? Non potest dici, sed etiam a necessariis omnibus exheredatus est.* Il fatto che l'espressione *exheres* sia stata usata in riferimento a successibili diversi dai figli ha indotto a sostenere che essa è stata impiegata nel senso atecnico di «privato dell'eredità» («per mezzo del testamento», più che «nel testamento»): in tal senso part. L. DI LELLA, *Querela*, cit., 87 s. Non vi sono tuttavia ragioni convincenti per affermare ciò, specie se si tien conto che la formula generica di *exhereditatio* si riscontra come consueta clausola di stile nei documenti testamentari che ci sono pervenuti, anche in epoca tarda (vd. nt. 83).

⁸⁷ *Item Pompeius Reginus, vir transalpinae regionis, cum testamento fratris praeteritus esset et ad coarguendam iniquitatem eius binas tabulas testamentorum suorum in comitio incisas habita utriusque or-*

Pure l'*exheredatio* di eventuali prossimi *adgnati* avrebbe dunque assicurato una maggiore osservanza della volontà del *de cuius*, dimentica di quei legami agnatizi garantiti dalla legislazione decemvirale⁸⁸. Il che permette di giustificare altresì la

dinis maxima frequentia recitasset, in quibus magna ex parte heres frater erat scriptus, praelegabaturque ei centies et quinquagies sestertium, multum ac diu inter adsentientes indignationi suae amicos questus, quod ad hastae indicium adtinuit, cineres fratris quietos esse passus est. Et erant ab eo instituti heredes neque sanguine Regino pares neque proximi, sed alieni et humiles, ut non solum flagitiosum silentium, sed etiam praelatio contumeliosa videri posset. Sul passo, da ultimi, tra gli altri, A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, in *SDHI*, LV, 1989, 109 s.; L. GAGLIARDI, 'Decemvir?' e 'centumvir? Origini e competenze', Milano, 2002, 122 e nt. 31; 386, con bibliografia.

⁸⁸ Ammette il ricorso da parte del testatore alla pratica di diseredare anche persone rispetto alle quali per lo *ius civile* non vi sarebbe stato alcun obbligo di diseredazione L. DI LELLA, 'Querela', cit., 111, nt. 145 (ma cfr. anche, dello stesso a., la voce *Successione necessaria*, cit., 1342), e ciò anche se la stessa *exheredatio* (espressa) di prossimi congiunti avrebbe potuto in ogni caso condurre ugualmente a rendere inofficioso il testamento (cfr. 111 ss.). Un esempio sarebbe offerto da Plin. *ep.* 5.1, in cui si narra della diseredazione di Asudio Curiano da parte della madre a favore di eredi estranei, tra cui appunto Plinio, una *exheredatio* non indispensabile ai fini della validità della istituzione di Plinio e degli altri (collocandosi il caso prima dell'emanazione del S.C. Orfiziano) e tuttavia ugualmente inserita dalla testatrice proprio per manifestare con la massima chiarezza la sua intenzione di istituire solo ed esclusivamente gli *heredes scripti*, i quali infatti risultarono soccombenti nel giudizio di inofficiosità del testamento intentato dal figlio diseredato,

costante presenza della formula generica di *exheredatio* che si legge nei documenti testamentari che ci sono pervenuti: *ceteri alii omnes exheredes sunt*.

Nonostante queste testimonianze, si è tuttavia ugualmente sostenuto nella dottrina più recente che la regola *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* è da considerare un portato della prassi centumvirale e pertanto non ancora conosciuta in epoca tardo repubblicana⁸⁹. Lo dimostrerebbe il seguente caso, riportato dall'Arpinate in *de orat.* 1.38.175, e ripreso da Valerio Massimo:

Cic. *de orat.* 1.38.175: *Quid? Si ne parvae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de iure civili, quod tandem os est eius patroni, qui ad eas causas sine ulla scientia iuris audeat accedere? Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? de cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei visum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. Nempe in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum*

solo grazie agli ottimi suggerimenti dati a lui da Plinio: tant'è che Curiano, in segno di riconoscimento, lasciò a Plinio un legato *modicum, sed amplissimo gratius*. Sull'*epistula* vd. da ultimo G. GULINA, *La 'querela inofficiosi testamenti' nella testimonianza di Plinio il giovane*, in *SDHI*, LXXV, 2009, 261 ss.

⁸⁹ L. DI LELLA, 'Querela', cit., 76 ss.

In questa direzione è comunque soprattutto la legislazione imperiale. Si leggano infatti:

Imp. Antoninus A. Romanae C. 3.28.9 (a. 223): *De inofficioso testamento militis vel iure militari vel civili facto vel centurionis vel tribuni numeri nec filios posse queri ius certum est;*

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Successo C. 3.28.24 (a. 294): *Testamentum militis filii familias in castrensi peculio factum neque a patre neque a liberis eius per inofficiosi querellam rescindi potest;*

Imp. Iustinianus A. Iohanni, pp. C. 3.28.37 pr. (a. 531): *Cum antiquis legibus declaratum est, ut militaria testamenta de inofficioso querellam evadant, multi alii casus emergunt ...*¹⁶⁰.

Se da un lato si cercò, quindi, di favorire al massimo il rispetto della volontà del militare in quanto tale, una categoria verso la quale soprattutto gli Imperatori mostrarono una particolare sensibilità, dall'altro si tentò di venire così incontro pure alle aspettative di quanti a quell'eredità

¹⁶⁰ Su questi provvedimenti imperiali vd. per tutti S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 206 ss. e ntt. 54 e 57. Più in generale, sull'inattaccabilità dei testamenti dei militari attraverso la *querela* vd. B. BIONDI, *Successione*, cit., 74; P. VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., II, cit., 702; M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., 107 s., il quale si sofferma in particolare sulla disposizione giustiniana.

Attuali e sempre più pressanti dovettero essere le richieste volte al riconoscimento del vincolo di sangue: la *cognatio*, la quale, nei tempi più antichi, aveva rilievo solo nella sfera del *fas*, che vietava come *incestae* le unioni tra parenti di sangue¹⁰⁸. In epoca storica, tuttavia, essa incominciò ad ottenere, seppure lentamente, una importanza finanche giuridica. Così, la *lex Cincia de donis et muneribus* eccettuò dal divieto di donazioni oltre un certo ammontare i *cognati* fino al quinto grado e del sesto il *sobrinus* e la *sobrina*, ancorché *in potestate manu mancipiove* altrui¹⁰⁹; con la *lex Furia testamentaria*, emanata tra il 204 ed il 169 a.Cr., si dispose che nessuno, ad eccezione dei *cognati* fino al sesto grado e del settimo il *sobrinus natus* (compreso loro sottoposti o aventi potestà), potesse *plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere*¹¹⁰; e, nello stesso senso, si potrebbe richiamare anche la *lex Voconia*, del 169 a.Cr., sempre che si accetti che essa, nello stabilire che nessuno potesse *legatorum nomine mortisve causa capere* più di quanto prendessero gli eredi, contenesse le eccezioni della *lex Furia*¹¹¹.

¹⁰⁸ Cfr. sul punto per tutti A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., 282, nt. 15.6.4.

¹⁰⁹ *Vat. Fr.* 298-300.

¹¹⁰ Gai 2.225; *Vat. Fr.* 301; Ulp. 6 *ad Sab. D.* 28.7.2 pr.

¹¹¹ Così, dubitativamente, C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano*, Milano, 1889, rist. Roma, 1976, 418 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*², Torino, 1962, 339; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 74.

Ma della *cognatio* ne tenne conto fondamentalmente il pretore, precisamente attraverso quello strumento che fu tra i più caratterizzanti e incisivi nell'evoluzione del diritto dell'epoca preclassica e classica: la *bonorum possessio*.

Labeone conosce già la classe successoria dei cognati; tant'è che sente il bisogno di procedere alla loro definizione¹¹², così come conosce pure la *bonorum possessio contra tabulas*¹¹³. Se ai suoi tempi la concessione di tale *bonorum possessio* era un fatto ormai assodato, è da presumere, dunque, che già da prima i pretori avessero sentito il bisogno di proteggere quanti, pur essendo stati diseredati¹¹⁴,

¹¹² Ulp. 46 *ad ed.* D. 38.8.1.1: *Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint.* Sul punto, per tutti, vd. L. DI LELLA, 'Querela', cit., 65. Sui gradi di parentela, ed in particolare sulla *cognatio* cfr. comunque, più di recente, G. VIARENGO, *Un piccolo repertorio latino-greco per i gradi di parentela*, in *Studi R. Martini*, III, Milano, 2009, 197 ss., part. 924 ss., con ulteriore bibliografia.

¹¹³ Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.4.8.11: *In adoptionem datos filios non summoveri praetor voluit, modo heredes instituti sint, et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt. Ergo si fuerunt heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem, sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis qui solent committere edictum ...* Sul passo vd. L. DI LELLA, 'Querela', cit., 63 s., a giudizio del quale la conoscenza della *bonorum possessio contra tabulas* presuppone l'esistenza di quella promessa ai *liberi* nella successione intestata.

¹¹⁴ La testimonianza più antica al riguardo è costituita dal caso descritto da Valerio Massimo (7.7.5), in cui Terenzio, diseredato dal figlio dato in adozione, riesce ad ottenere il

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.3-4: *Papinianus libro secundo responsorum ait contra veterani patris familias testamentum esse inofficiosi querellam, etsi ea sola bona habuit quae in castris quaesierat. Si quis in militia fecerit testamentum et intra annum post militiam decesserit, dubito an, quia ad hoc usque temporis iure militari testamentum eius valet, querella inofficiosi cesset: et potest dici querellam inofficiosi cessare.*

Seguendo l'insegnamento di Papiniano, Ulpiano, mentre sostiene con certezza che si può intentare la *querela inofficiosi testamenti* contro un *pater familias* veterano che abbia disposto dei beni acquistati *in castris*, è dubbioso se altrettanto possa farsi in riferimento a chi abbia fatto testamento durante il tempo della milizia ma sia morto entro l'anno dopo aver cessato il servizio militare. La sua risposta però alla fine è negativa, avendo appunto il militare un anno, cessato il servizio, per fare testamento attenendosi alle regole dello *ius civile*¹⁵⁹.

Più incisiva risulta la posizione del giurista severiano in

Ulp. 6 *opin.* D. 5.2.27.2: *De inofficioso testamento militis dicere nec miles potest.*

Nemmeno un soldato può dunque attaccare con la *querela* il testamento di un altro soldato.

¹⁵⁹ Cfr. S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 207 s. e nt. 57, ove altra bibliografia sul passo in discussione.

apparet hereditatem, ut duas habeat quae sextantem accipit, tertiam quae ex uncia est heres instituta.

Avendo Valeriano infatti istituito eredi la figlia per due onces e la moglie per un'oncia del patrimonio e non avendo fatto alcun cenno riguardo alla parte restante, per l'Imperatore *apparet* che egli abbia voluto dividere l'eredità esclusivamente tra le due istituite, forse anche solo uniche eredi legittime che egli aveva¹⁵⁸.

La verità è che la deroga relativa all'incompatibilità tra le due cause di delazione non sarebbe stata posta nell'interesse del *miles*, quanto piuttosto nell'interesse dei suoi più prossimi parenti. Pertanto, se ai militari fu permesso di testare anche solo su una parte del loro patrimonio, senza che l'erede testamentario acquistasse automaticamente il tutto, è perché si vollero tutelare, ove vi fosse questa possibilità, e cioè in caso di disposizione appunto parziale dell'asse ereditario, le aspettative anche degli eredi legittimi, che in caso contrario sarebbero stati del tutto esclusi dalla successione, essendo ad essi preclusa la possibilità di intentare azione contro il testamento del *miles*.

La salvaguardia della volontà testamentaria dei militari da eventuali attacchi di prossimi congiunti, appare infatti un obiettivo tenuto ben presente dalla matura giurisprudenza imperiale:

¹⁵⁸ Sul passo vd. anche M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 236 s.

o, *a fortiori*, preteriti, erano sempre legati al *de cuius* da vincoli di sangue¹¹⁵.

Ora, anche qui, nel caso in cui gli esclusi dal testamento avessero avuto un pari grado parentale con gli istituiti si tentò di dare efficacia, almeno in parte, alle disposizioni testamentarie, permettendo all'escluso di concorrere nel godimento di

possesso dei beni sulla base di una *egregia constitutio* di Calpurnio Pisone, il quale, nel contempo, nega agli eredi istituiti di *lege agere*: *Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. Movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis, sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quia cum patre septem fratres impie exheredatos videbat.* Sul caso vd. L. DI LELLA, 'Querela', cit., 68 ss.; 111 ss.; adde A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimación*, cit., 110; per un ragguglio bibliografico più completo e più recente cfr. comunque L. GAGLIARDI, 'Decemvir', cit., 122 s., nt. 32; 264 ss.

¹¹⁵ Che già all'epoca di Cicerone si è plausibilmente tenuto conto indirettamente anche del vincolo della *cognatio* ai fini della concessione della *bonorum possessio* traspare invero da *part.* 28.98: *...cum heredibus sine lege aut sine testamento petitur possessio: in quibus causis quid aequius aequissimumve sit, quaeritur*, e da *pro Cluent.* 60.165: *...Intestato dico mortuum possessionemque eius bonorum praetoris edicto huic illius filio ... datam*, in cui appunto si afferma che il pretore, ove non si presentino successori testamentari o *ab intestato*, avrà il potere di decidere sulla base dell'*aequitas*. Sul punto vd. comunque pure L. DI LELLA, 'Querela', cit., 56 ss.; O. DILIBERTO, voce *Successione legittima*, cit., 1304.

fatto dei beni ereditari con l'istituito. In tal senso testimonia:

Afric. 4 *quaest.* D. 37.4.14 pr.: *Si duobus filiis emancipatis, alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit, quia iudicium patris secutus sit: nec enim emancipatum, si legatum acceperit, admitti ad bonorum possessionem sive ab heredibus institutis sive ab his, qui contra tabulas petierint, acceperit, sed illud observandum ut praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem qua scriptus sit tueri debeat, dum tamen, non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset: ut hactenus deteriore causam suam fecerit, quod, si ex minore parte sit institutus, eam dumtaxat retinere possit et quod extraneis quoque legata praestare cogatur.*

Africano prospetta il caso di due figli emancipati, di cui uno sia stato istituito erede e l'altro sia stato preterito. Se l'emancipato istituito ha adito, gli è preclusa la *bonorum possessio contra tabulas* in quanto l'adizione implica *iudicium defuncti sequi*, e quindi tacita rinuncia alla *bonorum possessio*. Così come neppure l'emancipato, cui sia stato lasciato un legato, se lo avrà ricevuto, è più ammesso alla richiesta della *possessio bonorum*. In ogni caso però la *bonorum possessio contra tabulas* del preterito si arresterà di fronte alla quota testamentaria adita dall'istituito, almeno in tutti i casi in cui essa risulti minore o uguale a quella dovuta all'istituito,

Anche per lui comunque non può escludersi una volontà contraria. In tal senso si vedano infatti:

Ulp. 5 *ad Sab.* D. 29.1.6: *Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.*

Ulpiano, commentando Sabino, sostiene che il soldato il quale abbia fatto un'*institutio ex certa re*, nel caso specifico un fondo, si suppone soltanto (*creditur*) che per la restante parte del suo patrimonio sia morto intestato. Nulla quindi impediva che si potesse arrivare a una soluzione diversa¹⁵⁷. Tanto ciò è vero che nel 213 Antonino Caracalla ebbe a legiferare altrimenti per il caso del centurione Valeriano:

Imp. Antoninus A. Vindiciano C. 6.21.3 (a. 213): *Quamquam militum testamenta iuris vinculis non subiciantur, cum propter simplicitatem militarem quomodo velint et quomodo possint ea facere his concedatur, tamen in Valeriani quondam centurionis testamento, instituto iure etiam communi accepit auctoritatem. Nam cum pater familias (scil. Valerianus) filiam ex duabus uncias, uxorem ex uncia heredem scripserit nec de residuis portionibus quicquam significaverit, in tres partes divisisse eum*

¹⁵⁷ Cfr. pure M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 221 ss.

del suo *peculium castrense* e morto ignorando di aver ereditato dal padre determinerà l'acquisto anche dei beni paterni a favore dell'erede dei castrensi, a quella del *filius miles*, potendo quest'ultimo morire *pro parte testatus, pro parte intestatus*.

Pure a questo proposito Sanfilippo sostiene che il concorso delle due delazioni «si sarebbe verificato non già per disposizione del testatore, perché egli all'atto dell'erezione del testamento ha disposto di tutto quanto poteva. Il concorso si sarebbe verificato per una causa estranea alla volontà del testatore e a lui ignota, che ha agito ... quasi meccanicamente: la morte del *pater familias*, che ha reso *ipso iure* il figlio *sui iuris* ed *heres suus*».

Tuttavia, pure in riferimento a quest'ultimo caso un ruolo determinante viene giocato dall'*institutio heredis*: il figlio, infatti, aveva scelto il suo successore, istituendolo *heres*, e ciò a prescindere dalla quantità dei beni allo stesso conferita: nello specifico, il *peculium castrense*; sotto questo aspetto ben poca rilevanza ha dunque il fatto che, avendo ereditato, a sua insaputa, anche i beni paterni, pure questi ultimi vadano all'*heres institutus*¹⁵⁶.

Diversa invece è la posizione dell'erede del *filius miles* al quale competerà solo la parte dei beni castrensi, aprendosi per i restanti beni la successione intestata.

¹⁵⁶ Sul passo vd. anche M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 168.

nello specifico un semisse. Se questa quota supera il semisse, potrà essere rescissa solo entro i limiti dell'eccedenza, con l'ulteriore conseguenza che, entro i limiti del proprio diritto cognatizio, l'emancipato istituito manterrà la sua quota *ex testamento*, ma accanto a lui prenderà posto il fratello preterito quale *bonorum possessor*.

Bene, anche in questa ipotesi, quantunque il passo sia stato addotto a riprova della deroga al principio di incompatibilità tra le due delazioni¹¹⁶, ad una attenta valutazione ciò che rileva è il riferimento ai legati, in ogni caso dovuti dall'erede testamentario: *et quod extraneis quoque legata praestare cogatur*, legati la cui validità è ovviamente connessa all'accettazione del chiamato e quindi alla salvezza, almeno parziale, del testamento¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 66 s.

¹¹⁷ Cfr. anche Paul. 41 *ad ed.* D. 37.5.15.1-2: *Sed si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus et utrique contra tabulas bonorum possessionem acceperint, et institutus eadem praestat quae praeteritus. Sed si solus heres institutus contra tabulas bonorum possessionem acceperit, omnibus debet legata praestare, perinde atque si adisset hereditatem. Sed si scriptus quidem adierit hereditatem, praeteritus autem bonorum possessionem acceperit: hic quidem, qui bonorum possessionem acceperit, certis personis legata debet, de scripto autem quaeritur. Et complures putant certis personis et eum praestare debere, quod puto verius esse: nam et praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est qui contra tabulas petere potuerunt. Ita autem tuendus est in partem dimidiam, si aut ex maiore parte quam dimidia heres institutus sit aut ex semisse: quod si ex minore parte quam dimidia institutus sit, dicimus non ex maiore parte, quam institutus sit, tuendum eum esse: qua enim ratione maiorem partem habere potest, cum nec bonorum possessionem accepit nec ex*

Analogo risultato viene a profilarsi quando istituita sia stata qualcuna delle *exceptae personae* cui l'editto conserva i legati per i particolari legami cognatizi col *de cuius*, e ciò nonostante si conceda ad altri la *bonorum possessio contra tabulas*¹¹⁸. Tali *exceptae personae* sono, oltre i liberi, gli ascendenti, la moglie e la nuora istituite per soddisfare le loro ragioni dotali. Si legga:

Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.5.6-7: *Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibus est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Iulianus saepissime scripsit in portione quoque hereditatis idem quod in legato probandum, cuius sententia rescripto divi Pii comprobata est, cum hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur. Ad eum autem modum tabulis personis succurrendum est, ut ampliore quidem quam virili portione hereditatis data usque ad virilem tueantur,*

maiore parte institutus sit? Sul punto vd. C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 66 s.

¹¹⁸ Cfr. Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.1 pr.: *Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis, et parentibus, uxori, nuruique dotis nomine legatum.* Sul titolo *De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita* vd., per tutti, C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 128 ss.; ma cfr. anche G. VISMARA, *Appunti*, cit., 46 s., secondo cui il provvedimento preso dal pretore confermerebbe la possibilità di un testamento parzialmente valido, pur non essendo valida la *heredis institutio*, che avrebbe dovuto essere *caput et fundamentum* dello stesso.

La rilevanza attribuita alla *voluntas defuncti* vale del resto, esattamente *e contrario*, anche per il *miles*, come sembra confermare la chiusa del passo: *nisi – hereditatem*, che Sanfilippo è infatti costretto a riportare tra uncini, considerandola, pertanto, interpolata¹⁵⁵.

Analoghe considerazioni possono farsi per il secondo testo addotto:

Tryph. 18 *disp.* D. 49.17.19.2: *Filius familias paganus de peculio castrensi fecit testamentum et, dum ignorat patri se suum heredem extitisse, decessit, non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiam nunc rescriptum sit, quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori, quod ius iste non habuerit, non magis quam sine observatione legum facere testamentum. Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes.*

Nella fattispecie in esame Trifonino contrappone la posizione del *filius familias paganus*, il quale disponendo per testamento dei beni facenti parte

¹⁵⁵ Per l'interpolazione vd. anche P. BONFANTE, *Corso*, cit., VI, cit., 337, nt. 2; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 226 s. e nt. 1; C. FADDA, *Concetti*, cit., I, cit., 344 e nt. 1. Più cauto P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, cit., 942 (cfr. anche I, cit., 697 e nt. 28). Sul testo vd. comunque pure M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 239 s.

Paul. 7 *quaest.* D. 29.1.37: *Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem.*

Il testatore, che nel caso specifico è un *miles* liberto, ha istituito nel suo testamento due eredi, venendo così ad esaurire l'intero suo asse; uno dei due istituiti tuttavia non adisce: per questa quota vacante, trattandosi di un militare, è come se egli fosse morto intestato; pertanto competerà al patrono la *bonorum possessio ab intestato*.

Bene, per l'illustre autore catanese dal testo si argomenterebbe *a contrario* che se si fosse trattato di un testatore pagano il concorso tra le due delazioni sarebbe stato vietato, per quanto esso non sarebbe derivato dalla volontà del testatore.

Ma, a nostro giudizio, la volontà del testatore anche in questo caso avrebbe avuto un ruolo determinante in quanto egli, avvalendosi del testamento e quindi dell'*institutio heredis*, aveva ormai manifestato la sua volontà di nominare un successore e, conseguentemente, che l'eredità non venisse deferita *ab intestato*, e ciò a prescindere dal numero degli eredi istituiti. Se poi egli fosse stato contrario all'accrescimento a favore dell'eventuale unico erede accettante, avrebbe potuto benissimo ricorrere ad esempio ad un sostituto.

in minorem autem aetenu actiones his tribuantur, quatenus scriptae sint.

Bene, nel caso in cui fossero state lasciate per testamento quote ereditarie a queste *personae exceptae*, la loro situazione sarebbe stata diversa rispetto a quella dei liberi istituiti: questi ultimi, infatti, potevano, come si è già detto, sempre entro i limiti del loro diritto cognatizio, resistere alla *bonorum possessio contra tabulas*; le altre *exceptae personae*, invece, no, tranne che per ottenere il pagamento dei legati. Giuliano, tuttavia, trovò l'espedito per aiutarle ulteriormente, estendendo all'istituzione di erede delle *personae exceptae* l'editto *de legatis praestandis*, espedito che sarà confermato dalla costituzione di Antonino Pio alla quale si fa riferimento nel testo su riportato. Mentre dunque il *bonorum possessor* verrà in possesso del patrimonio ereditario, le *personae exceptae* avranno conservata la quota testamentaria loro assegnata, al massimo fino all'ammontare di una *portio virilis*¹¹⁹.

6. *La 'querela inofficiosi testamenti' e la rescissione parziale del testamento.*

Ma l'*ius honorarium* si spinse ancora oltre. I pretori, infatti, vollero dare alla parentela sia agnatizia che cognatizia una difesa ancora più in-

¹¹⁹ Cfr. pure, per la moglie e la nuora, Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.10.

cisiva, permettendo appunto, che innanzi ai loro tribunali si impugnasse la validità dei testamenti in cui i parenti più prossimi del testatore fossero stati ingiustamente diseredati o trascurati.

Il mezzo giudiziario a ciò predisposto fu la *querela inofficiosi testamenti*, sulle cui origini e la cui evoluzione non è qui il caso di soffermarsi, non rilevando nell'economia del discorso che stiamo conducendo. Occorre semplicemente ricordare che essa aveva assunto una sua stabile fisionomia sicuramente già alla fine del I sec. d.Cr., con la definitiva affermazione di una certa prassi del Collegio centumvirale, competente a giudicare in materia ereditaria, una prassi che si venne sviluppando gradualmente, «attraverso tentennamenti ed incertezze»¹²⁰, da quando, a partire dall'ultima età repubblicana, in concomitanza quindi col diffondersi dell'usanza dell'istituzione di *heredes extranei*, ci si avvale dell'espedito retorico del *color insaniae* che avrebbe colpito il testatore che avesse redatto un testamento escludendo dalla successione alcuni prossimi parenti, non agendo così in maniera conforme al suo dovere di affetto (*officium pietatis*) verso costoro.

Il parente prossimo, non possessore dei beni ereditari, che era stato preterito o diseredato senza un giusto motivo, avrebbe potuto sperare la

¹²⁰ Sul punto vd. per tutti M. MARRONE, voce '*Querela inofficiosi testamenti*', in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 670 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 2003, 143 ss.; *contra* però L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 13 ss.

ruolamento al congedo, dopo di che all'ex militare sarebbe spettato un anno per fare testamento in forma ordinaria¹⁵¹, e quindi seguendo le regole comuni (Ulp. 45 *ad ed.* D. 29.1.11.2-13.1)¹⁵², con Giustiniano esso valse solo per i militari *in expeditione occupati*¹⁵³. Il che determinò una diversa impostazione dell'istituto, riducendosi tale testamento ad una facilitazione legata al verificarsi di eccezionali circostanze, che obiettivamente rendevano difficile la redazione del testamento¹⁵⁴, con conseguente ulteriore ridimensionamento della deroga.

Ma passiamo ad esaminare adesso i brani ai quali faceva riferimento Sanfilippo:

¹⁵¹ Afric. 4 *quaest.* D. 29.1.21: *Quod constitutum est, ut testamentum militiae tempore factum etiam intra annum post missionem valeret, quantum ad verba eius ad eos dumtaxat qui mitti solent id beneficium pertinere existimavit ...*

¹⁵² Ulp. 45 *ad ed.* D. 29.1.11.2: *Si filius familias ignorans patrem suum decessisse de castrensi peculio in militia testatus sit, non pertinebunt ad heredem eius patris bona, sed sola castrensia ...* 13.1: *sed si iam veteranus decessit, universa bona etiam paterna ad heredem pertinere castrensiarum Marcellus libro decimo digestorum scribit: neque enim iam potuit de parte bonorum testari.*

¹⁵³ Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 6.21.17 (a. 529): *Ne quidam putarent in omni tempore licere militibus testamenta quomodo voluerint componere, sancimus his solis, qui in expeditionibus occupati sunt, memoratum indulgeri circa ultimas voluntates conficiendas beneficium.*

¹⁵⁴ Da regime privilegiato il testamento militare divenne così forma speciale di testamento ordinario, e come tale è passato nelle moderne legislazioni (artt. 617-618 cod. civ.).

pr.)¹⁴⁷. Con tali concessioni, da prima appunto personali e poi generali, si accordò ai militari la facoltà di far testamento *quomodo velint quomodo possint* (Gai 2.114)¹⁴⁸. Ciò pertanto determinò la possibilità di deviare dalle regole, e formali e sostanziali, del diritto comune, fino al punto che Caracalla ebbe modo di affermare, in un suo provvedimento¹⁴⁹, che i testamenti militari *iuris vinculis non subiciantur*, anche se non possono valere, come afferma Trifonino, *sine observatione legum*¹⁵⁰.

Però, se in epoca classica questo testamento si applicò a tutti i militari, di terra e di mare, dall'ar-

¹⁴⁷ Ulp. 45 *ad ed.* D. 29.1.1 pr.: *Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. Postea vero primus divus Titus dedit: post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque et Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: 'Cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris'.*

¹⁴⁸ *Igitur si quaeramus, an valeat testamentum, inprimis advertere debemus, an is qui id fecerit habuerit testamenti factionem; deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam inperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere.*

¹⁴⁹ Cfr. C. 6.21.3 del 213, su cui vd. oltre nel testo.

¹⁵⁰ Cfr. D. 49.17.19.2, su cui ci intratterremo tra breve.

vindicatio hereditatis contro l'erede testamentario possessore, sostenendo la nullità del testamento sulla base dell'insania del testatore.

Certo, si trattava di istanze che sarebbero state decise dall'apposito collegio di giudici privati: i centumviri; ma tali cause, ancora avanzate ricorrendo all'antico rituale delle *legis actiones*, anche quando Augusto ufficializzò il processo formulare, poi rimpiazzato, plausibilmente già a partire dall'età di Adriano¹²¹, dalla nuova procedura della *cognitio extra ordinem*, strumenti indispensabili per dare immediata esecutività ad una eventuale sentenza favorevole all'istante¹²², erano pur sempre presentate, nella fase *in iure*, davanti al pretore, successivamente sostituito dal funzionario imperiale, al quale, alla fine, sarebbe spettato di accoglierle o meno.

¹²¹ In tal senso da ultimi L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 13 ss.; L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 350 ss.

¹²² Il che vale non solo per la *cognitio*, ma anche per la *legis actio sacramento in rem*; lo afferma Gai 4.48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem <aurum> argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat.* Così, sulla scia di J.M. KELLY, *Studies in the Civil Jurisdiction of the Roman Republic*, Oxford, 1976, 29 ss.; L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 135 ss.

In ultima analisi, a prescindere da quale possa essere stata la motivazione, anche politica¹²³, per la quale si lasciò che a decidere su questioni nelle quali si trattasse di valutare l'invalidità di testamenti validi dal punto di vista dello *ius civile* fosse il collegio centumvirale, è certo comunque che, prevedendo la *querela* una fase *in iure* prima di quella *in iudicio apud Centumviros*, fase che appunto si svolgeva innanzi al pretore, è logico concludere che anche quest'ultimo giuocava in proposito un suo ruolo significativo. A lui solo, infatti, spettava di ammettere che controversie relative all'invalidità del testamento giungessero innanzi ai centumviri, consentendo conseguentemente che tale collegio di giudici privati emettesse le sue sentenze innovatrici¹²⁴.

Con questo non si vuole concludere che la *querela inofficiosi testamenti* sia derivata dalla *bonorum possessio contra tabulas*, come pure si è sostenuto in dottrina¹²⁵; non può comunque escludersi che i detentori del potere giurisdizionale siano interve-

¹²³ Sul punto da ultimo vd. L. GAGLIARDI, '*Decemviri?*', cit., part. 267 s.

¹²⁴ In tal senso anche L. GAGLIARDI, '*Decemviri?*', cit., 268 s.

¹²⁵ È la tesi di M. WLASSAK, voce *Centumviri*, in *RE.*, III, 2, Stuttgart, 1899, 1943 ss., successivamente sviluppata anche da F. VON WOES, *Das römische Erbrecht*, cit., 178 ss., e seguita pure, tra gli altri, da G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 412 ss., ma contestata, tra gli autori più moderni, da L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 25 ss., part. 55; L. GAGLIARDI, '*Decemviri?*', cit., 261 ss., ai quali rinviamo per la sterminata letteratura sull'argomento.

caico *testamentum in procinctu*, è comunque oggi diffusa l'opinione che il *testamentum militis*, quale si presenta in epoca classica, sia un istituto piuttosto recente¹⁴⁶. Esso ha avuto origine infatti da alcune concessioni di Cesare, cui altre ne seguirono da parte dei Flavi e di Nerva, finché con Traiano il privilegio costituì l'oggetto di un *caput tralaticium* nei *mandata imperiali* (Ulp. 45 *ad ed.* D. 29.1.1

¹⁴⁶ Si deve precipuamente a V. ARANGIO-RUIZ (*L'origine del 'testamentum militis' e la sua posizione nel diritto romano classico*, in *BIDR.*, XVIII, 1906, 157 ss., ora in *Scritti*, cit., I, cit., 19 ss.) l'essersi distaccato dall'opinione tradizionale che vedeva nel *testamentum militis* scervo di forme una derivazione o un residuo dell'antichissimo *testamentum in procinctu*. Secondo l'illustre a., infatti, l'origine storica del *testamentum militis* risiedeva nel fatto che l'*exercitus Romanus* sarebbe stato composto, nell'epoca delle guerre civili a Vespasiano e su di lì, di contingenti provinciali sino ad essere, appunto sotto Vespasiano, esclusivamente o quasi formato di militari oriundi delle province ai quali, quindi, sarebbe stato concesso di dichiarare le loro ultime volontà non in forme arbitrarie, bensì secondo il costume del loro paese di origine. Su questa acuta tesi vd. tuttavia i rilievi di A. GUARINO, *Sull'origine del testamento dei militari nel diritto romano*, in *RIL.*, LXXII, 1938-1939, ora in *ID.*, *Pagine*, cit., VI, Napoli, 1995, 346 ss. Sul *testamentum militis* adde comunque anche B. BIONDI, *Successione*, cit., 71 ss.; 236 ss.; M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., 81 ss.; C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I. *La prospettiva storica della giurisprudenza classica*², Milano, 1966, 752 ss.; V. SCARANO USSANI, *Il «testamentum militis» nell'età di Nerva e Traiano*, in '*Sodalitas*'. *Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli, 1984, 1383 ss.; M. PÉREZ SIMEÓN, '*Nemo*', cit., 215 ss. Ulteriore bibliografia in A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., 431 s. e nt. 28.3.

Sanfilippo il quale, riprendendo un'osservazione del Solazzi, secondo cui il fatto di morire parzialmente testato spesso «non dipendeva solamente dalla volontà del testatore, bensì pure da volontà e fatti a lui estranei o postumi»¹⁴⁵, ha addotto due esempi testuali che chiarirebbero e confermerebbero, a suo dire, l'osservazione del *conlega maior*.

Trattasi di D. 29.1.37 di Paolo e di D. 49.17.19.2 di Trifonino, entrambi riguardanti il *testamentum militis*, in riferimento al quale, come si è detto, il principio *nemo pro parte etc.* avrebbe subito una eccezione.

Com'è a tutti noto, sebbene non sia mancato chi ha supposto una sua connessione con l'ar-

¹⁴⁴ Si cfr. al riguardo comunque pure, oltre S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 219 s., C. FADDA, *Concetti*, cit., I, cit., 367 s.

¹⁴⁵ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 237: «Né per diritto classico né per diritto giustiniano io credo accettabile l'opinione, secondo cui la regola *nemo pro parte* non significherebbe già che concorrenza di delazione legittima e delazione testamentaria non possa mai darsi, ma che non possa derivare dal fatto del testatore, il quale abbia disposto di parte dei suoi beni. Questa formula non risponde nemmeno al pensiero dei compilatori, i quali non avrebbero potuto logicamente dar risalto alle eccezioni, se avessero concepito la regola nel modo che piace oggi alla maggioranza degli scrittori. Ma soprattutto la formula restringe artificialmente il senso e il valore della regola, poiché dimentica che il morire testato o intestato anche pei Romani non dipendeva solamente dalla volontà del testatore, bensì pure da volontà e fatti a lui estranei e postumi».

nuti nelle controversie d'invalidità, controllando la fase *in iure* e favorendo conseguentemente l'accesso dei litiganti, per ragioni appunto d'invalidità testamentarie, alla successiva fase *in iudicio*.

E se il sistema descritto giovò in un primo tempo solo agli eredi civili *ab intestato*, essendo essi soltanto in grado di affermare, *in iure*, la propria titolarità sulla *hereditas*, attraverso la *legis actio sacramenti in rem*, successivamente, con l'introduzione della *legis actio per sponsionem*¹²⁶, in cui sull'attore soltanto incombeva l'onere di affermare e provare quella titolarità, di tale sistema si avvalsero anche i *cognati*, i quali pure nel caso in cui non avessero rivestito la qualifica di possessori, e quindi di convenuti, l'avrebbero potuta ottenere, sempre grazie al pretore, attraverso la concessione della *bonorum possessio*¹²⁷ che, nello specifico, avrebbe assunto il nome tecnico di *bonorum possessio litis ordinandae gratia*¹²⁸.

¹²⁶ Ai tempi di Cicerone: vd. L. GAGLIARDI, *'Decemvir'*, cit., 128 ss.

¹²⁷ Vd. in proposito il caso descritto da Valerio Massimo 7.7.5, cit. a nt. 114.

¹²⁸ È quanto ha sostenuto precipuamente M. MARRONE, *'Querela inofficiosi testamenti'*, Palermo, 1962, part. 56; ma vd. anche *Sulla natura della 'querela inofficiosi testamenti'*, in *SDHI*, XXI, 1955; ID., *Di nuovo in materia di «querela inofficiosi testamenti»*, in *AUPA*, XXVII, 1959, ora in ID., *Scritti*, cit., I, cit., rispettivamente 3 ss.; 102 ss. Sull'argomento da ultimo L. GAGLIARDI, *'Decemvir'*, cit., 288 ss.

Al collegio centumvirale spettava l'eventuale annullamento del testamento per *color insaniae* del testatore, che avrebbe conseguentemente portato all'apertura della successione *ab intestato*, intendendosi con questa espressione ormai non solo quella regolata dallo *ius civile*, bensì anche quella introdotta dallo *ius honorarium*¹²⁹.

Ora, anche in sede di giudizio centumvirale si poteva presentare la stessa ipotesi che abbiamo visto profilarsi nel caso di *bonorum possessio contra tabulas*, cioè che il querelante vittorioso fosse parente di pari grado dell'istituito.

Bene, a questo proposito la soluzione più semplice rispetto alle esigenze portate avanti dai centumviri, volte alla tutela dei legami familiari sia agnatizi che cognatizi, sarebbe stata quella di annullare il testamento favorendo i querelanti vittoriosi, successori *ab intestato*. Il parente di pari gra-

¹²⁹ In tal senso depono part. Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.6.1: *Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patrem familias facit.* Dal testo si desume, infatti, che se la querela è intentata da chi non è ad essa legittimato, in quanto non successore *ab intestato*, l'eventuale rescissione del testamento sarebbe andata a vantaggio di coloro *qui habent ab intestato successionem*. Sul testo cfr., tra gli altri, con bibliografia, A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela' alla 'portio legitima'. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, Milano, 1996, 3; adde M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 319 ss.; L. GAGLIARDI, 'Decemvir?', cit., 359 nt. 649.

punto la rescissione parziale avviene *iure civili*, essendo la *querela* inquadrata nel sistema civile¹⁴².

La verità, come si è più volte puntualizzato, è che la prospettiva dalla quale parte la maggior parte degli autori è errata: l'assioma *nemo etc.* non vietava già che la concorrenza delle due delazioni potesse verificarsi, ma vietava semplicemente che tale concorrenza fosse disposta dal testatore; il principio, infatti, in tutti i casi esaminati, non è violato dal testatore, ma dall'intervento delle forze giuridiche esistenti: giurisprudenza, pretore, imperatore, intervento finalizzato alla tutela delle aspettative di quanti, legati al *de cuius* da particolari vincoli parentali, si erano visti esclusi dalla sua successione.

Questa limitazione del contenuto della regola è stata tuttavia definita dal Bonfante «artificiale»¹⁴³. Contro di essa si è inoltre posto anche¹⁴⁴

¹⁴² Cfr. in proposito soprattutto C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 69 ss.; ma vd. anche L. DI LELLA, 'Querela', cit., part. 228; 245 ss.

¹⁴³ P. BONFANTE, *Corso*, cit., VI, cit., 225 s.: «Si dice per vero a fine di ridurre la regola entro confini irreprensibili ch'essa non significa che concorrenza di delazione legittima e delazione testamentaria non si possa mai avere, ma che il testatore non può così disporre. Ora noi non neghiamo che per formulare un principio pratico irreprensibile, si possa ridurre la regola entro questi confini: ma evidentemente tale limitazione è artificiale, e questo senso così povero, questo valore formalistico non è il significato originario».

della volontà testamentaria, tutelare anche i diritti dei successori *ab intestato*, fossero essi successori civili o pretori. Ma per dar seguito ad entrambe le aspettative, quella del defunto da un lato, e quella degli *latu sensu* ‘aventi diritto’ dall’altro, non è assolutamente vero che si sia derogato alla regola del *nemo pro parte, etc.* Tant’è che questa regola risulta ancora salda nel diritto giustiniano (cfr. I. 2.14.5).

Ovviamente, di fronte ai testi adottati nei §§ precedenti, in cui si sarebbe assistito all’attacco o addirittura alla violazione di essa, la dottrina non ha mancato di giustificare come ha potuto tali presunte eccezioni: si è infatti osservato che, almeno dal punto di vista formale, la regola sarebbe rimasta inalterata, visto che in diversi casi l’eccezione restava al di fuori dell’ambito dello *ius civile*, come, per es., in riferimento alla figlia preterita, non si sarebbe avuto concorso di due delazioni ma finzione che la figlia fosse anch’essa erede testamentaria; o quando il preterito ottiene la *bonorum possessio*: anche in tal caso non vi sarebbe stata compresenza di due *heredes* diversamente vocati, ma di un *heres* e di un *bonorum possessor*. In ogni caso si è comunque detto che queste osservazioni non possono valere quando c’è vittoria parziale nella *querela inofficiosi testamenti*, in cui ap-

do istituito avrebbe conseguentemente potuto avvantaggiarsi della *querela* non in quanto erede testamentario, ma in quanto anch’egli erede *ab intestato*. Anche in tal caso, tuttavia, l’annullamento del testamento avrebbe trascinato con sé le altre disposizioni ad esso collegate: nei limiti del possibile, dunque, occorreva ancora una volta salvare l’*institutio heredis*.

Che alla matura giurisprudenza romana la questione non fosse estranea lo si desume da una serie di testi, appartenenti a giuristi dell’età severiana, che però prospettano una diversità di vedute al riguardo¹³⁰. Un orientamento meno flessibile appare quello portato avanti dal giurista Paolo, il quale è dell’avviso che il testamento vada in ogni caso rescisso integralmente, pure qualora il querelante vittorioso fosse parente di pari grado dell’istituito. In questa direzione è la soluzione contenuta in:

¹³⁰ In proposito *amplius* L. DI LELLA, ‘*Querela*’, cit., 197 ss., con letteratura più antica. *Adde* ID., voce *Successione necessaria*, cit., 1343 ss.; J. RIBAS-ALBA, *Una pretendida controversia entre Papiniano-Ulpiano y Paulo: en torno a D. 5.2.19 (Paulo, 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legítima*, in *Iura*, XXXIX, 1988, 75 ss., il quale nega l’esistenza di una diversità di opinioni al riguardo, ma con motivazioni non del tutto convincenti (in tal senso vd. pure A. SANGUINETTI, *Dalla ‘querela’*, cit., 6, nt. 12); sul punto cfr. comunque da ultimi anche S. QUERZOLI, *I ‘testamenti’*, cit., 219 ss.; L. GAGLIARDI, ‘*Decemvir*’, cit., 359 ss.

Paul. 2 quaest. D. 5.2.19: *Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et optinuit. quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit. Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset; itaque dici potest eam quae ommissa est etiam, si totam hereditatem ab intestato petat et optineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso: praeterea dicendum est non esse similem omitenti eam, quae ex testamento adiit: et ideo ab extraneo semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur, ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi qui sciant ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant. ... Ex quibus apparet non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis.*

Una madre, in procinto di morire, istituisce erede un estraneo per i tre quarti ed una figlia per il rimanente quarto, mentre preterisce una seconda figlia la quale, impugnato il testamento con la

all'eredità *lege* non si dirà impropriamente anche per quell'eredità deferita per testamento, poiché la stessa legge delle XII Tavole conferma le eredità testamentarie. Per il giurista autore del brano l'antitesi tra eredità legittima ed eredità testamentaria dunque sfuma, trovando entrambe le due cause di delazione il loro fondamento nella legge decemvirale, alla quale si deve da un lato la conferma della chiamata testamentaria (*si intestato moritur*) e dall'altro la chiamata dei *sui*, di tutti i *sui*, in posizione di parità tra di loro, retaggio dell'antico *consortium*, con l'aggiunta, in mancanza di essi, della possibilità offerta all'*adgnatus proximus* ed ai *gentiles* di *familiam habere*. Il testamento, dunque, in questa nuova prospettiva non ha più la forza di una *lex*¹⁴¹, ma trova il suo fondamento nella legge, in quella stessa legge che stabiliva la considerazione dei vincoli familiari.

7. *Effettiva persistenza del principio fin'oltre a Giustiniano; l'eccezione riguardante il 'testamentum militis'.*

Le decisioni passate in rassegna nei §§ precedenti, appaiono finalizzate, in ultima istanza, al raggiungimento di un solo obiettivo: nel rispetto

U. COLI, *Il testamento*, cit., 627; F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 389 ss., con altra bibliografia.

¹⁴¹ Si ricordino a questo proposito le parole di Cicerone, *Phil.* 2.42.109: *In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum* (vd. *retro*).

trovato, anche quando in diritto postclassico e soprattutto giustiniano si cercò di restringere il campo d'azione della *querela inofficiosi testamenti*, fissando dei limiti alla legittimazione attiva alla stessa e stabilendo la quota che in ogni caso il testatore avrebbe dovuto riservare ai legittimari, per evitare loro contestazioni¹³⁹.

Ma un tentativo in questa direzione può forse individuarsi in quanto Ulpiano, o chi per lui, afferma in

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.*

A prescindere dalla sua autenticità¹⁴⁰, nel testo in questione, infatti, si sottolinea che pervenire

¹³⁹ Così A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 9 ss.

¹⁴⁰ Gli studiosi si sono appuntati particolarmente sull'espressione *non inproprie*, che correggono con *non proprie* (vd. part. G. SEGRÉ, 'Obligatio', 'obligare', 'obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, in *Studi Bonfante*, III, Milano, 1930, anche in ID., *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 279, nt. 76; A. GUZMAN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona, 1976, 106. *Contra* vd. di recente F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 390 s., nt. 837); attribuisce inoltre il brano ad uno «scolastico bizantino» S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, 1925-1937, Napoli, 1960, 92; ID., *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 41, nt. 2; 209, nt. 2; 211 s. Sul passo vd. comunque anche M.F. LEPRI, *Saggi*, cit., 44 s. e nt. 2;

querela, risulta vincitrice. Il quesito posto al giurista è questo: come può prestarsi soccorso alla figlia regolarmente istituita. Paolo risponde che la figlia omessa deve rivendicare ciò che avrebbe avuto se la madre fosse morta intestata. Ma benché si possa sostenere che l'omessa, chiedendo tutta l'eredità (*ab intestato*) la possa ottenere come se l'altra avesse rifiutata l'eredità legittima, ciò *non est admittendum* visto che la querela non è intentata contro la sorella istituita; inoltre colei che adì per testamento non può paragonarsi ad un erede rinunciante. In base a ciò la querelante potrà rivendicare dall'estraneo solo la metà dell'eredità. Si potrebbe pertanto sostenere l'annullamento parziale del testamento, ma il giurista a questa soluzione obietta che l'*iudicium ultimum* della testatrice appare tutto da riprovare, *quasi furiosae*. Per altro verso, se si parte dal presupposto dell'annullamento totale del testamento, in ogni caso la figlia istituita potrà sempre adire l'eredità *ab intestato*. Paolo così conclude che la preterita *non recte* potrà rivendicare tutta l'eredità, visto che, rescisso tutto il testamento, si fa salvo in ogni caso il diritto dell'istituita di adire l'eredità per legge¹³¹.

Come può ben notarsi, nel trovare la soluzione volta alla tutela della figlia regolarmente istituita, il giurista severiano prospetta anche la possibi-

¹³¹ Sul testo vd., tra gli altri, S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., 364 ss.; tra gli aa. più recenti, L. DI LELLA, 'Querela', cit., 211 ss.; M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 332 ss.; L. GAGLIARDI, 'Decemvir?', cit., 360 s., nt. 653.

lità di una conservazione parziale del testamento, che tuttavia è scartata stante l'incompatibilità esistente tra rescissione parziale e il *color insaniae* che inevitabilmente finisce con l'intaccare l'intero atto *mortis causa*, una motivazione che si riscontra in altri luoghi¹³² e che è ripresa anche da Trifonino¹³³.

Diversamente orientato è invece, sulla scia di Scevola¹³⁴, Papiniano.

¹³² Cfr., dello stesso Paolo, pure D. 5.2.28, da noi prima esaminato, ove la decisione di Adriano per cui libertà e legati dovevano essere prestati dall'erede, nonostante egli non fosse quello nominato nel testamento, è oggetto di osservazione da parte di Paolo, essendo per lui indubitabile che libertà e legati venissero travolti dalla rescissione del testamento e conseguente apertura della successione legittima (vd. oltre). Dello stesso giurista vd. anche Paul. 2 *quaest.* D. 5.2.17 pr. e Paul. *l. sing. de inoff. test.* D. 5.2.23.2, ove egli riconnette ancora alla impugnativa un effetto rescissorio totale e quindi apertura della sola successione intestata: cfr. ancora L. DI LELLA, 'Querela', cit., 220 ss.; 225 ss.

¹³³ *Apud Scaevolam lib. 18 digest.* Claudius notat D. 32.36: *Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.* Sul passo L. DI LELLA, 'Querela', cit., 240 s.

¹³⁴ Scaev. 3 *resp.* D. 5.2.13: *Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita cavuit: 'Ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo'. Quaesitum est, si soror centumvirali iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. Respondi: si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab*

cessione intestata nei limiti in cui il testamento è riconosciuto inofficioso: entro questi limiti soltanto legati e fedecommissi non saranno dovuti, anche se in ogni caso rimarranno valide le libertà, sia dirette che fedecommissarie. Ancora una volta, dunque, sebbene *e contrario*, si desume come per la parte in cui il testamento rimane valido mantengono la loro validità le disposizioni accessorie, come legati, appunto, e fedecommissi¹³⁸.

La soluzione escogitata rappresentò quindi, per una parte della giurisprudenza classica almeno, una conseguenza inevitabile, che avrebbe permesso di tutelare, nei limiti del possibile, la volontà testamentaria, destinata a subire un grosso smacco per opera del pretore, a favore della tutela dei vincoli familiari di cui egli si erse a paladino.

Una determinazione, questa, non accolta però da tutti. Altri giuristi, come Paolo e Claudio Trifonino, furono di contrario avviso, ritenendo che la volontà testamentaria intaccata dal *color insaniae* dovesse essere *in toto* rigettata.

Questa disparità di vedute, che traspare ancora nei *Digesta*, è un chiaro indizio della difficoltà di trovare un equilibrio tra la tutela della libertà di disporre per testamento e gli interessi dei legittimari, fossero essi parenti agnatici che cognatici, un equilibrio che si è detto probabilmente mai

¹³⁸ Su C. 3.28.13 vd. per tutti L. DI LELLA, 'Querela', cit., 255 s.; M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 348 s.; L. GAGLIARDI, 'Decemvir?', cit., 361 e nt. 655.

Che nel caso specifico il testamento sia rescisso solo in parte sembrerebbe ulteriormente comprovato dall'affermazione paolina, posta nel brano successivo (un'aggiunta giustiniana?) appositamente riferita al fine di riportare un pensiero storpiato di Paolo per ricondurre anche a lui l'opinione della rescissione parziale, privilegiata dalla legislazione imperiale¹³⁷. È quanto può ritenersi in base alla costituzione di Gordiano III del 239 d.Cr., riportata nel Codice:

Imp. Gordianus A. Prisciano C. 3.28.13 (a. 239): *Cum duobus heredibus institutis, uno ex quinque, altero ex septem unciis, adversus eum qui ex septem unciis heres scriptus fuerat iusta querella contendisse, ab altero autem victum fuisse adlegas, pro ea parte, qua resolutum est testamentum, cum iure intestati qui obtinuit succedat, neque legata neque fideicommissa debentur, quamvis libertates et directae competant et fideicommissariae praestari debeant.*

La vittoria ottenuta nei confronti di uno solo degli eredi istituiti determina l'apertura della suc-

mento dichiarato *inofficiosum*: *nam cum inofficiosum testamentum arguit, nihil ex eo testamento valet* (cfr. D. 5.2.28, cit.). Su D. 31.76 pr. vd. per tutti S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 226 s. e nt. 88, con letteratura.

¹³⁷ Sul testo in esame vd. anche, per la letteratura più antica, S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., I, cit., 334 s.; più di recente, L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 207 s.; S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 226 e nt. 87; M. PÉREZ SIMEÓN, *'Nemo'*, cit., 336 ss.

Secondo l'impostazione di quest'ultimo, condivisa pure da Ulpiano¹³⁵, il querelante avrebbe

intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente. Il caso riguarda l'istituzione ereditaria di una figlia della testatrice ed il lascito di un legato ad un figlio maschio, con plausibile esclusione di un'altra figlia, la quale riesce ad ottenere una pronuncia di inofficiosità del testamento. L'essenza della *quaestio* consiste nella possibilità o meno di rendere operativa la clausola impiegata dalla testatrice: *Ea omnia – fidei eius committo*. L'affermativa risposta di Scevola comporta che la sorte del fedecommesso non risulta affatto pregiudicata dall'efficacia rescissoria della *querela*, e ciò di contro all'opinione di Paolo il quale invece ritiene che la dichiarazione di inofficiosità e la conseguente rescissione del testamento non possa non travolgere il fedecommesso dal momento che un testamento inofficioso viene considerato tale in quanto redatto *quasi a demente* e pertanto da persona priva di capacità testamentaria. Sul testo vd. L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 236 ss., con ampia letteratura, cui adde L. GAGLIARDI, *'Decemvir'*, cit., 217 s. e nt. 264.

¹³⁵ Cfr. Ulp. 48 *ad Sab.* D. 5.2.24: *Circa inofficiosi querellam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. Quid enim, si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videtur*; Ulp. 2 *disp.* D. 5.2.25.1: *Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet, et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse*; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.8: *Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem facit qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati. Et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam*

potuto ricevere solo quella quota che gli sarebbe spettata *ab intestato*. Si sarebbero salvate in tal modo le istituzioni di eredi testamentari non confliggenti con l'interesse del querelante all'attribuzione della sua quota *ab intestato*. Il testamento non sarebbe stato rescisso integralmente ma in parte:

Pap. 6 resp. D. 37.7.6: *Pater filium emancipatum heredem instituit et filiam exheredavit, quae inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit. Non esse fratrem bona propria conferre cogendum respondi: nam et libertates competere placuit* Paul. 11 resp. 7. *nec ipsa dotem fratribus suis conferet, cum diverso iure fratres sunt heredes.*

Un padre ha istituito un figlio emancipato ed ha diseredato la figlia: questa, esperita vittoriosamente la *querela*, *partem dimidiam hereditatis abstulit*. E ciò perché si tien conto dell'ordine successorio introdotto dal pretore attraverso la concessione della *bonorum possessio ab intestato*. Pertanto, avendo entrambi i figli, sotto il profilo della parentela cognatizia, pari titolo all'eredità paterna, la *querela*, pur vittoriosamente esperita, finisce con l'avere un effetto parziale, perché, nella misura del diritto spettantegli in quanto anch'egli figlio, l'*heres scrip-*

petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit. Su questi passi L. DI LELLA, 'Querela', cit., 194 ss.; 205 ss.

tus avrebbe avuto in ogni caso diritto, come cognato di pari grado del diseredato, all'eredità. Solo che la rescissione totale del testamento avrebbe prodotto come ulteriore effetto l'invalidità anche delle altre disposizioni testamentarie dipendenti, prima fra tutte le libertà. Pertanto, tra le due cause di acquisto: il testamento e la qualità di cognato, Papiniano, *favore testamenti*, mostra di privilegiare la prima, con l'ulteriore conseguenza che, nei limiti del semisse, il testamento verrà rafforzato, restando salve pure le altre disposizioni, a cominciare dalle manomissioni¹³⁶.

¹³⁶ In proposito cfr. comunque pure Pap. 7 resp. D. 31.76 pr.: *Cum filius diversis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset atque ita variae sententiae iudicum extitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, constitit. Sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset.* Qualora il figlio abbia ottenuto sentenze contrastanti da parte dei centumviri, in seguito ad impugnativa del testamento materno nei riguardi di più istituiti, si avrà concorso tra delazione testamentaria e intestata, con la conseguenza che i legati, compresi quelli *per praeceptiones*, non saranno dovuti, ma solo proporzionalmente alla parte dei beni che il querelante abbia sottratto alla successione testamentaria, mentre le libertà *placuit* che competessero per intero. In ultima analisi, Papiniano, accettando la tesi della rescissione parziale del testamento, salva in parte le disposizioni accessorie in esso contenute, ad eccezione delle manomissioni che, in adesione all'orientamento dominante, ritiene debbano essere salvate per intero (cfr. pure Pap. 11 resp. D. 44.2.29 pr.), e ciò in netta contrapposizione all'opinione di Paolo, secondo la quale nulla si può salvare di un testa-

fondamento affermare che nella società medievale e moderna la successione legittima «abbia avuto «rispetto a quella testamentaria un'importanza di gran lunga superiore»²¹⁷.

Non dobbiamo invero dimenticare che sul rapporto tra le due cause di delazione incidenza notevole ebbero le idee giusnaturalistiche che motivavano la successione ereditaria come un risultato del diritto di proprietà, e che le istanze individualistiche di tale movimento di pensiero giustificavano la successione legittima stessa attraverso il ricorso ad una presunzione di volontà del *de cuius* il quale non aveva potuto manifestarla direttamente. Tali idee, a loro volta, esercitarono delle forti ripercussioni sulla politica legislativa della Rivoluzione francese. Proprio il prevalere dell'individualismo portò alla consacrazione della

²¹⁷ Così C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 747; ma cfr. anche E. BESTA, *Le successioni*, cit., 9 s., il quale osserva che «sulla fine del secolo decimoquinto i testamenti ricominciano a farsi più radi; e non fu certo causa di rarefazione il venir meno della ricchezza, chè anzi questa andava continuamente crescendo. Ora il testamento fu effettivamente compiuto soprattutto dai nobili e dai ricchi. Tra questi tornava ad imporsi il *favor agnationis*»; in termini analoghi si esprime pure P.S. LEICHT, *Il diritto*, cit., 269: «Prevalse ... nel periodo intermedio, di fronte alla successione testamentaria, la successione legittima, non solo nell'uso pratico, ma anche perché il potere di disporre con atto di ultima volontà dei propri beni fu circondato da tutta una serie di restrizioni che ne scemarono il vigore».

per legge avevano diritto, permettendo ad essi di acquistare almeno quella parte del patrimonio del quale il militare eventualmente non avesse disposto.

8. *La successione nel diritto longobardo.*

In conformità a quanto precede si può perciò concludere che il principio di incompatibilità tra le due cause di delazione è rimasto fermo per tutto l'arco dell'esperienza giuridica romana. Non a caso esso è infatti enunciato nell'opera di Leone il Saggio, e precisamente nel titolo *de diversis regulis iuris antiqui* (Bas. 2.3.7), segno evidente della sua permanenza appunto ancora in pieno IX secolo.

Quali cause allora incisero sul suo superamento, determinando la conseguente possibilità, ancora oggi esistente pure nella nostra legislazione, di un concorso tra successione testamentaria e intestata? È questo l'interrogativo al quale dobbiamo adesso rispondere.

Si è già ricordato come per i Romani *caput et fundamentum* del testamento fosse l'*heredis institutio* che, comportando l'attribuzione di una qualità personale, quella di *heres*, appunto, rappresentò la ragione fondamentale per la quale se esisteva un erede o più eredi designati dal *de cuius* non si poteva fare luogo alla successione legittima. La designazione doveva infatti avvenire in una forma prestabilita, la cui solennità resistette più tenace-

mente allo sfacelo delle arcaiche forme solenni giacché non era, come efficacemente è stato detto, «pura forma», ma aveva una sua «sostanziale ragion d'essere»¹⁶¹, permettendo in concreto di distinguere in modo preciso l'erede, successore *in locum et ius*, da un semplice legatario, successore a titolo particolare.

Ma l'istituto del testamento, col suo fiore all'occhiello, rappresentato appunto dall'*institutio heredis*, nel periodo successivo a Giustiniano dovette fare i conti col mutamento delle condizioni politiche, sociali ed economiche in cui si trovò ad operare. La delazione testamentaria nel suo complesso subì infatti un grosso smacco in seguito alla penetrazione in Italia dei principi di diritto ereditario germanico.

Non c'è dubbio che il diritto ereditario romano abbia continuato ad avere vigore in Italia, anche dopo che gran parte della penisola fu conquistata dai Longobardi. Il fatto nuovo che però caratterizzò la storia della materia successoria nell'età alto-medioevale non fu tanto la persistenza delle leggi romane, quanto invece l'introdu-

¹⁶¹ Cfr. per tutti B. BIONDI, *Successione*, cit., 215 ss., part. 217 ss. A questo riguardo, inoltre, riteniamo non privo di significato il fatto che persino i *verba* del formulario della *mancipatio*, pronunciati dal testatore, sopravvivendo all'esperienza giuridica romana, continuarono ad essere tramandati in documenti testamentari franchi, risalenti all'incirca al 700 d.Cr.: vd. M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., part. 239, nt. 4; *amplius*, più di recente, F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 222 s., nt. 468.

ma, anche se, accanto ad essa, la successione c.d. contrattuale si era venuta insinuando per motivazioni di carattere religioso, pienamente aderenti allo spirito dei tempi, e che trovarono la loro espressione nella *donatio pro anima*.

Sebbene nei documenti spesso è messo in evidenza il biasimo verso chi muore intestato, incominciando dalle formule notarili, che solitamente, appunto, contengono la frase «*volens ... vituperium evitare ...*»²¹⁵, le due successioni, quella legittima e quella testamentaria, ebbero uguale diffusione. Non riteniamo infatti di poter condividere né l'opinione di chi sostiene che nel Rinascimento «perdurò la classica preferenza per la successione testamentaria»²¹⁶, né quella di chi sostiene che «se si considerano i compiti diversi delle due forme di successione», si potrebbe «con

²¹⁵ Cfr. C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 747, nt. 4; ma vd. pure N. TAMASSIA, *La famiglia italiana nei secoli decimo quinto e decimo sesto*, Palermo, 1910, 121 ss., il quale comunque a p. 125 precisa che il testatore «può disporre soltanto di una piccola parte dell'eredità per l'anima propria; per tutto il resto, valgono le norme consuete della successione legittima».

²¹⁶ Così A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1930, 824, il quale, però, a p. 828, sembra esprimersi in termini differenti: «Nonostante che l'accoglimento del diritto romano obblighi a dare al testamento il primo luogo nel sistema delle successioni, di fatto la successione legittima conserva sempre il predominio, e anche allora il decoro e la saldezza delle famiglie consigliano a raffigurare il testamento come una deviazione dell'ordine successorio normale».

10. *Le legislazioni codicistiche, con particolare riferimento a quella italiana in materia. Riflessioni finali.*

Nonostante la rinascita degli studi giuridici abbia determinato la diffusione della conoscenza del diritto giustiniano, la ricomparsa del testamento in ogni parte dell'Italia non fece riacquistare ad esso il suo primitivo significato. Gli studiosi di Storia del diritto italiano sono infatti pressoché concordi nell'affermare che «la sua sostanza e il suo spirito» furono «altri»: esso si presenta come «una semplice disposizione patrimoniale, che non può comunque comprendere mai la totalità del patrimonio, e non conosce quindi né una successione universale né una nomina dell'*heres* che continui il *de cuius*»; il che, conseguentemente, determinò il venir meno pure del «divieto di concorso della successione testamentaria con la legittima»²¹⁴.

Gli eventi storici che caratterizzarono i secoli successivi al crollo dell'Impero romano, del resto, non poterono non avere avute profonde ripercussioni sulla società e, quindi, anche sul diritto, che della stessa è una mirabile espressione. Alla sua ricomparsa il testamento vedeva infatti una società che per più di cinque secoli aveva basato tutto il diritto ereditario sulla successione legittima

²¹⁴ Così part. F. CALASSO, *Medioevo del diritto I – Le fonti*, Milano, 1954, 256 s.; ma vd. anche, tra gli altri, P.S. LEICHT, *Il diritto*, cit., 269; 297 ss.; E. BESTA, *Le successioni*, cit., 142; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 747.

zione nella nostra Penisola del diritto successorio germanico, profondamente diverso da quello romano. In proposito, è stato infatti esattamente messo in risalto che tra i diritti germanici diffusi in Italia quello più importante e che ha avuto esclusiva applicazione nel nostro Paese fu senz'altro il longobardo.

A distanza di 75 anni dall'inizio della loro invasione (a. 568), l'attività legislativa dei Longobardi venne inaugurata dall'Editto di Rotari (a. 643). Tale fonte normativa «presenta gl'istituti di diritto privato più rispondenti allo spirito e alla civiltà germaniche»¹⁶².

Ancora vivo ed attuale presso quei popoli risultava, nei primi secoli del Medioevo, quello che Tacito, agli inizi del II sec. della nostra era, ci ha lasciato scritto nel suo *De germania*:

Tac. *de germ.* 20: *Heredes tamen successorisque sui cuique liberi, et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patru, avunculi: quanto plus propinquorum, tanto maior affinium numerus, tanto gratiosior senectus, nec ulla orbitatis pretia.*

Nell'Editto di Rotari, infatti, manca qualsiasi accenno al testamento¹⁶³. Per i Longobardi l'ere-

¹⁶² Cfr. C. GIARDINA, voce *Successioni (dir. interm.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 729 ss.

¹⁶³ La recezione del testamento romano, infatti, rappresenta un fenomeno limitato solo al diritto dei Visigoti e dei Burgundi. *Amplius* sul punto G. VISMARA, *La successione vo-*

dità si tramandava soltanto nell'ambito del nucleo familiare domestico, essendo la consanguineità alla base del loro sistema successorio:

Roth. 153: Omnis parentilla usque in septimum geniculum numeretur, ut parens parenti per gratum et parentillam heres succedat; sic tamen ut qui succedere vult, nominatim unicuique nomina parentum antecessorum suorum dicat.

Solo i parenti, dunque, erano chiamati alla successione ed erano distinti secondo le linee o generazioni (*parentilla*) e secondo i gradi (*geniculum*): si calcolava cioè in ogni linea la prossimità dell'erede al capostipite comune, non andando oltre il settimo grado. Fondamentale risultava dunque il legame di sangue, visto che più vicino era il sangue, più vicina era anche l'eredità. Unica pertanto la causa della successione: la legge¹⁶⁴. In ciò si può individuare un netto contrasto tra la con-

lontaria nelle leggi barbariche, in *Studi A. Solmi*, II, Milano, 1940, ora in ID., *Scritti*, cit., VI, cit., 109 ss., part. 112 ss.; ma vd. anche F. CICCAGLIONE, voce *Successione (dir. interm.)*, in *Dig. it.*, XXII, 3, Torino, 1889-1897, 287 ss.

¹⁶⁴ Sull'ordine successorio secondo il diritto longobardo vd., oltre C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 729 ss., anche F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., 295 ss.; P.S. LEICHT, *Il diritto privato preirmeriano*, Bologna, 1933, 275 ss.; G. GALENO e P. CIPROTTI, voce *Parentela e affinità (dir. romano e vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 390 ss.; A. PADOVANI, voce *Successione legittima (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, cit., 1317 ss.

In maniera più esplicita si esprimerà il Senato di Mantova in una sua decisione dei primi del Seicento, ove si legge:

*Novum non est quod quis decedat pro parte testatus et pro parte intestatus*²¹².

L'incompatibilità tra le due vocazioni appare così definitivamente superata, e ciò, appunto, in conseguenza della mutata concezione dell'*hereditas*, trasformatasi in un semplice acquisto patrimoniale; col testamento si poteva disporre solo di una parte dei beni ereditari, dovendo il testatore tener conto in ogni caso dei diritti dei legittimari e comunque, qualora egli non avesse esaurito l'intero asse, la restante parte sarebbe andata automaticamente agli eredi *ex lege*. Del resto, come afferma esattamente Giardina, «già nell'Alto Medioevo s'era verificato un fenomeno analogo: la successione legittima e la successione contrattuale avevano concorso insieme nel distribuire il patrimonio del *de cuius*; alla prima spettò il compito di dare i beni agli eredi legittimi, alla seconda di assegnare i lasciti *pro anima*, nei limiti della quota disponibile di cui godeva il *de cuius*, cioè svolsero quelle stesse funzioni che saranno proprie, dopo l'XI secolo, rispettivamente della successione *ab intestato* e della successione testamentaria»²¹³.

²¹² *Decisiones Senatus Mantuani*, auct. MANENTI, Venetiis, 1621, su cui vd. C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 744.

²¹³ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 744.

Il superamento del principio d'incompatibilità tra le due delazioni nella Glossa è appena adombrato nell'esegesi di questo o quel testo, ma non ancora pienamente affermato.

Un passo avanti fu fatto invece dai Commentatori, i quali mostrano di basare la compatibilità tra successione legittima e testamentaria sull'osservanza della legge, che imponeva il rispetto dei diritti da essa riservati ai legittimari; è quanto afferma Bartolo nel commentare la Costituzione *de summa Trinitate* posta in apertura al primo libro del Codice giustiniano ad l.1, C.1.1:

*Ratio q. ex legis potestate potest quis decedere pro parte testatus et pro parte intestatus sicut in milite*²¹¹.

instar unius, quo ad ius accrescendi in hereditate, ut ff. De acquirenda hereditate l. Qui patri; interdum plures sunt plures, sicut natura, ita iuris censura, et tunc nullum est ius accrescendi, quod ab eadem causa efficiente debet proficisci, ne unus et idem decedat pro parte testatus et pro parte intestatus, quae ratio cessat in testamentis diversorum, BALDI UBALDI PERUSINII *in sextum Codicis librum Commentaria*, Venetiis, 1599, f. 53 rb. Per Baldo, infatti, la compatibilità in questo caso è giustificata dal fatto che il militare in sostanza disporrebbe di due eredità: quella composta dai beni paganici e quella composta dai beni castrensi.

²¹¹ BARTHOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentaria*, VII, Roma, 1996, n. 38. Cfr. E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padova, 1939, rist. 1971, 137; 177. L'affermazione di Bartolo trova un suo precedente in Ulpiano, D. 50.16.130, su cui ci siamo già soffermati (vd. *retro*).

cezione individualistica del diritto successorio, quanto meno più maturo¹⁶⁵, tipica dei romani, e la concezione germanica, legata all'idea del gruppo e ad una struttura comunitaria, se non proprio collettivistica¹⁶⁶. Nulla era lasciato all'arbitrio del

¹⁶⁵ Non bisogna dimenticare infatti l'istituto del *consortium erctum non citum* che caratterizzò la primitiva storia del diritto successorio romano, e sul quale ci siamo già soffermati: vd. *retro*, il che potrebbe avvalorare l'ipotesi che sia l'originario diritto romano, sia l'originario diritto germanico trovino le loro radici e la loro base nel sistema successorio dei popoli di razza indo-europea. Sull'originario diritto successorio dei popoli germanici e, in particolare, sulle notizie che su di esso ci fornisce Tacito vd. soprattutto F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., 280 ss.

¹⁶⁶ Non vi era infatti erede, distinto per la legittimità di nascita o per sesso o per grado di parentela, che non trovasse indicata nell'Editto la precisa quota ereditaria che gli spettava. Innanzi tutto venivano i figli maschi legittimi, ai quali andava tutta l'eredità paterna (*heredes in omnibus patri succedant*), ad esclusione di ogni altro erede (figlie, sorelle del *de cuius*, parenti) (*Roth.* 171), mentre ai figli maschi naturali sarebbe spettato un terzo dell'eredità in presenza di un figlio legittimo, o una quota in progressione minore qualora i figli legittimi fossero stati due o più (*Roth.* 154); in ogni caso agli stessi, in mancanza di fratelli legittimi, sarebbe andata la terza parte dei beni ereditari (*Roth.* 158; 159; 160). Le figlie legittime nubili, invece, concorrevano all'eredità soltanto se non vi fossero stati fratelli legittimi, per un terzo se la figlia era una, per la metà se due o più (*Roth.* 158; 159). A loro erano equiparate le sorelle legittime nubili del *de cuius*, alle quali spettava la metà dei beni, proporzionalmente con le nipoti (*Roth.* 160). Alle figlie ed alle sorelle sposate, invece, non toccava altro che quello che avessero ricevuto per le nozze (*Roth.* 181). In assenza di figli legitti-

de cuius. All'ereditando era negata qualunque libertà di disporre sul patrimonio familiare che, spettando solo agli eredi del sangue, determinava in loro, se non proprio un diritto, quanto meno una legittima aspettativa che poteva essere frustrata solo per gravi ragioni. I motivi per i quali, infatti, un erede poteva essere colpito da un atto di diseredazione o comunque dichiarato indegno di ricevere l'eredità poggiavano su gravi offese recate al *pater* o alla famiglia¹⁶⁷.

mi, all'eredità erano chiamati gli agnati, cioè i parenti maschi della linea paterna, ai quali spettava una quota fissa, pari ad un terzo, in concorso con una figlia legittima e con uno o più figli naturali, e ad un sesto se le figlie o le sorelle legittime fossero state due o più (*Roth.* 158; 159; 160; 163; 171). Per converso, al padre era riconosciuto il diritto di essere erede di tutto il patrimonio del figlio, qualora gli fosse premorto senza lasciare figli o figlie legittimi o figli naturali (*Roth.* 170). Sulla base di quanto detto si può dunque concludere che il sistema successorio di Rotari era basato sulla consanguineità. Non faceva eccezione l'istituto dell'adozione, accolto dall'Editto (c. 171), dovendosi l'adottato scegliere tra i parenti. L'unica eccezione, invece, era a favore del fisco: la *curtis regia* era infatti chiamata a concorrere all'eredità con le figlie e sorelle nubili legittime e con i figli naturali per la quota fissata in favore dei parenti, se questi non vi fossero stati (*Roth.* 158; 159; 160; 163; 171).

¹⁶⁷ Si pensi al parricidio o al tentativo di uccidere il padre, alle percosse contro il genitore, ad eventuali rapporti avuti con la matrigna (*Roth.* 168; 169); la diseredazione poteva inoltre dipendere dall'aver attentato alla vita dell'ereditando o anche volontariamente contribuito alla sua morte, dall'averlo ferito o dall'aver donato ad estranei ciò che un

ancora M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 223 ss.), fa infatti riferimento al militare che dispone per testamento dei beni castrensi e non di quelli paganici, che pertanto verranno automaticamente assegnati *ab intestato* senza che si faccia alcun riferimento al *probetur* della legge precedente. Bene, in proposito la glossa *possidebit* così si esprime: *Etiam si nihil probet, secundum Iohannem. Sed contra secundum legem proximam in fine, ubi videtur quod mater probet. Solutio: aliud cum quis instituitur in paganis, quia tunc trabuntur castrensia quasi accessoria, ut ibi; aut e contra et tunc non trabuntur, ut hic. at Iohannes contra et intellegit ibi eo ipso probatum, quod non probatus contra*. Anche in questo caso, pur essendo diversa l'opinione di Giovanni Bassiano rispetto a quella del glossatore, alla fine l'uno e l'altro giungono allo stesso risultato. Giovanni individua la prova della volontà del militare nel semplice fatto che non venga provato il contrario. L'autore della glossa, invece, non ritiene necessaria la prova perché, a suo giudizio, questo caso è diverso dal precedente: là, infatti, avendo il *de cuius* disposto dei beni paganici, i castrensi ne avrebbero seguito la sorte come accessori se non si fosse provata la contraria volontà del testatore; qui, invece, avendo egli disposto dei castrensi, i paganici non ne seguono le sorti automaticamente e di conseguenza nessuna prova si richiede perché la successione intestata relativa ad essi sia ammessa accanto alla testata dei primi. Una soluzione differente, volta alla giustificazione della compatibilità esistente nell'ambito del testamento militare tra successione legittima e testamentaria, è invece quella proposta da Baldo *ad L. 1, C. 6.21, Frater: Nota quod miles habet duas haereditates scilicet paganicam et castrensem, et ideo fungitur loco diversorum testatorum et ideo cessat ius accrescendi, quod non habet locum in diversis testamentis, quia ex diversis testamentis ius coniunctionis non contingit, ut ff. Quibus modis ususfructus amittatur, 1. Si sub conditione; et considera quod interdum unus testator censetur ut plures, et tunc, licet sit unus natura, finguntur plures iuris censura; interdum plures censentur ut unus, ut pater et pupillus, et tunc rediguntur ad*

quale provare che il testatore non volle lasciare all'erede dei beni paganici anche quelli castrensi equivale a non provare il contrario: cioè, se non viene provato che il testatore volle disporre a suo favore anche di questi ultimi, significa che egli non volle lasciarglieli. Allo stesso risultato, anche se per altra via, pervengono gli *alii* e con loro l'autore della glossa: la prova che il testatore non volle lasciare anche i suoi beni castrensi all'erede testamentario dei paganici la si trova nella sua volontà manifestata. Facendo testamento solo in riferimento ai beni paganici significa infatti che all'erede nominato egli ha voluto lasciare solo questi e non pure i beni castrensi, in riferimento ai quali, quindi, si aprirà la successione intestata. In ultima analisi, i beni paganici e quelli castrensi vengono considerati quasi come due cose distinte. Solo che, se per l'ipotesi in cui il *de cuius* abbia testato in riferimento ai beni paganici occorre sempre la prova della sua contraria volontà perché i beni castrensi non seguano la sorte dei primi e non si apra per essi la successione intestata, nel caso opposto sembra che tale prova non occorra. Lo si desume dalla glossa: *Nam voluntas militis: ... Non obstat quod dicitur ff. et lex si miles unum, ubi si miles unum ex fundo haeredem scripsit, creditur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse; creditur nam ita a iure, si probetur militem hoc voluisse. Si autem miles unum instituat in paganis et in castrensibus neminem, pertinent castrensia ad haeredem ab intestato venientem, ut hic, nisi probetur voluntas militis contraria; idem et e contra, scilicet si unum instituat in castrensibus, non distinguo commilitonem vel alium, et neminem in paganis, pertinebunt enim ad haeredem iure intestati, ut hic et iuxta legem proximam ...* Proprio a quest'ultimo caso allude Imp. Antoninus A. Septimo militi C. 6.21.2 (a. 213): *Miles si castrensiu tantummodo bonorum commilitonem suum instituit heredem, cetera bona eius ut intestati defuncti mater eius iure possedit. Quod si extraneum scripsit heredem isque adiit hereditatem, bona eius in te transferri non iure desideras.* Il testo, anch'esso oggetto di discussione da parte della dottrina romanistica (vd. per tutti, da ultimo,

Su questa base, giustamente, quindi, in dottrina si ritiene che il *pater familias* delle genti germaniche, più che un proprietario, fosse una sorta di amministratore a vita del patrimonio per conto della comunità familiare e che gli *heredes* fossero, pur durante la vita del *de cuius*, dei condomini dei beni stessi¹⁶⁸.

All'assoluta mancanza di libertà di disporre del capocasa, quale trapela dai capitoli dell'Editto di cui si discorre, un temperamento può forse individuarsi nel c. 155, ove si afferma la possibilità riconosciuta al *pater* di un aumento delle quote spettanti ai figli naturali, anche se sempre col consenso dei figli legittimi¹⁶⁹, o nel c. 168 in cui si

giorno avrebbe potuto costituire l'eredità del parente prossimo (*Roth.* 163; 169 e 360); e ancora dall'aver ucciso ingiustamente la moglie o dall'averne offeso il pudore, dall'averla falsamente incriminata d'adulterio o di stregoneria (*Roth.* 196; 197). Questo potere di diseredazione, inoltre, non potendosi attuare attraverso un atto di ultima volontà come il testamento, sconosciuto da Rotari, si concretizzava con l'espulsione dalla famiglia: vd. C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 731 e nt. 7.

¹⁶⁸ In tal senso C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 730; ma vd. anche M. VIORA, voce *Patria potestà (dir. interm.)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, cit. 577 s.; A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'età medievale e moderna*, Torino, 1994, 22 ss.

¹⁶⁹ *Roth.* 155: *Nulli sit licentia, naturales filius aequales aut consimilis facere legitimis filiis, nisi si filii legitimi post completam legitimum aetatem patri consenserint. Legitima aetas est, postquam filii duodecim annos habuerint.*

consente la diseredazione per *certas culpas*¹⁷⁰, sebbene tale atto, come pure è stato detto, «non spezzava, eliminando uno o più eredi, le maglie della successione legittima tessute dal legislatore»¹⁷¹, maglie, si badi, non solo dipendenti da vincoli naturali, ma anche da altri rapporti¹⁷², non ultimo quello che legava tutti i soggetti alla *curtis regia*, alla quale sarebbe pervenuta, *in extremis*, l'eredità vacante o la quota spettante ai parenti prossimi, nel caso in cui questi fossero mancati¹⁷³.

Perché i Longobardi arrivassero a riconoscere al *pater familias* una piena libertà di disporre, quanto meno di una quota del patrimonio familiare, bisognerà attendere gli anni tra il 680 ed il 713¹⁷⁴. Al 713 risale infatti il capitolo Liutpr. 6, uno tra i diversi capitoli che re Lutprando emanò in aggiunta o a modifica della legislazione di Rotari. Con esso venne sancito che chiunque, gravemente infermo e giacente a letto, poteva, finché avesse avuto la forza di ragionevolmente parlare, di-

¹⁷⁰ *Roth.* 168: *De exhereditatione filiorum. Nulli leceat sine certas culpas filium suum exhereditare, nec quod ei per legem debetur, alii thingare.*

¹⁷¹ In tal senso C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 731 s.

¹⁷² È da ricordare, in particolare, la successione del mundualto all'eredità della donna sottoposta al suo mundio, o quella del patrono sull'eredità del liberto, che trova la sua regolamentazione in *Roth.* 225.

¹⁷³ Cfr. *Roth.* cc. 158; 159; 160.

¹⁷⁴ Vd. sul punto part. G. VISMARA, *La successione volontaria*, cit., 131 ss.; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 732 ss.

lis, cioè di cose certe, allora si aprirà la successione intestata²¹⁰.

²¹⁰ Conseguentemente, poichè i beni paganici e i beni castrensi rappresentano due distinte categorie di beni, e quindi cose certe, l'aver disposto degli uni o degli altri significa, per il Glossatore, che solo gli uni o gli altri s'intendono attribuire. In quest'ottica sono pertanto interpretati C. 6.21.1 e 2: Imp. Antoninus A. Florio militi C. 6.21.1 (a. 212): *Frater tuus miles si te specialiter bonis quae in paganico habebat heredem fecit, bona quae in castris reliquit petere non potes, etiamsi is qui eorum heres institutus est adire ea noluerit: sed ab intestato succedentes veniunt, modo si in eius loco substitutus non est, et liquido probatur fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse. Nam voluntas militis in expeditione occupati pro iure servatur.* Il caso previsto da Caracalla è quello del *miles* che abbia disposto a favore del fratello dei beni paganici, lasciando ad un estraneo i castrensi. Se l'estraneo ripudia la sua parte di beni non si produce accrescimento, deferendosi detti beni ai successori *ab intestato* e sempre che il testatore non abbia previsto per essi un sostituto e che non si provi che egli non volle attribuirli allo stesso erede dei paganici. Il testo, ancora oggi oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina romanistica (vd. per tutti, da ultimo, M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 231 ss.), è stato glossato alla parola *probetur* in questi termini: *Quod est eo ipso quod non probatur contrarium secundum Iohannem, ut ff. eodem, 1. Si duobus, sic iuxta tit. I,1,2 et sic non est contra iuxta legem proximam. Vel dic melius, ut mihi videtur, probatur scilicet ex voluntate militis defuncti, nam si te haeredem fecit in paganicis, videtur te prohibuisse in castrensibus, ut qui in uno concessit in alio videatur prohibuisse; nam sic est in 1., ut ff. de iudiciis, 1. cum praetor; et haec voluntas est lex ut iuxta subiicit, nam voluntas etc. Alii dicunt contra, scilicet quod haec voluntas sit liquido probanda. Aliud autem erit si castrensia bona tibi dederit, de aliis vero nihil dixit, ut iuxta legem proximam, quae est contra secundum hunc casum.* Si riporta innanzi tutto il punto di vista di Giovanni Bassiano, secondo il

ibi instituit ex uncia, vel unciis, unde non potest ibi probari contrarium; hic in re certa: et est ratio quia ibi in quotis: et ideo secundum eam proportionabilitatem in caeteris videtur, quod hic in singulis non videtur sic fieri: si autem unum ex paganis instituat, vel ex castrensibus, illa sola habeat ... etc.

È confermata la presunzione che il militare, disponendo di una parte del patrimonio in un senso, abbia inteso disporre del tutto nello stesso senso, sottolineando che alla successione intestata si può giungere sol che si provi che il militare l'abbia voluta²⁰⁹. Come addurre allora la prova?

La soluzione è ravvisata in ciò che in D. 29.1.6 si parla di disposizione di cosa certa: un fondo, per la precisione; in C. 6.21.3, invece, di disposizione di quote del patrimonio. Bene, in quest'ultimo caso, anche il resto può essere attribuito secondo la stessa proporzione; conseguentemente, la regola comune ha la sua applicazione. Qualora invece il testatore abbia disposto *in singu-*

²⁰⁹ Così anche AZONE, *Summa codicis*, cit., *Liber sextus, De testam. militis*, 225: *Si autem instituat unum in una re alium in alia, vel unum ex uncia alium ex castrensibus, est ius accrescendi inter eos, ut ff. eodem 1. Si certarum, primo responso, et infra eodem. 1. Quanquam. Nec obstat quod legitur ff. eodem, 1. Si miles unum ex fundo haeredem scripserit, creditur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse: "creditur enim esse ita a iure si probetur militem hoc voluisse".*

sporre *pro anima* del suo patrimonio e donare a tal fine ciò che voleva e a chi voleva:

Li. 6: Si quis Langobardus, ut habens casus humanae fragilitatis egrotaverit, quamquam in lectolo reiaceat, potestatem habeat, dum vivit et recte loqui potest, pro anima sua iudicandi vel dispensandi de rebus suis, quid aut qualiter cui voluerit; et quod indicaverit, stabilem debeat permanere.

Questa legge realizza il risultato dell'influenza della chiesa sul legislatore barbarico; non bisogna dimenticare, infatti, che sin dal 680 il popolo longobardo si era convertito al Cristianesimo¹⁷⁵.

Pur non essendo posto legislativamente, un limite al *quid* da donare *pro anima* si venne inoltre sviluppando nella prassi, per cui si arrivò a stabilire che si potesse dare a tal titolo una quota pari a quella che spettava ad un figlio, in ciò conformandosi agli obiettivi del legislatore, il quale, nel 725, sancì che gli atti di *donatio* non dovessero comunque ledere i diritti degli eredi (*Li. 65*).

Ma la libertà lasciata al *de cuius* non si fermò a questo. Nel 729 Liutprando statuí anche che il padre potesse prelevare, dalla sostanza familiare,

¹⁷⁵ Ad essa va aggiunto anche *Li. 19*, in cui si precisa il concetto di donazione *pro anima*: ... *habeat licentiam de rebus suis pro animam suam in sanctis locis, causa pietatis, vel in senedochio indicare, quod voluerit ...* Si veda pure *Li. 73*: ... *in ecclesiam aut in loca sanctorum aut in exenodochio pro anima sua aliquid quiscumque donaverit.*

una quota per migliorare quella del figlio che *bene et secundum Deo obediens fuerit et servierit*:

Li. 113: Si quis Langobardus voluerit in filios suos sibi bene servientibus aliquit largiri, habeat licentiam in hoc modo, ut si fuerent duo filii, tertiam partem substantiae suae possit meliorare eum, qui ei bene et secundum Deo obediens fuerit et servierit. Et si tres fuerent, habeat licentiam, quartam partem meliorare quem voluerit; et si fuerent quattuor filii, tribuat quintam partem; ei si fuerent quinque ... etc.

È stato giustamente messo in evidenza che con nessuno di questi interventi il legislatore longobardo ha voluto concedere al capocasa una quota fissa del suo patrimonio di cui potesse liberamente disporre: «il potere che discende dai capp. 6 e 19 è vincolato ad un solo tipo di donazione (*donatio pro anima*), ed è sottoposto al concorso di determinate circostanze; e la facoltà concessa dal cap. 113 è ugualmente legata ad una ben precisa destinazione e non si traduce nel mero arbitrio paterno, essendo la *melioratio* concepita quale ricompensa di speciali servizi prestati dal figlio»¹⁷⁶.

Non altrettanto invece si può affermare leggendo i capitoli 1 e 65 (rispettivamente del 713 e del 725) da un lato ed il capitolo 5 (del 713) dall'altro.

¹⁷⁶ Così C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 734.

za messo in rilievo, e che la glossa utilizza generalizzandone l'applicazione:

Gl. Apparet a C. 6.21.3: Etiam iure communi, ut dixi ff. De heredibus instituendis, l. si interdum, § pater, et l. Si ita, § 1 et inst. de haeredibus instituendis, § hereditas, et arg. ff. ad Trebellianum, l. Marcellus, in principio, et § 1. Sed argumentat contra ff. eodem, et lex Si miles unum, ubi intestatus quo ad caetera videtur. Sed dic videtur, si probetur testatorem hoc voluisse.

La costituzione su menzionata, come si ricorderà, estendeva la regola, valida per la successione comune, anche alla successione del *miles Valerianus*, il quale, avendo istituito eredi la figlia per due once e la moglie per un'oncia del patrimonio e non avendo fatto alcun cenno riguardo alla parte restante, mostrava di aver voluto dividere l'eredità esclusivamente tra le due istituite.

Ma come conciliare questa soluzione con ciò che si legge in D. 29.1.6, in cui si afferma che il militare che nomina un erede per un fondo muore intestato per il resto del suo patrimonio?

La contraddizione è superata dalla glossa *creditur*:

Gl. Creditur a D. 29.1.6: Imo contra, ut infra eodem, l. Si certarum, quae est contra. Solutio: creditur hic, scilicet a iure, si probatur hoc voluisse militem. nam praesumo quod haeredi omnia dare voluerit, ut ibi. Item contra C. eodem, l. Quanquam. Solutio: ut modo dixi, vel

decesso, per fatti sopraggiunti, come appunto l'esperimento di una *querela*, la successione testata non possa concorrere con quella legittima. Il che non fa una grinza.

I Maestri di Bologna tuttavia andarono oltre, cercando di individuare il fondamento di una regola ai loro tempi ormai anacronistica. E ciò attuarono appunto ricorrendo allo strumento della 'presunzione':

Gl. *Totus as* ad I. 2.14.5: *Nam in totum praesumitur instituisse defunctus, cum alium non instituit, et hic et ff. eodem, l. Interdum, § 1. Idem quoque praesumitur in milite, ut C. De testamento militis, l. III, § Nam; nisi quod hic sequitur notatum ad superius proximum responsum, sed ab hoc quod sequitur refert, scilicet. neque enim etc. Sed si miles fecit testamentum in castrensibus, potest decedere intestatus in paganicis, ut C. De testamentis militis, l. II. Accursius.*

Sulla base delle parole contenute nella glossa su riferita, il pensiero di Accursio risulta chiaro: il principio romano si fonda su una presunzione di volontà del *de cuius*; pertanto, tutto l'asse ereditario andrà all'erede testamentario istituito nella metà perché si presume che, non avendo il testatore disposto a favore di altri in riferimento alla restante parte del patrimonio, egli intendesse con ciò istituire in tutto l'unico erede nominato. Una soluzione, questa, che vige per la successione dei militari, come del resto abbiamo già in preceden-

Li. 1: Si quis Langobardus sine filiis masculinis legitimis mortuos fuerit, et filias dereliquerit, ipsae ei in omnem hereditatem patris vel matris suae, tamquam filii legitimi masculini, heredis succedant;

Li. 65: De eo qui filiam in capillo in casa habuerit, et filium non reliquerit legitimum, ut de rebus suis amplius per nullum titulus cuiquam per donationem aut pro anima sua facere possit, nisi partis duas; tertia vero relinquat filiae suae, sicut iam gloriose memorie Rothari rex instituit. ...¹⁷⁷.

Dal combinato disposto di entrambe queste deliberazioni risulta che il padre, privo di figli maschi legittimi, potesse utilizzare *per donationem aut pro anima sua*, i due terzi o la metà *de rebus suis*, a seconda che avesse una o più figlie legittime; mentre da

Li. 5: Si filiae aut sorores contra voluntatem patris aut fratris egerit, potestatem habeat pater aut frater iudicandi de rebus suis, quomodo aut qualiter voluerit,

¹⁷⁷ ... *Quia qui thinx facit, et postea filiam nascitur, in tertiam partem ipsum thinx rumpit secundum anteriorem edictum, et si duas aut amplius, in mediaetate: ideo nos, dum in ipso edicto legitur de thinx quod est donatio, nobis comparit, quod per nullam donationem nec per launegild possit filiam suam de ipsam tertiam portionem substantiae suae exherede facere, et si duas aut amplius fuerent, de mediaetatem.*

si desume che il padre o il fratello potessero liberamente disporre (*quomodo aut qualiter voluerit*) dei propri beni, nell'ipotesi che le rispettive figlie o sorelle avessero agito contro la volontà paterna o fraterna, tanto da incorrere nella *diseredatio*.

In base a queste ultime norme si deve infatti concludere come Liutprando sia arrivato ad ammettere la libera disposizione di un'ampia quota del patrimonio familiare, anche se solo al verificarsi di situazioni del tutto particolari: la mancanza di figli maschi e la eventuale diseredazione di figlie o sorelle, con ciò aprendo, «per la prima volta, una breccia al principio germanico dell'intangibilità dei beni della famiglia, principio che aveva trovato sino ad allora assoluta garanzia nel rigido sistema della successione legittima costruito da Rotari»¹⁷⁸.

L'opera di Liutprando fu continuata da Astolfo, al quale si deve, tra l'altro¹⁷⁹, l'estensione anche ai sani del diritto di poter fare donazioni *pro anima*¹⁸⁰ ed il riconoscimento della liceità delle disposizioni *mortis causa* del marito a favore della moglie¹⁸¹.

¹⁷⁸ Così ancora C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 734.

¹⁷⁹ *Amplius* in proposito C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 734 s.

¹⁸⁰ Cfr. *Abist.* 12: ... *Et ita sancimus, ut si quis Langobardus per cartola, in sanitatem aut egritudinem suam, res suas ordinaverit, et dixerit, eas habere loca venerabilia etc.*...

¹⁸¹ Vd. *Abist.* 14, sulla base del quale alla moglie il marito avrebbe potuto lasciare, se mancavano figli, l'usufrutto di tutti i suoi beni e, se v'erano figli, solo una parte, propor-

Qualche difficoltà ad ammettere tutto questo l'ebbero certamente i Maestri di diritto, i quali non ritennero di dover alterare direttamente la massima contenuta nelle fonti romane oggetto precipuo del loro studio. Essi però erano ben consapevoli che quelle fonti dovevano essere adeguate alla nuova realtà. Il rigore del principio fu così attenuato dagli stessi partendo da una presunzione di volontà del *de cuius*, che poteva quindi essere facilmente eliminata dalla prova di una volontà contraria²⁰⁸.

Il testo base, quello cioè contenuto nel titolo del digesto riservato alle *regulae iuris*, D. 50.17.7, è intanto così commentato dalla Glossa:

Gl. *Ius nostrum: Haec regula vera est inter paganos; secus inter milites, ut Inst. De heredibus instituendis, § Non autem et § fin. et supra De militari testamento, 1. Si miles unum ex fundo et 1. Miles § Et quia. Item in paganis est vera ab initio. Ex postfacto autem et ipsi pro parte quandoque intestati decedunt, ut supra De inofficiosi testamento, 1. Circa ...*

La regola è data per scontata *inter paganos*, anche se si afferma che per essi vale solo *ab initio* perché se per un verso non è possibile che essi muoiano in parte testati e in parte intestati, ciò non significa che *ex postfacto*, e cioè dopo il loro

²⁰⁸ Fondamentale in proposito il lavoro di G. ERMINI, *La regola 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest' nella glossa ordinaria al 'Corpus iuris'*, in *RISG*, XII, 1937, 3 ss.

dunque, si basava su un criterio puramente quantitativo e non qualitativo, permettendosi, conseguentemente, anche la validità di più testamenti, redatti in date diverse, purchè non contenessero disposizioni in contrasto tra di loro²⁰⁶.

In considerazione di questa evoluzione fu dunque inevitabile che l'assoluta incompatibilità tra successione testamentaria e legittima in una medesima eredità, principio cardine della successione ereditaria romana e presente ancora nelle fonti bizantine, non avesse più ragione di esistere.

Una volta venuta meno l'importanza dell'istituzione di erede ai fini della validità dell'atto di ultima volontà, ne conseguì che si potessero lasciare i propri beni ai discendenti o ad estranei in parte per successione testamentaria ed in parte per successione legittima. Accanto alla successione testamentaria si ebbe pertanto la legittima, non solo per quella parte del patrimonio che la legge sottraeva alla disponibilità del testatore, ma anche per quella su cui il testatore non aveva espressamente disposto. Alcuni statuti, infatti, come quello di Cittanova ed il *constitutum* di Modena, affermarono espressamente che se il testatore avesse disposto di una sola parte dei suoi beni, il resto sarebbe andato agli eredi legittimi²⁰⁷.

²⁰⁶ Sul punto vd. part. A. PERTILE, *Storia*, cit., IV, cit., 15 e nt. 16.

²⁰⁷ Cfr. *Stat. Cittanova*, V, 5; *Const. Modan.*, II, 31, 14, citati da F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., 354; vd. anche C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 743.

Mentre la conquista carolingia non comportò il venir meno, da parte di Carlo Magno e dei suoi successori, dell'individualità e dell'importanza della legislazione longobarda in materia successoria¹⁸², il territorio di Ravenna, per lungo tempo libero dalla dominazione dei Longobardi, rimase fedele alla delazione testamentaria¹⁸³, in ciò seguito dall'Italia meridionale, ove presso le popolazioni greche persistette, durante tutto il Medioevo, il testamento, come atto unilaterale e revocabile a causa di morte, anche se però, per la sua perfezione, non fu più richiesta l'*heredis institutio*¹⁸⁴. Si deve inoltre soprattutto al Vismara l'aver studiato accuratamente alcune carte veneziane ed istriane dell'XI secolo e moltissime altre di Napoli e Gaeta del X secolo e di Amalfi, dell'XI secolo, che contengono atti unilaterali a causa di morte, ma che si differenziano dal testamento romano per il loro carattere irrevocabile¹⁸⁵.

A prescindere da queste eccezioni, dell'istituto del testamento, così largamente praticato dai ro-

zionata al numero dei figli; comunque, i beni usufruttuari sarebbero dovuti tornare agli eredi alla morte della moglie.

¹⁸² Sul punto vd. per tutti C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 735.

¹⁸³ Cfr. G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, II, Milano, 1941, 545 ss.; 751. Ma vd. anche C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 735.

¹⁸⁴ G. VISMARA, *Storia*, cit., II, cit., 740 ss. Altra bibliografia in C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 735, nt. 11.

¹⁸⁵ G. VISMARA, *Storia*, cit., II, cit., 477 ss.; 483 ss.; 630 ss. Vd. anche C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 735 e nt. 12.

mani, non vi è comunque traccia nella nostra Penisola dal sec. VIII sino alla metà circa del XII sec. Esso venne sostituito dalla *donatio post obitum*, che in dottrina non si è mancato di indicare con la denominazione, del tutto impropria, invero, di ‘testamento barbarico’. Tale donazione era infatti realizzata con l’intenzione che le cose donate pervenissero al donatario solo dopo la morte del donante. Ma mentre il testamento era un atto di ultima volontà essenzialmente unilaterale e revocabile, la *donatio post obitum* era un atto bilaterale, partecipando ad esso, in qualità di contraenti, oltre il donante pure il donatario, ed era irrevocabile, anche se il disponente se ne poteva riservare la facoltà contraria¹⁸⁶. Oggetto di tale *donatio* era inoltre di solito la quota disponibile, la quale poteva anche identificarsi con tutto il patrimonio del donante nel caso in cui questi non avesse avuto eredi, il cui diritto alla quota legittima non poteva infatti essere assolutamente obliterato¹⁸⁷. Alla *donatio post obitum* si affiancò inoltre la *donatio reservato usufructu*, anch’esso atto bilaterale ed irrevocabile, e anch’esso, come il primo, determinato da *pia causa*, cioè *pro anima*.

¹⁸⁶ Cfr. C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 736 s. Su queste donazioni altomedioevali rimangono comunque fondamentali gli studi di G. VISMARA sulla *Storia dei patti successori*, cit., I e II.

¹⁸⁷ In tal senso C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 736; ma vd. anche G. VISMARA, *Storia*, cit., II, cit., 426.

Bisognerà attendere il Codice napoleonico per vedere ricomparire l’istituzione d’erede, anche se come semplice denominazione specifica del legato universale. La disposizione normativa francese fu accolta nell’art. 928 del Codice del Regno delle Due Sicilie. Il Codice albertino (art. 813) considerò invece l’istituzione d’erede ed il legato come titoli diversi di acquisto, nonostante erede fosse pure colui a cui favore il *de cuius* avesse disposto a titolo particolare. Su questa direzione si pongono ancora il nostro vecchio codice del 1865 e l’attuale. Oggi, infatti, manca ogni forma solenne per l’istituzione d’erede, restando valido il testamento, pur contenendo disposizioni *ex re certa* o a titolo particolare.

Ma nel momento in cui al testamento vien tolta quella che per secoli era stata nel mondo romano la sua clausola tipica e cioè l’*institutio heredis in universum ius*, non vi fu più ragione di distinguere tra erede universale e successore a titolo particolare. Il che comportò non solo la possibilità di legati universali, accanto a legati *in re certa*²⁰⁵, ma anche e soprattutto la possibilità che il *de cuius* designasse un erede senza attribuirgli l’intera eredità, cioè senza riconoscerlo erede *in universum ius*. Ormai la distinzione tra testamento e legato,

successioni, cit., 145; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 742, nt. 9; A. ROMANO, *Famiglia*, cit., 49 ss.

²⁰⁵ Cfr. in proposito G. CATALANO, voce *Legato (dir. interm.)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 605 ss.; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 743.

nella *heredis institutio* un elemento vincolante dell'atto di ultima volontà, servendo esso non più ad istituire un erede²⁰³, ma a dare seguito alla devoluzione dell'asse ereditario²⁰⁴.

pro testamento condito per testatorem qui in bonis suis instituerit suos haeredes, intelligendo suos secundum dispositionem iuris communis ... Si vero in testamento fuerint instituti haeredes qui non essent sui haeredes sed omnino ab intestato successuri ... Sed si fuerint instituti aliqui extranei, qui ab intestato non essent successuri ... De codicillis autem quibuscumque, vel legatis factis per testatorem alicui tam in testamento, quam extra ...). In questi statuti, infatti, non si evidenzia la necessità dell'istituzione d'erede, ma si comprende facilmente che si aveva testamento solo quando il testatore, *suo ore*, nominava l'erede; altrimenti si aveva un codicillo. Quindi, senza l'istituzione d'erede non si aveva testamento. Cfr. in proposito anche C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 742 e nt. 8.

²⁰³ A questo riguardo E. BESTA, *Le successioni*, cit., 145, afferma che sebbene alcuni statuti non ignorarono l'istituzione d'erede, questa frase assunse comunque un significato del tutto diverso dall'originario, indicando anche la successione particolare. Così anche F. NICCOLAI, *La formazione*, cit., 265 ss., part. 280 s.

²⁰⁴ Alcune leggi, in particolare, afferma F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., 354, dichiarano di accettare il diritto romano, meno per ciò che riguarda l'istituzione d'erede, come lo statuto di Pisa (*Const. leg. Pis.*, 31); altre dichiarano che, disponendo il testatore di una sola parte delle sue sostanze, il resto sarebbe potuto andare agli eredi *ab intestato*: in tal senso lo statuto di Varese (*Stat. Varisii*, 39), quello di Torino (*Stat. Taurini*, 661), quello di Nizza (*Stat. Cons. Nizae*, nei *M. H. P. Leg. mun.*, p. 56). *Amplius* sul punto A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*², IV, Torino, 1893, 14 ss.; E. BESTA, *Le*

Si è detto, a questo proposito, che la *donatio post obitum* e la *donatio reservato usufructu* «costituivano parte integrante del patrimonio giuridico dei Longobardi»¹⁸⁸. Il c.173 di Rotari infatti attesterebbe «che due forme poteva assumere la *donatio* o *thingatio* delle proprie cose all'erede prescelto o adottato, quella della *donatio post obitum* o quella della *donatio reservato usufructu*». Per realizzare la libertà di disposizione di cui al c. 6 di Liutprando, i Longobardi, dunque, non sarebbero stati «costretti a rivolgersi al diritto romano o alla prassi delle popolazioni romaniche per trarne i negozi necessari: ... la *donatio post obitum* e la *donatio reservato usufructu*, così come giuridicamente configurate nel c. 173 di Rotari dell'anno 643, poterono ... essere impiegate ad assolvere i compiti più ampi che per esse discendevano da Li. 6 dell'anno 713, con il riconoscimento cioè del diritto dell'ereditando di poter disporre di una quota del proprio patrimonio per donazioni *pro anima*»¹⁸⁹. Un'opinione, questa, certamente condivisibile, soprattutto alla luce di quanto stabilì un'altra legge di Liutprando, il capitolo 91 dell'anno 727¹⁹⁰, che vieta-

¹⁸⁸ Cfr. ancora C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 736.

¹⁸⁹ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 736 s.

¹⁹⁰ *Li. 91: De scrivis hoc prospeximus, ut qui cartolas scribent sive ad legem langobardorum, quoniam apertissima et pene omnibus nota est, sive ad romanorum, non aliter faciant, nisi quomodo in ipsis legibus contentetur; nam contra legem langobardorum aut romanorum non scribant. Quod si non sciunt, interrogent alteros, et si non poterint ipsas legis pleniter scire, non scribant ipsas cartolas. Et qui aliter facere presumpserit, componat virgild suum, excepto si aliquid*

va agli scribi di redigere per un longobardo gli atti relativi alle successioni con legge diversa dalla longobarda; il che permette appunto di concludere che per i legislatori longobardi non vi era alcuna ragione di ricorrere, quanto meno in materia ereditaria, a principi normativi a loro estranei¹⁹¹.

Queste forme di donazione vennero pertanto a costituire, accanto alla successione legittima, la c.d. 'successione contrattuale'¹⁹², una nuova forma di successione che comunque non prevalse mai sulla successione legittima, servendo essa esclusivamente a distribuire *pro anima* una quota del patrimonio utilizzabile a tal fine.

inter conlibertos convenerit. Et si quisquam de lege sua subdiscendere voluerit et pactionis aut convenientias inter se fecerent, et ambe partis consenserent, isto non inpotetur contra legem, quia ambe partis voluntariae faciunt: et illi qui tales cartolas scribent, culpavelis non inveniantur esse. Nam quod ad hereditandum pertinet per legem scribant. Et quia de cartola falsa in anteriore edictum adfixum est, sic permaneat.

¹⁹¹ Su *Li.* 91 vd., oltre C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 737, anche G. MOSCHETTI, *Sul cap. 91 «de scribis» di Liutprando*, in *SDHI*, XVIII, 1952, 158 ss.; G.P. BOGNETTI, *Longobardi e Romani*, in *Studi E. Besta*, IV, Milano, 1959, ora in *ID.*, *L'età longobarda*, I, Milano, 1966, 107 ss.

¹⁹² Su cui vd. part. F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., 309 ss.

Per contro, la legislazione statutaria e la prassi procedettero quasi sempre in direzione opposta. Infatti, ad eccezione di alcune legislazioni municipali²⁰², consuetudini e statuti non individuavano

l'institutio heredis, ma essa doveva anche essere disposta in maniera certa, in modo tale da evitare equivoci. Su quest'ultimo aspetto vd. *amplius* G. CHIODI, *L'interpretazione*, cit., 141 ss.; 175 s.

²⁰² F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., 353, scrive che in Italia queste legislazioni sono poche. Tra esse si annoverano lo statuto di Valle Trompia (*Stat. Vall. Trompia*, 139) e quello di Collalto (*Stat. Collalto*, I, 23), che richiedevano appunto espressamente, sotto pena di nullità, l'istituzione di erede. Tali «leggi», afferma Ciccaglione, «ponevano una netta distinzione tra testamento e codicillo, perché, dopo aver dettato la disposizione predetta, soggiungevano che non fosse nullo quell'atto che senza l'istituzione d'erede contenesse semplici legati o fedecommissi particolari. Altre non contenevano una disposizione esplicita al riguardo, ma ponevano tale una netta distinzione tra testamento e codicillo, e, dettando disposizioni intorno al primo, parlavano in modo dell'istituzione di erede da far comprendere che questa fosse necessaria» L'a., a questo proposito, cita espressamente gli statuti di Milano (*Stat. Mediolani*, 319: *Si quis de caetero voluerit facere vel concedere testamentum noncupativum de quo fiat publica scriptura a publico notario, haeredem instituendo, quem ore suo proprio nominare debeat, hoc ei liceat facere nisi aliter prohibeatur a iure communi, vel Municipali, vel aliter testari*; 320: *Si autem quis voluerit testare sine publica scriptura, hoc facere possit praesentibus quinque testibus idoneis qui cognoscant testatorem, et testator nomet haeredem proprio ore, alias non valet*; 322: *In codicillis vero ... intervenire debeant quinque testes idonei ... quorum testium duo se subscribant, ubi sciant scribere, et fiant subscriptiones his modo et forma prout supra dispositum est fieri debere de testamentis*) e di Ferrara (*Stat. Ferrariae*, XII, 68: *In primis*

testamentaria, li costrinse a ricorrere, per la regolamentazione di questa, al diritto romano, «restituito alla sua piena luce e comprensione per merito della Glossa».

Glossatori e Canonisti, nel confermare il dettato delle leggi romane, inoltre, non poterono fare a meno di sostenere che l'importanza del testamento non stava nella disposizione dei beni, bensì nell'*institutio heredis*, valorizzata appunto da Azone¹⁹⁹ e dall'Ostiense²⁰⁰, e la cui mancanza, come sottolinea ancora Rolandino, avrebbe portato alla nullità dell'atto²⁰¹.

¹⁹⁹ Il testamento è, infatti, secondo AZONE, *quaedam sollemnis ordinatio, sive voluntas cum institutione haeredis* (*Summa Codicis*, 1506, rist. anast. Torino, 1966, *Liber sextus, De testamentis* ..., 226).

²⁰⁰ Anche la definizione che del testamento dà l'OSTIENSE non differisce da quella di Azone; egli infatti così si esprime: *iusta sententia voluntatis nostrae de eo quod post mortem nostram haerodem instituendo fieri volumus* (*Summa aurea*, Venetiis, 1574, rist. anast. Torino, 1963, *Liber III, De testamentis et ultimis* ..., 1032).

²⁰¹ *In tantum testamentum ex haeredis institutione dependet ut sine ea nullum sit ... Quia haeredis institutio est caput et fundamentum testamenti totius et sine haeredis institutione non valet testamentum, ideo multum interest tabellionum de haerede considerare et inquirere ... Ceterum scias quod haeredis institutio potest fieri pure et sub conditione. Item debet fieri facta demonstratione certi haeredis vel nominando haerodem proprio nomine vel demonstrando eum ad oculum vel alio indubitabili signo et si de certi haerede non appareret, non valet institutio* (ROLANDINO PASSEGGERI, *Summa totius artis notariae*, Venetiis, 1546, rist. anast. Bologna, 1977, *Pars II cap. VIII, De testamentis* ..., 232 s.). Non solo dunque fondamentale restava, per la validità del testamento,

9. *Le innovazioni apportate al testamento 'riesumato' dai giuristi delle scuole attualistiche alla luce della legislazione statutaria ed il totale abbandono del principio di incompatibilità tra le due delazioni.*

Ma il XII secolo segnò l'inizio del tramonto di tali tipologie di atti di liberalità nella pratica del diritto¹⁹³, e ciò in seguito alla ricomparsa del testamento, l'atto unilaterale e revocabile a causa di morte conosciuto dai Romani, proprio nei territori in cui esso per secoli non era stato più utilizzato.

Sulla base della ricca documentazione fornita dal Vismara, infatti, è possibile appurare che il testamento fece la sua prima apparizione a Pisa nel 1136, a Roma nel 1137, a Genova nel 1156, ad Asti nel 1170, a Pavia nel 1175, a Modena nel

¹⁹³ Anche se, in effetti, risorto il testamento, la successione contrattuale non venne del tutto meno. Certo, il ricorso alla *donatio post obitum* e alla *donatio reservato usufructu* si dovette fare meno frequente rispetto al passato, ma altri patti tendenti a realizzare speciali fini comparvero (si pensi, tra tutti, a quello con cui due famiglie si costituivano vicendevolmente eredi, per cui, quando l'una si fosse estinta, l'altra doveva averne la successione; e gli esempi potrebbero moltiplicarsi). Pertanto, la successione contrattuale venne, accanto alla successione testamentaria ed alla successione legittima, a costituire, dal XII secolo in poi, una terza forma per conseguire l'eredità: cfr. F. NICCOLAI, *La formazione del diritto successorio negli statuti comunali del territorio lombardotoscato*, Milano, 1940, 258; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 746 s.

1176 e nel XIII secolo si diffuse ulteriormente in tutta la Penisola¹⁹⁴.

La ricomparsa del testamento, fenomeno che non interessò solo l'Italia¹⁹⁵, non fu certo casuale. L'osservanza dei principi consacrati negli editti dei Longobardi durò ben oltre il loro regno; ma una legge superiore alla loro, la legge romana, fu rivitalizzata grazie alle Scuole che, dopo il mille, su di essa edificarono il patrimonio giuridico che era destinato a caratterizzare l'età moderna¹⁹⁶.

Comunque, sia i Maestri di diritto, i quali si accostarono ai testi giustinianeî e canonici interpretandoli in funzione attualistica, sia i giuristi

¹⁹⁴ Le tappe della riemersione del testamento tra la fine dell'XI secolo e la prima metà del XII secolo, preceduto da un atto chiamato *ordinatio*, avente un carattere intermedio tra questo e la *donatio post obitum*, sono ampiamente illustrate da G. VISMARA, *Storia*, cit., II, cit., part. 462 ss.; 494 ss.; 533 ss.; 588 ss.; 624 ss.; 715 ss. Sul fenomeno vd. comunque anche E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, 136 ss.; P.S. LEICHT, *Il diritto*, cit., 297 ss.; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 737 s.; A. ROMANO, *Famiglia*, cit., 30 s.; G. CHIODI, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Milano, 1997, part. 28 s. e nt. 68.

¹⁹⁵ Cfr. C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 738.

¹⁹⁶ Un contributo significativo sul tema in questione è stato apportato dall'ampia monografia di G. CHIODI, *L'interpretazione*, cit., 1 ss., il quale si è tra l'altro soffermato pure sulle forme utilizzate dai privati per disporre *mortis causa*: il *testamentum in scriptis* e quello nuncupativo o *sine scriptis*, per la cui validità, sulla scia dell'esperienza romana, erano sempre indispensabili sette testimoni: sul punto cfr. part. 516 ss., con ampio apparato bibliografico; ma vd. anche A. ROMANO, *Famiglia*, cit., 51 s.

che per incarico dei singoli Comuni operavano sulla base degli usi locali, cercando di dare ad ogni centro cittadino un proprio testo ordinato e completo di consuetudini e leggi, non poterono ovviamente non tener conto della realtà nuova che avevano innanzi ai loro occhi, e cioè l'ormai diffusa esigenza sentita dai fedeli «di destinare parte dei propri beni per la salvezza dell'anima», in ciò soddisfacendo il loro sentimento religioso, e l'ormai diffuso sistema, quello della successione legittima, «profondamente radicato nel costume e nella coscienza di tutti gl'Italiani, qualunque ne fosse l'origine»¹⁹⁷. A questo riguardo, infatti, la dottrina è pressoché concorde nell'affermare che l'invasione longobarda abbia determinato l'infiltrazione in Italia dei principi normativi dei popoli germanici in maniera così incisiva «da farne un elemento durevole nel panorama complessivo dell'esperienza giuridica e del costume», soprattutto «nell'ambito del diritto successorio, coerente espressione di un'originale struttura familiare, politica e patrimoniale, del tutto ignota ed estranea alle tradizioni dei vinti»¹⁹⁸. Per questo motivo, pertanto, quanto meno nell'ambito della successione legittima, i compilatori degli statuti seguirono le regole del diritto germanico; mentre, proprio la mancanza, per tutto l'arco dell'Alto Medioevo, di leggi e prassi relative alla successione

¹⁹⁷ Così C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., 738 ss., part. 739.

¹⁹⁸ Così A. PADOVANI, voce *Successione legittima*, cit., 1317.

has also raised a further question, that is whether it is a formal or substantial priority.

Notwithstanding the different points of view couched by the scholars in this regard, we can draw the conclusion that our lawmakers put the two causes of appointment on the same level, both being aimed to protect two different interests, either relevancy worth: one individual, the testator's interest, the other general, affecting family in itself. The family interest is prevailing in the case the testator has overlooked it at all, and its defence has its precedents in the Roman legal system, precisely in the work of the Courts, praetors and Emperors that rectified the absolute and indiscriminating freedom, widespread in the late republic, to make testament in the favour of strangers in blood; they made use of the instruments at their disposal: creative *interpretatio*, granting of *bonorum possessio*, imperial constitutions, insertion of a rescissory action, *querela inofficiosi testamenti*, all remedies just aimed to protect interests today named 'social'.

Keywords: Incompatibility, testamentary succession, intestate succession, historical development.

GIOVANNA COPPOLA
Professore ordinario di Diritto Romano
Università degli Studi di Messina
E-mail: giovanna.coppola@unime.it.

proprietà individuale²¹⁸ e quindi al pieno riconoscimento della libertà di testare. Se tuttavia per un verso si difese l'importanza del testamento, vedendo in esso «una sanzione efficace della potestà paterna e ... un congegno atto a mantenere la disciplina» all'interno dello stesso nucleo familiare, oltre a costituire «uno sprone a nuove attività in quelli ... meno beneficiati», anche se si ritenne necessario limitare la disponibile, l'atto di ultima volontà parve ugualmente a molti «pericoloso» in quanto avrebbe potuto condurre ad «abnormi concentrazioni di ricchezze e quindi fonte di privilegi invidi e di gelosie e lotte all'interno della famiglia»²¹⁹.

Il codice napoleonico si ispirò infatti a queste idee: diede pertanto al testamento la sua importanza attraverso una regolamentazione di cui agli artt. 967 ss., dopo però aver trattato della successione legittima (artt. 731 ss.) e limitato la quota patrimoniale della quale il *de cuius* avrebbe potuto disporre (artt. 913 ss.)²²⁰. Le legislazioni successi-

²¹⁸ Sull'incidenza della concezione individualistica sull'ordinamento giuridico nato dalla rivoluzione francese e, conseguentemente, sul codice Napoleone e sui nostri codici di diritto privato, vd. le insuperabili pagine di S. PUGLIATTI, *La crisi dell'individualismo nel diritto privato*, in *Secolo nostro*, II, 1932, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2008, 285 ss.

²¹⁹ E. BESTA, *Le successioni*, cit., 10.

²²⁰ Sul *Code Napoléon*, e in particolare sulla sua recezione in Italia, cfr. per tutti C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Roma-Bari, 1979, 111 ss.

ve, tra cui l'italiana, si orientarono per lo più²²¹ in questa direzione.

²²¹ Mentre infatti, ad es., il Codice del Regno delle due Sicilie del 1819 tratta anch'esso prima della successione legittima (artt. 654 ss.) e dopo delle donazioni tra vivi e dei testamenti (artt. 813 ss.), in ciò seguendo l'impostazione del codice Napoleone, con un impianto volto a favorire, anche in questo specifico settore, quella continuità nel trapasso tra i due regimi legislativi (quello napoleonico e quello borbonico) che le istanze conservatrici favorevoli alla riviviscenza dell'antico diritto del Regno avrebbero invece voluto spezzare, con conseguenze molto gravi sul piano civile e sociale, il Codice austriaco del 1811, diversamente, presentando nel suo complesso un modello codicistico alternativo al Codice napoleonico, dà una priorità, quanto meno formale, al testamento sottolineando al § 533 che «Il diritto di eredità si fonda nella volontà del testatore legalmente dichiarata, o nel patto di successione legalmente valido, o nella legge», cioè mettendo al primo posto, tra le cause sulle quali si fonda il diritto di eredità, la volontà del *de cuius*, e trattando conseguentemente, prima della successione testamentaria (§§ 552 ss) e poi della legittima (§§ 727 ss.). Sulla diffusione e sul rifiuto del modello napoleonico negli ordinamenti successori dell'Italia preunitaria si veda comunque *amplius* C. GHISALBERTI, *Unità nazionale*, cit., part. 223 ss. Più in generale cfr. inoltre P. UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni 'giacobine' al Codice civile del 1942*, Bologna, 1970, 9 ss.; I. SOFFIETTI, *La nuova società e il diritto: il caso delle successioni in Piemonte*, in *All'ombra dell'aquila imperiale. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori sabaudi in età napoleonica (1802-1814)*. Atti Convegno Torino, 15-18 ottobre 1990, Roma, 1994, I, 300 ss.; E. MONGIARO, *Patrimonio e affetti. La successione legittima nell'età dei codici*, Torino, 1999, 3 ss.; EAD., *Le metamorfosi di un 'modello': i diritti successori del coniuge tra ABGB e codice civile albertino*, in *'Amici-*

caput et fundamentum totius testamenti. Indeed if the *de cuius* made his testament choosing one or more successors, qualified as *heres*, such a personal 'status', whose acquisition involved succession *in locum et ius*, already granted by the testator, was automatically excluded to be awarded by law too.

Longobardic invaders attached an exclusive importance to the intestate appointment whose prescriptive principles of the successory subject matter were largely enforced in our country; the decline of testamentary appointment affected the subsequent developments of the connection between the two causes of appointment.

Revised by jurists of the actualistic schools, as from XIIth century, the testament lost its fundamental feature: *institutio heredis* in the new socio-economical reality where it had to operate; therefore it was regarded as an instrument by which a property could be simply devolved. So there was no more reason to distinguish a universal heir from a special successor. That implied the faculty to devolve property to descendants or strangers in blood, partly by testamentary succession, partly by intestate succession.

The changing view is just stated by our art. 457, according which the intestate succession is carried out only when the testamentary succession is absent or defective.

The priority till now ascribed to the testamentary succession on the intestate one, above all according the above said prescriptive disposition,

strumenti che avevano a disposizione: *interpretatio* creatrice, concessione della *bonorum possessio*, costituzioni imperiali, introduzione di una azione rescissoria: la *querela inofficiosi testamenti*, tutti rimedi, appunto, indirizzati alla tutela di interessi oggi detti ‘sociali’.

Parole chiave: Incompatibilità, delazione testamentaria, delazione intestata, evoluzione storica.

The testament is still today regarded by our lawmakers as a distinctive instrument fit for determining the direct line of *mortis causa* succession, either as an alternative to or by side the legal succession with the respect for family ties; this is due to the Roman law statement ruling our civil code in the subject matter. In fact the rule provided in art. 457 somehow reminds the decemvir precept from Tab. 5.4-5, where the testamentary succession is ascribed as prior on the intestate one.

The modern statement of inheritance differs from the Roman one in overcoming the principle of incompatibility between the two causes of appointment, which principle is implied in the saw *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, marking the Roman experience, but not modern legal systems including ours.

The above said principle, kept steady over the Roman law experience, is linked to the relevancy ascribed, in that legal system, to *institutio heredis*,

Il primo Codice dell’Italia unita, in particolare, ebbe la sua fonte ispiratrice soprattutto nel Code Napoleon, del resto già esteso nel 1808 al Regno d’Italia e agli altri territori italiani su cui si era affermato il dominio napoleonico. Promulgato il 25 giugno 1865 ed entrato in vigore il 1 gennaio 1866, detto codice, all’art. 720 statuisce:

La successione si devolve per legge o per testamento. Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manchi in tutto o in parte la testamentaria.

Ci troviamo di fronte ad una disposizione normativa, seguita fedelmente dal legislatore del ’42, in cui se appare ineccepibile, sotto il profilo formale, che tra le due vocazioni quella che ha la prevalenza è la testamentaria, visto che l’intervento della legge è previsto solo quando manchi in tutto o in parte una disposizione testamentaria, da più parti non si è mancato tuttavia di sottolineare²²², che la Relazione del Pisanelli a detto Codice²²³ si esprimerebbe in termini opposti. In essa si afferma che: «Non si disconosce che la legge, nel devolvere la successione deve tener

tiae pignus?. Studi in ricordo di A. Cavanna, II, Milano, 2003, 1489 ss.

²²² Cfr. A. TRABUCCHI, voce *Successione legittima*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, cit., 767 ss.

²²³ G. PISANELLI, *Relazione al Codice Civile del 1865*, citato da F. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, 10, e da F. DEGNI, *Lezioni di diritto civile – Le successioni a causa di morte*, I, Padova, 1935, 11 s.

conto delle affezioni presunte dell'uomo, ma essa non ha solo il compito di supplire al silenzio di lui, perché ciò importerebbe di asservire la volontà pubblica alla privata Vi sono dei doveri sociali dei quali la legge civile deve garantire l'adempimento: come i beni del defunto devono soddisfare le obbligazioni verso i creditori, così pure devono soddisfare i doveri derivanti dal patto coniugale o dal vincolo di famiglia». Conseguentemente, ricordava il Ministro, «mentre la successione legittima è una necessità sociale, quella testamentaria può o meno verificarsi».

In queste parole però noi non vedremo il riflesso della tendenza ad attribuire un posto preminente alla successione legittima rispetto alla testamentaria, quanto piuttosto un'aspirazione a porre entrambe su un piano di parità, esaudendo esse delle esigenze diverse e ugualmente rilevanti: l'una sociale e l'altra individuale. Pur spettando infatti innanzi tutto al *de cuius* il diritto di decidere sulla sorte da assegnare al suo patrimonio, anche se nel rispetto dei diritti riguardanti chi è a lui legato da vincoli di sangue o di *coniugio*²²⁴, qualora

²²⁴ Per la successione testamentaria quale vocazione posta a diretta tutela dell'interesse individuale del testatore vd., tra gli altri, S. PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, in *Annali Messina*, V, 1931, ora in *Scritti*, cit., I, cit., part. 233; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, 266; L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, 9; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione*

universale ed un successore particolare. Il che comportò che si potessero lasciare i propri beni ai discendenti o ad estranei in parte per successione testamentaria ed in parte per successione legittima.

Questo mutamento di prospettiva si rispecchia in ciò che afferma il nostro art. 457, secondo cui, appunto, *non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte quella testamentaria*.

La priorità che ancora oggi si attribuisce, in base soprattutto a questa disposizione normativa, alla successione testamentaria sull'intestata ha inoltre posto un ulteriore interrogativo, e cioè se si tratta di una priorità formale o sostanziale.

Nonostante i divergenti punti di vista espressi al riguardo in dottrina, si è ritenuto di concludere che le due cause di delazione sono poste dal nostro legislatore su un piano di parità, essendo entrambe volte alla tutela di due interessi differenti, ma entrambi degni di rilevanza: l'uno individuale, quello del testatore, l'altro collettivo, quello della famiglia in quanto tale, con prevalenza di quello familiare nel caso in cui il testatore lo abbia del tutto trascurato, un interesse, quest'ultimo, la cui difesa trova i suoi precedenti nell'ordinamento giuridico romano, e precisamente nell'opera della giurisprudenza, del pretore e degli Imperatori che alla diffusione, nella tarda repubblica, dell'assoluta ed indiscriminata libertà di testare a favore di estranei hanno posto dei ripari attraverso gli

le due cause di delazione, principio racchiuso nell'adagio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, che caratterizzò l'esperienza romana e che non trova riscontro nei moderni ordinamenti, compreso il nostro.

Tale principio, rimasto saldo per tutto l'arco dell'esperienza giuridica romana, è connesso alla rilevanza attribuita, in quell'ordinamento, all'*institutio heredis, caput et fundamentum totius testamenti*. Se, infatti, il *de cuius* testava, scegliendosi pertanto un successore (o più successori) cui attribuire la qualifica di *heres*, automaticamente era escluso che tale qualifica personale, il cui acquisto comportava una successione *in locum et ius*, già conferita dal testatore, potesse essere assegnata anche dalla legge.

Ma il declino della delazione testamentaria, dovuto all'importanza esclusiva attribuita alla delazione legittima da parte dei Longobardi, i cui principi normativi in materia successoria, dopo la loro invasione, ebbero larga applicazione nel nostro Paese, incise sugli sviluppi successivi del rapporto tra le due cause di delazione.

Riesumato dai giuristi delle scuole attualistiche a partire dal XII secolo, il testamento, infatti, nella nuova realtà socio-economica in cui si trovò ad operare, perdette la sua caratteristica fondamentale: l'*institutio heredis*; venne pertanto visto come uno strumento attraverso il quale poteva semplicemente essere devoluto un patrimonio. Non vi fu più ragione quindi di distinguere tra un erede

questi non abbia provveduto, si pone la stessa esigenza sentita dai Romani riguardo a chi muore intestato: occorre stabilire infatti una ben precisa graduatoria degli eventuali successibili, a tutela dei diritti di questi ultimi e dei diritti dei creditori.

Certo, ogni discussione potrebbe cessare nel momento in cui si risolvesse in negativo il problema circa la possibilità di ammettere la cennata contrapposizione: cioè che la successione testamentaria sia munita di una propria individualità rispetto alla successione legittima. Non si è mancato infatti pure di affermare come la successione a causa di morte sia un istituto unitario, governato dalla volontà della legge, volta a provvedere alla sorte dei beni del soggetto per il tempo successivo alla morte, garantendo che al verificarsi di tale evento sorgerà una vocazione a favore dei destinatari, designati dallo stesso testatore o, in mancanza, dalla stessa legge²²⁵. Ma questa opinione, volta a debilitare il ruolo della successione testamentaria rispetto alla intestata, urta contro una obiezione non facilmente superabile: anche

*legittima*³, in *Trattato dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato dallo stesso a., XLIII, I, Milano, 1983, 11 e 13.

²²⁵ È la tesi di R. NICCOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, in *Annali dell'Istituto di Scienze giuridiche*, VIII, - Anno acc. 1934-1935, Messina, 1934, ora in ID., *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 9 ss. Essa è stata ripresa da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 52 ss., e da N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970.

se si ammette che dipende dalla legge che una successione ci sia, ciò non significa che in ogni caso la vocazione sia legale in quanto, quando c'è un testamento, è la volontà del testatore che regola la successione, sia pure perché la legge l'ammette, fissandone anche i limiti²²⁶. In quest'ottica dunque nessuno può mettere in dubbio che la successione testamentaria si distingue nettamente dalla successione legittima, avendo il suo fondamento in quell'atto di autonomia privata che è il testamento, caratterizzante anche la sua specifica disciplina²²⁷.

Risolto però in positivo il problema circa la distinzione da fare tra successione testamentaria e legittima, rimane quello ulteriore: della preminenza dell'una o dell'altra successione, la cui annosa discussione, «alimentata da presupposti etici circa la priorità da riconoscersi alla volontà della persona riguardo al destino dei propri beni *post mortem* ovvero alla tutela degli interessi familiari dei

²²⁶ In tal senso vd. F. SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 197. Analogamente, L. MENGONI, *Successioni*, cit., 4 s., il quale, tra l'altro, ha precisato che nella successione testamentaria la dichiarazione di volontà dell'ereditando è essa stessa la fonte della vocazione, nel senso che, entro certi limiti, questa è collegata dalla legge al testamento in conformità dell'intento manifestato dal testatore.

²²⁷ In questa direzione vd. anche A. DE CUPIS, voce *Successione testamentaria*, in *Enc. dir.*, XLIII, cit., 1378 s.

esso concorre pure a valorizzare la personalità umana, a cui si richiama l'art. 2 della nostra Costituzione. Sotto questo aspetto, dunque, l'istituto testamentario è un mezzo che l'ordinamento non può non mettere a disposizione dei suoi consociati, come ha confermato il Costituente del '48 che, richiamandolo, ha comunque lasciato alla legge ordinaria di stabilirne le norme e i limiti. La sua attuale normativa, anche se per certi aspetti non rispondente alle esigenze dei nostri tempi, tutela infatti un intramontabile bisogno umano: quello di regolare rapporti destinati a sopravvivere a chi quell'atto pone in essere.

ABSTRACT

Se il testamento è visto ancora oggi dal nostro legislatore quale peculiare strumento, capace di determinare in via diretta la successione *mortis causa*, anche se in alternativa o a fianco della successione per legge e nel rispetto dei legami familiari, ciò è dovuto all'impostazione romanistica che in materia domina il nostro codice civile. La norma contemplata nell'art. 457, infatti, riecheggia per certi versi ancora il precetto decemvirale contenuto in Tab. 5.4-5, ove appunto si attribuisce una priorità alla successione testamentaria sull'intestata.

Ciò che differenzia l'impostazione moderna del fenomeno successorio da quella romana è il superamento del principio di incompatibilità tra

sull'ammissibilità di questa figura nel nostro ordinamento ha finito in concreto per ostacolarne l'utilizzo in questo ambito, mentre sin dagli anni '90 l'Unione Europea spingeva verso la soluzione di una riforma normativa che garantisse il passaggio generazionale delle imprese, esigenza che ha trovato soddisfazione in Italia con l'introduzione del patto di famiglia²⁴⁸.

Quanto però concretamente questo processo possa portare all'effettivo tramonto di uno strumento che ha caratterizzato la nostra storia giuridica, quale appunto il testamento, non crediamo sia possibile affermarlo. L'uso meno frequente che di esso infatti si fa non può togliergli il ruolo di strumento giuridico elementare di ogni ordinamento, uno strumento che, d'altronde, non è volto a regolare solo interessi di carattere patrimoniale²⁴⁹. Nessuno può mettere in dubbio che

vicenda delicata, in *Riv. not.*, VI, 2009, 1449 ss., con ulteriore bibliografia, cui *adde* M. ASTONE, *Destinazione di beni allo scopo. Fattispecie ed effetti*, Milano, 2010, part. 42 ss.

²⁴⁸ Al riguardo si vedano, tra i tanti, S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. not.*, III, 2006, 889 ss.; L. CAROTA, *Dalla successione anomala per contratto al patto di famiglia*, in *ALAF*, II, 2007, 9 ss., ove altra bibliografia.

²⁴⁹ Sulla persistente attualità degli istituti successori, compreso quindi il testamento, visto come punto di incontro di due diversi piani di interesse: quello oggettivo e minimale alla allocazione di beni e quello soggettivo, legato al valore della persona del disponente, oltre che del chiamato, insiste part. S. CICCARELLO, *Persona*, cit., 7 ss., part. 169 ss.

congiunti superstiti»²²⁸, poteva risolversi in modo netto verso quest'ultima soluzione qualora si fosse accolta la formula contenuta nell'art. 2 del progetto definitivo al nostro attuale codice che suonava così: *L'eredità si devolve per legge. Può anche essere devoluta, in tutto o in parte, per testamento*. Tale enunciato, infatti, mostrava di essere perfettamente aderente alle indicazioni di quella parte della dottrina maggioritaria che insisteva sul «carattere eminente della delazione per legge rispetto alla delazione per testamento»²²⁹. Ma nella stesura definitiva del codice si è tornati alla formula del codice del 1865. Al comma 2 art. 457 infatti si legge:

Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria.

Anche dopo la conferma nell'attuale codice dell'antica formula, la dottrina italiana ha tuttavia continuato a discutere circa la prevalenza dell'una o dell'altra successione.

Per un verso si è pertanto assegnato un ruolo prioritario alla successione legittima, in quanto non ispirata alla tutela di un interesse individuale, come quella testamentaria, ma all'interesse supe-

²²⁸ Così A. DE CUPIS, voce *Successione testamentaria*, cit., 1380.

²²⁹ *Relazione al progetto definitivo*, Roma, 1937, 4. Cfr. sul punto anche S. CICCARELLO, *Persona e successione ereditaria*, Napoli, 1994, 58 ss.

riore della famiglia²³⁰, in ciò seguendo l'impostazione che a questa problematica era stata data anche da buona parte degli storici del diritto. Meri-

²³⁰ L'idea che nella famiglia, quale istituto di importanza sociale, riposi il fondamento della vocazione legale, intesa *latu sensu*, cioè comprensiva della suppletiva e della necessaria, è stata infatti per lungo tempo la costante di fondo della civilistica italiana in tema di diritto ereditario, un'idea che si è consolidata ulteriormente dopo la novella del 1975: vi aderiscono, tra gli altri, in riferimento ad entrambi i tipi di successione, A. CICU, *La nozione di erede nel diritto italiano vigente*, in *Studi in memoria di P.P. Zanzucchi*, Milano, 1927, 164; ID., *Successione legittima e dei legittimari*², Milano, 1943, 5 ss.; ID., *Le successioni*, Milano, 1947, part. 145; 210; F. SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, 10; 53; ID., *Appunti sulla successione necessaria*, Padova, 1936, 7 ss.; ID., *Dei legittimari*, cit., 264 s.; ID., *Vocazione legale*, cit., 197 ss.; ID., *Parentela naturale, famiglia e successione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 29 s.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*³, Milano, 1947, 43 ss.; L. CARIO-TA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 2, Napoli, 1962, 30 ss. Vd. inoltre, con particolare riferimento alla successione legittima, R. NICOLÒ, *La vocazione*, cit., 49; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 123 s.; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 148; e, limitatamente alla successione necessaria, S. PUGLIATTI, *Alcune note*, cit., 230 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁸, III, 2, Milano, 1952, 200; L. MENGONI, *Successione*, cit., ma 1961, 14 s.; V.R. CASULLI, voce *Successioni (dir. civ.): successione necessaria*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, cit., 790. In proposito cfr. comunque anche, più di recente, V. SCALISI, *Persona umana e successioni*, ora in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 402 ss., con letteratura ulteriore.

ricercando soprattutto gli strumenti che potessero meglio consentire al disponente di conservare al massimo la sua autonomia negoziale²⁴⁶. Si è ritenuto, tra questi, che il trust testamentario potesse ad esempio adeguatamente prestarsi a svolgere quella funzione²⁴⁷. Ma il noto dibattito accesi

²⁴⁶ Sull'esigenza di superare il testamento quale strumento atto a disporre di una situazione patrimoniale *post mortem* e sui possibili strumenti convenzionali che possono costituire una valida alternativa ad esso si legga la lucida relazione di A. PALAZZO, *Negozi di trasmissione della ricchezza familiare e universalità del diritto civile*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno in onore di A. Falzea. Messina 4-7 giugno 2002*, Milano, 2004, 611 ss. Dello stesso a. cfr. anche *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, *passim*. Al tema è stato inoltre dedicato il volume collettaneo *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995.

²⁴⁷ «è ... il trust a costituire, più di ogni altro, un valido ed efficace strumento di trasmissione della ricchezza familiare e di scelta dei beneficiari, soddisfacendo in materia successoria, quelle esigenze che il testamento lascia irrealizzate»: così A. PALAZZO, *Negozi di trasmissione*, cit., 621. In argomento si vedano comunque anche D.J. HAYTON, *Parte prima: il trust come strumento di gestione dell'azienda di famiglia nel passaggio generazionale*, in *Contratto e impresa*, 2004, 247 ss.; M. MAGAGNA, *Simulazione e disposizione fiduciaria*, in *La ricostruzione*, cit., 274 ss., e, per una specifica valutazione comparativa tra 'trust' e fondazione come possibili strumenti di pianificazione del trasferimento della ricchezza familiare da una generazione all'altra, P. MATTHEWS, *'Trust', 'trust di scopo o fondazioni?*, in *Contratto e impresa*, 2004, 275 ss.; P. MANES, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Padova, 2005, 319 ss. Più di recente vd. ancora R. FRANCO, *'Trust' testamentario e liberalità non donative: spiragli sistematici per una*

lori costituzionali innovativi, difficilmente compatibili con una attribuzione *post mortem* dei beni rimessa esclusivamente alla libera ed incondizionata determinazione dispositiva dei privati²⁴³.

Ma se successivi interventi della Corte Costituzionale e del legislatore hanno operato in questa direzione per quanto concerne la successione legittima²⁴⁴, non altrettanto è stato fatto per la testamentaria, che, appunto, è rimasta estranea al processo di socializzazione. Si è conseguentemente parlato di «declino sociale» del testamento, a favore di altre forme di successione anomale per cause di contratto che si pongono, accanto alle vocazioni legali c.d. anomale, per il rilievo ad esse accordato ai bisogni dei successibili e alla diversa natura dei beni²⁴⁵.

Così, soprattutto a partire dagli anni '80 del secolo scorso, la dottrina ha iniziato ad indagare su quali tipi contrattuali potessero essere utilizzati per realizzare una valida alternativa al testamento,

²⁴³ Cfr. in tal senso da ultimo V. SCALISI, *Persona umana*, cit., 405 ss. Per una visione d'insieme dell'attuale 'crisi' del diritto successorio, visto alla luce di un'analisi comparatistica, cfr. invece per tutti A. ZOPPINI, *Le successioni nel diritto comparato (note introduttive)*, in *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*², Bari, 2005, 315 ss., part. 318 ss.

²⁴⁴ Con la riforma del '75, infatti, sono state introdotte tutta una serie di innovazioni: dalla reintroduzione del fedecommesso e della sua funzione assistenziale, al riconoscimento successorio ai figli naturali e al coniuge superstite.

²⁴⁵ Sul punto, in generale, vd. ancora V. SCALISI, *Persona umana*, cit., 436 ss., con letteratura.

tano infatti di essere riportate a questo proposito le parole dello Schupfer: «Nonostante la romanizzazione della teoria – ci passi il termine – il vero concetto romano del testamento è rimasto sempre più o meno straniero alla coscienza giuridica, cosicché anche oggigiorno l'idea fondamentale è questa: che, di regola, spetti alla natura determinare l'erede. Di fronte ai nostri Codici la successione testamentaria costituisce solo l'eccezione; né più occorre, che il testamento contenga la designazione o l'istituzione dell'erede, e le stesse forme, per quanto rigide, si scostano alquanto da quelle dei Romani»²³¹.

D'altronde, proprio l'interesse familiare ispirerebbe, a detta dei fautori della preminenza della successione legittima, le norme sulla successione legittima, permettendo che ad essa vengano chiamati i parenti fino al sesto grado (art. 572, comma 2)²³², in ciò coadiuvata dalla successione c.d. necessaria dei legittimari (coniuge, figli, ascendenti legittimi: art. 536), legati al *de cuius* da un vincolo familiare così stretto da attribuire alle norme che la contemplano il carattere dell'inderogabilità (artt. 457, comma 3 e artt. 553 ss.)²³³.

²³¹ F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, IV. *Il diritto ereditario*, Roma, 1909, 227.

²³² Sul punto, vd. per tutti A. TRABUCCHI, voce *Successione legittima*, cit., 769.

²³³ Sui rapporti tra delazione legittima e necessaria cfr. per tutti G. TAMBURRINO, voce *Successione legittima*, cit., 1326 s.; cfr. comunque anche, dello stesso a., voce *Successione necessaria*, in *Enc. dir.*, XLIII, cit., 1348 ss.

Al culto dell'interesse familiare si contrappongono le considerazioni morali dei fautori della prevalenza della successione testamentaria, i quali insistono invece sull'alta considerazione e il rispetto dovuto alla volontà dell'individuo, proiettata oltre la vita, riguardo alla sorte dei beni patrimoniali, rispetto appunto che sarebbe chiaramente riflesso nel testo legislativo²³⁴. A ciò, infatti, sarebbero da aggiungere pure considerazioni di ordine giuridico, scaturenti dallo stesso sistema legislativo, il quale nettamente pone la preminenza della successione testamentaria, visto che in base al disposto del secondo comma dell'art. 457 su citato non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria: norma che sembra appunto considerare la volontà testamentaria un *prius* e l'attribuzione legale di diritti successori un *posterius*. Né sono mancate altre argomentazioni, addotte sempre attraverso l'analisi degli specifici dati offerti dal nostro diritto positivo. Si è detto in proposito, infatti, che il valore attribuito dall'ordinamento alla successione testamentaria sta nella tutela da esso predisposta alla libertà testamentaria, la qua-

²³⁴ Così, tra gli altri, F. DEGNI, *Lezioni*, cit., I, cit., 8 ss., il quale, sulla base dell'art. 720 del cod. civ. del 1865, affermava che «solo mancando la successione testamentaria, si fa luogo alla successione legittima, in conformità del concetto già espresso con diversa, ma equipollente parola dagli art. 611 e 695 dei Codici Civili Parmense ed Albertino “in mancanza di testamento *subentra* la disposizione della legge”».

delazione sarebbe stata forse auspicabile alla luce del dettato costituzionale del '48 che, nell'art. su riferito, mostra di aprire anche il diritto ereditario ad una prospettiva di studio volta a dare il giusto rilievo a obiettivi ed istanze di carattere sociale. Infatti, le indicazioni costituzionali relative all'autonomia negoziale e proprietà privata, di cui agli artt. 41 e 42 della Costituzione, non sarebbero dovute passare inosservate. Benchè il testamento si adatti poco, per la sua stessa natura, alla realizzazione di programmi e finalità di ordine sociale, tuttavia l'introduzione nell'ordinamento italiano di clausole generali con immediata efficacia precettiva, come quelle della *utilità sociale* e della *funzione sociale*, avrebbero dovuto infatti mettere in discussione il dominio incontrastato ed il fondamento stesso del principio individualistico su cui esso ancora riposa²⁴², facendo sorgere l'esigenza di assicurare l'introduzione pure in questo campo del diritto privato a quell'insieme di principi e va-

²⁴² Nella sua ampia e dotta trattazione sui testamenti, R. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, I, Bruxelles, 1855, I, affermava: «le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil». Certo, il tramonto delle esigenze aristocratiche che ne incrementarono il ricorso nei secoli passati è un dato ineludibile. Questo, comunque, non può sconfiggere l'idea della vitalità ancora attuale, anche se attenuata, dell'istituto: cfr. G. BONILINI, voce *Testamento*, cit., 339 ss. Più in generale, sull'importanza che nelle legislazioni dei paesi occidentali si assegna, ancora oggi, alla successione testamentaria vd. anche G. ZANON, *L'oggetto*, cit., 4 ss.

Nulla può aggiungersi ad una diagnosi così attenta e penetrante dei rapporti tra le due cause di delazione; si può solo mettere in evidenza che la relazione tra tali due cause, l'una volta alla tutela di un interesse tipicamente individuale, l'altra volta invece alla tutela di un interesse collettivo: quello della famiglia in quanto tale, con prevalenza di quest'ultimo nel caso in cui il testatore lo abbia del tutto trascurato, appare, alla luce dell'analisi fin qui condotta, il risultato finale di una lenta evoluzione storica, che trova i suoi prodromi nell'ordinamento giuridico romano, e precisamente nell'opera della giurisprudenza, del pretore e degli Imperatori che alla diffusione dell'assoluta ed indiscriminata libertà di testare a favore di estranei, sviluppatasi soprattutto nella tarda repubblica, hanno posto dei ripari con gli strumenti che avevano a disposizione: *interpretatio* creatrice, concessione della *bonorum possessio*, introduzione di un'azione rescissoria: la *querela inofficiosi testamenti*, tutti strumenti, appunto, volti alla protezione di quegli interessi oggi detti 'sociali'.

Su un altro punto è il caso ancora di riflettere: se alla luce del codice del '42, come del resto anche di quello del 1865, la successione testamentaria esprime tuttora un'esigenza tipicamente individualistica: la protezione della proprietà privata, secondo dottrina autorevole si è evidenziato però che una svolta diversa anche di questa causa di

cessione legittima e testamentaria vd. da ultimo anche V. SCALISI, *Persona umana*, cit., 434 s. e nt. 101.

le si caratterizza per la sua ampiezza. Il soggetto infatti non solo è libero di fare o non fare testamento, ma è altresì libero di dare al testamento il contenuto preferito, inserendo persino modalità che possono modificare la struttura stessa dell'atto (artt. 633-648), e a favore di chiunque, nei limiti sempre del diritto dei legittimari. In quest'aspetto positivo, la libertà testamentaria si allarga fino a comprendere non solo l'ipotesi che, nel caso in cui il preferito non possa o non voglia accettare l'eredità, il *de cuius* gli nomini un sostituto (artt. 688-691), evitando così che si apra la successione legittima, bensì anche che egli possa altresì mutare testamento (art. 679). Sotto il profilo negativo, inoltre, la libertà testamentaria è, oltre a libertà di non fare testamento, anche libertà di revocarlo (artt. 679-685). Si è altresì evidenziato che la successione legittima normalmente è una successione a titolo universale, presentando il carattere di eccezionalità il caso di un legato *ex lege* a favore di soggetti che non succedono al defunto, ma hanno diritto per legge a conseguire a carico dell'eredità un dato beneficio patrimoniale (assegno vitalizio a favore di figli naturali non riconoscibili, o a favore del coniuge: artt. 580 e 585, comma 2). La successione testamentaria, invece, presenta una maggiore varietà, potendo avere ad oggetto l'intero patrimonio del defunto o una sua quota, o diritti o beni determinati (artt. 588, comma 1; 649, comma 2, e 658); può inoltre concretizzarsi nell'acquisto di un diritto di credito

verso uno o più successori del *de cuius* (artt. 651, comma 1; 653; 656, comma 2; 660 e 670), ovvero nell'acquisto di un diritto reale diverso da quello già spettante al defunto (artt. 636, comma 2, e 1058), o, ancora, nella liberazione di un debito già esistente (art. 658, comma 1). Si è pertanto concluso che «in questa varietà di profili giuridici assumibili, per volontà dell'ordinamento, dalla successione testamentaria» è «ravvisabile un atteggiamento di favore dello stesso ordinamento per la medesima successione e per il testamento che ne è il fondamento». Quest'ultimo rifletterebbe inoltre la personalità del testatore, escludendosi pertanto la rappresentanza (artt. 631 e 632) e permettendosi l'impugnabilità dell'atto per errore, violenza e dolo (art. 624). Ulteriori corollari della libertà testamentaria e della sua attitudine a riflettere la personalità del testatore consisterebbero, infine, nella latitudine della ricerca della volontà del testatore, nella salvezza dell'efficacia di tale volontà e nell'espansione ed integrazione della stessa (artt. 588, comma 2; 625; 607; 634; 590; 638; 629; 630; 659; 674-678 etc.)²³⁵.

Per quanto ci riguarda, però, sia il legislatore del 1865 sia quello del 1942, non hanno voluto attribuire una priorità assoluta, né alla vocazione testamentaria, né alla vocazione legittima, riflettendo le stesse due esigenze, entrambe meritevoli di essere tutelate: l'esigenza appunto che un suc-

²³⁵ Così, per tutti, A. DE CUPIS, voce *Successione testamentaria*, cit., 1379 ss.

preminenza è da attribuire alla norma di legge, e non alla successione legittima: è la norma che conferisce alla volontà del disponente carattere di legittimità, è la norma che ne limita l'efficacia, ed è la norma che regola la successione, quando non vi sia la volontà del disponente, o questa non possa, per il limite già posto, produrre dati effetti. Così il problema si riconduce sempre alla fondamentale questione dei rapporti tra la norma e la volontà del privato, e alla distinzione tra effetti riflessi della norma, ma immediati della volontà del singolo, ed effetti immediati della norma stessa ... ». E più oltre ancora affermava: «... la successione testamentaria è una proiezione del diritto di proprietà, cioè attua un fine prevalentemente privato; la successione legittima si fonda sulla protezione della famiglia come istituto sociale: attua cioè un fine prevalentemente pubblico. Se il disponente, non facendo testamento, rinuncia all'esercizio del diritto di proprietà, e quindi all'attuazione del fine privato, la legge invece, eliminando un interesse al quale essa medesima ha dato consistenza e peso, col riconoscimento del diritto di proprietà, si trova in condizione di potere e di dovere provvedere all'attuazione del fine pubblico ... della tutela familiare», un fine, quest'ultimo che comunque talvolta «s'impone e prevale anche su quello: ed è questo il caso della successione necessaria»²⁴¹.

²⁴¹ S. PUGLIATTI, *Alcune note*, cit., 233 ss. Sull'esigenza di rivalutare oggi il modo stesso di porsi dei rapporti tra suc-

simi, limiti ai quali risulta d'altronde sottoposta la stessa delazione legittima.

Le norme codicistiche vanno inoltre lette anche alla luce del più recente dettato costituzionale²³⁹, che al fenomeno successorio dedica una esplicita disposizione: l'art. 42, comma 4, che così recita:

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.

In modo non equivoco, infatti, questa disposizione costituzionale a nostro avviso conferma la posizione di assoluta parità in cui nel nostro ordinamento sono tenute le due cause di delazione, entrambe subordinate all'*auctoritas legis*²⁴⁰.

Precorrendo il dettato costituzionale Salvatore Pugliatti, in un lavoro risalente agli anni '30, nel discorrere dei rapporti tra successione legittima e testamentaria, così si esprimeva: « ... in realtà la

²³⁹ La civilistica, sin dagli anni '50, si è trovata infatti a dover fare i conti, anche in materia successoria, con i due complessi normativi che si sono venuti a porre spesso in conflitto tra di loro: il Codice civile, appunto, e la Costituzione. Su questa problematica, in riferimento al profilo successorio, vd. per tutti V. SCALISI, *Persona umana*, cit., 401 ss.

²⁴⁰ Una disposizione, questa, il cui contenuto trova i suoi precedenti nell'affermazione ulpiana espressa in D. 50.16.130 e in quella di Bartolo racchiusa in Commentario ad l. 1.1, C. 1.1, n. 37 (vd. *retro*).

cessore nella situazione patrimoniale del *de cuius* in ogni caso ci sia, al fine di salvaguardare la posizione dei creditori e dei parenti più prossimi, e quella di tutelare, là dove fosse espressa, e cioè in presenza di un testamento, la volontà del testatore, la quale, però, a differenza di quanto accadeva nella realtà giuridica romana, non assume oggi un ruolo prioritario e assorbente visto che alla successione legittima si fa luogo anche quando venga meno, pur solo in parte, la testamentaria.

Il concorso, appunto, si fonda non sulla preminenza, anche parziaria, della volontà testamentaria, quanto piuttosto sul sopravvento, anche limitato, dell'ordinamento nel caso in cui manchi una piena volontà testamentaria perché i beni residui non restino senza titolare attuale, non potendosi appunto presumere una volontà assorbente dell'ereditando in riferimento a beni sui quali egli nulla ha disposto. Tanto ciò è vero che se il testatore lascia all'erede la porzione disponibile, per il resto si aprirà la successione legittima, cui avrà diritto di partecipare anche l'erede testamentario, qualora rientri nel novero degli eredi legittimi. Il fatto che ciò trovi un limite nella diversa volontà del testatore, non significa, come pure è stato detto, che essa prevalga²³⁶; se infatti tale volontà contraria, di voler ricoprire anche i beni relitti, esiste, noi ci troveremmo di fronte non più ad un concorso, ma ad una sola delazio-

²³⁶ Vd. G. TAMBURRINO, voce *Successione legittima*, cit., 1325 s.

ne: la testamentaria. In sostanza, la legge intende intervenire solo là dove il testatore non ha provveduto e nei limiti in cui non lo ha fatto, non intende sostituirsi allo stesso. Infatti, la Cassazione ha deciso che un erede istituito per testamento in una quota (per es. appunto in quella disponibile) non può rinunciare alla propria delazione testamentaria optando per la legittima, ma potrà solo porre in essere negozi volti alla cessione di quote a vantaggio degli altri coeredi, i quali dovranno quindi accettare «l'atto dispositivo della quota fatta a loro favore dal rinunciante»²³⁷.

La norma contenuta nell'art. 457 trova una sua applicazione nel secondo comma dell'art. 734:

Se nella divisione fatta dal testatore non sono compresi tutti i beni lasciati al tempo della morte, i beni in essa non compresi sono attribuiti conformemente alla legge, se non risulta una diversa volontà del testatore.

Ivi, infatti, si prevede ancora un concorso tra le due attribuzioni, con intervento sempre della legge qualora il testatore non abbia disposto di tutti i suoi beni e non risulti una sua diversa volontà.

Se poi, come pure si è verificato, il testatore abbia istituito gli stessi successibili per legge in quote che corrispondono a quelle intestate: per es. abbia lasciato per testamento a tutti i figli i

²³⁷ Cfr. Cass. 25 gennaio 1983, n. 597; Cass. 3 agosto 1972, n. 2609.

beni in parti uguali, o nel caso in cui abbia dichiarato nel suo atto di ultima volontà di volersi attenere, riguardo alla sorte delle sue sostanze, alle norme sulla successione legittima, la giurisprudenza, di contro ad un non univoco orientamento dottrinale²³⁸, ha sostenuto la tesi della sussistenza, in questo caso, di una delazione testamentaria, tesi a nostro avviso condivisibile non in quanto così verrebbe data ancora una volta la prevalenza alla successione testamentaria sull'intestata, ma in quanto ancora una volta la legge non interviene perché la volontà testamentaria risulta aver esaurito tutto l'asse ereditario e in maniera conforme ai dettami dell'ordinamento, cioè non ledendo i diritti di quanti, anche contro la volontà del testatore, hanno diritto di succedergli. Ed invero, nell'ipotesi in cui il testatore, nel disporre delle sue sostanze, non abbia tenuto conto dei diritti di questi ultimi, le quote degli istituiti dovranno essere ridotte a favore dei legittimari, nei limiti previsti dalla legge. Se dunque da un lato la legge interviene solo quando la volontà testamentaria manca in tutto o in parte, dall'altro essa vigila a che il *de cuius* rispetti i limiti posti alla libertà di testare a favore dei congiunti più pros-

²³⁸ Cfr. in proposito G. TAMBURRINO, voce *Successione legittima*, cit., 1326 e nt. 23, con letteratura. *Adde* sul punto, più di recente, G. ZANON, *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in *La ricostruzione della volontà testamentaria. Il contenuto, i vizi, la simulazione, l'interpretazione*, Padova, 2005, 2 ss.