



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Giovanna Coppola Bisazza

**La successione dei legittimari
dal tardo-antico al post-moderno**

Numero IX Anno 2016

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Redattori

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), N. Donadio (Univ. Milano), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), I. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuoglio (Univ. Torino)

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.
Piazza Garibaldi, 8
52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista - in attesa di considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore - chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, double blind). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (report), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il report dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione, 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del report, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

LA SUCCESSIONE DEI LEGITTIMARI DAL TARDO-ANTICO AL POST-MODERNO*

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi - 2. La posizione dei legittimari nell'età postclassica - 3. La legislazione giustiniana anteriore alle *Novellae* - 4. Le novità introdotte con le *Novellae* 18 e 115 - 5. La successione necessaria nel codice del '42: profili generali - 6. Le ultime novità legislative e la prospettiva di riforma dell'attuale sistema normativo.

1. *Profili introduttivi*

Le riflessioni che seguiranno hanno come punti temporali di riferimento il 'tardo-antico' e il 'post-moderno', espressioni prese a prestito entrambe dal mondo dell'arte, l'una usata dai giusromanisti per indicare l'età che parte da Costantino, caratterizzata dall'avvento di una nuova fase nel campo del diritto romano¹; l'altra, ormai divenuta abituale presso i giuspositivisti, riferita alle innovazioni che nel settore giuridico si prospettano

*Questo scritto è destinato agli *Studi in memoria di Antonio Romano*, ove comparirà, con alcune modifiche, col titolo *La tutela dei legittimari nel tardo-antico e suoi riflessi sull'attuale assetto normativo*.

¹ L'espressione 'tardo-antico' fu coniata, infatti, per la prima volta intorno al XIX secolo da uno storico dell'arte, Alois Riegl, il quale, prendendo in considerazione l'età che va appunto da Costantino, evidenziava le caratteristiche novità che in campo artistico si ebbero rispetto alla tradizione classica, segno tangibile dell'avvento di una nuova fase in quel settore: cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *Sui rapporti tra intellettuali e potere nella tarda antichità*, in *Iura*, 57, 2008-2009, 93; ma vd. anche L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 2 s., nt. 4.

sotto la spinta della diversa realtà sociale ed economica che sta caratterizzando il terzo millennio².

È noto che la disciplina della successione necessaria contenuta negli artt. 536 ss. del nostro cod. civ., così denominata perché il legittimario diventa erede anche contro la volontà del *de cuius*, rappresenta una soluzione di compromesso tra due opposte esigenze: quella che hanno i privati di potere disporre senza limiti del proprio patrimonio, sia *mortis causa* che *inter vivos*, e quella che, invece, ha lo Stato il quale, riducendo tale potere e tutelando i legami familiari, stabilisce che il patrimonio sia destinato, quanto meno in parte, a soggetti tassativamente indicati dalla legge. In concreto, il nostro legislatore, dettando le norme che regolano la successione dei legittimari, ha inteso porsi in una posizione intermedia, riconoscendo la libertà di testare, e quindi di disporre riguardo alle proprie sostanze, apponendo però alla stessa specifici limiti a garanzia della famiglia del defunto, in ossequio al principio di solidarietà³.

Si tratta di un equilibrio raggiunto attraverso una lenta

² Come l'espressione tardo-antico, anche quella 'post-moderno', è presa in prestito dal mondo dell'arte. «Post-moderno» afferma, infatti, R. ORESTANO, *Del 'post-moderno', della 'scientia iuris' e di altro*, ora in *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, 323 ss., «è espressione che alcuni critici d'arte – con il loro immaginifico stile – hanno cominciato a impiegare dapprima a proposito di architettura, poi di pittura e scultura dei nostri giorni». La formulazione è piaciuta anche ai giuspositivisti, forse perché, come afferma Orestano, «invita a riflettere e ... a sognare, comunque la si intenda».

³ Sul tema segnaliamo i più recenti contributi di S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, 1 ss.; A. TULLIO, *La successione necessaria*, Milano, 2012, 1 ss.; E. DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Napoli, 2013, 93 ss.; A. ARCERI, *I diritti dei legittimari alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2014, 1 ss., ove è possibile rinvenire la bibliografia precedente, alla quale, di volta in volta, ci richiameremo anche noi, in base alle esigenze della trattazione.

evoluzione⁴, che affonda le sue radici proprio nell'ordinamento romano tardo-antico, ma che oggi è reso instabile dai profondi mutamenti che hanno investito la struttura sociale della famiglia e la saldezza del patrimonio della stessa, tant'è che alcuni autori ritengono che questo istituto debba considerarsi «ormai superato dalla storia»⁵. Il nostro obiettivo è adesso quello di esaminare non solo quanto la sua «storia» abbia inciso sull'attuale struttura dell'istituto, ma come proprio in questa stessa «storia» si rinvengano pure le soluzioni che s'intendono adottare per una sua nuova configurazione.

Occorre intanto premettere che l'evoluzione della società romana, da agricolo-pastorale a commerciale e mercantile, aveva comportato, a partire dal VI sec. a.C., il passaggio graduale dall'originaria *societas* tra i *sui*, denominata *consortium ercto non cito*⁶ e

⁴ Per un quadro sintetico sulle origini storiche della successione necessaria cfr. anche E. BETTI, *Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*, Milano, 1928/1929, II, 3 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. MENGONI, Milano, 2000, 3 ss.; e, da ultima, E. DE BELVIS, *La successione*, cit., 3 ss.

⁵ Così G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 61, 2007, 803 ss.

⁶ Gai 2.154 a-b: *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 'citurum', 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 hac autem societate fratrum ... illud proprium erat unus quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem comunem 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*, 46, 2000, 78 ss., ora in '*Iuris vincula*'. *Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli, 2001, 149 ss., e, più di recente, A. CALZADA, '*Consortium*

caratterizzata dall'indivisibilità del patrimonio familiare, alla progressiva acquisizione di una sempre maggiore libertà di testare del *de cuius*⁷, potendo egli nominare eredi inizialmente solo i *sui*, compresi eventuali figli adottati, e successivamente anche soggetti estranei, non solo alla famiglia *proprio iure*, bensì pure alla famiglia *communi iure*⁸.

Questa libertà di testare, limitata solo formalmente dall'obbligo di *exheredare i sui*⁹, aveva raggiunto un tale sviluppo, già in epoca repubblicana matura, da indurre i pretori, nel risolvere casi pratici in cui i prossimi parenti del *de cuius*, primi fra tutti i figli, lamentavano di essere stati ingiustamente estromessi dai testamenti di persone a cui erano legate da stretti vincoli familiari, ad attribuire loro la *bonorum possessio contra tabulas*¹⁰ e, ancor più, la *querela inofficiosi testamenti*, un'azione calibrata sul vecchio processo *per legis actiones*, in seguito sostituito dalla *cognitio extra ordinem*, e volta a garantire ai legittimari, pretermessi dal *de cuius* ingiustamente, cioè violando l'*officium pietatis* che avrebbe dovuto avere nei loro confronti, la caducazione del testamento e l'apertura della successione

ercto non cito: consortes qui a communiione discedere velint, in *Iura*, 69, 2011, 151 ss.; *adde*, per i profili più squisitamente etimologici, M. EVANGELISTI, 'Consortium', 'erctum citum': etimi antichi e riflessioni sulla comproprietà arcaica, in *D@S*, 6, 2007, 1 ss.

⁷ Il dettato decemvirale presupponeva già il testamento. La successione legittima aveva infatti luogo solo se il *de cuius* fosse morto *intestatus*. Cfr. Tab. 5.4-5: *Si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit gentiles familiam habento*. Sulla norma in esame cfr. per tutti G. COPPOLA BISAZZA, *Nascita e declino dell'adagio 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, in *TSDP*, 5, 2012, 3 ss.

⁸ Sul punto *amplius* G. COPPOLA BISAZZA, *La successione 'contra voluntatem defuncti' tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milano, 2014, 7 ss., con fonti e letteratura.

⁹ Sulla pratica dell'*exhereditatio* e sulla sua evoluzione cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 8; 16 ss.

¹⁰ Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 25 ss., con fonti e letteratura.

legittima¹¹.

Nel corso dell'epoca classica e postclassica, tuttavia, l'esigenza di cristallizzare gli effetti delle scelte compiute dal *de cuius*, rese precarie dagli espedienti introdotti del pretore, cui si aggiunsero alcuni interventi imperiali, che in sede di *extraordinaria cognitio*, sin dai tempi di Augusto¹², coadiuvarono l'opera dei magistrati nella risoluzione di questioni ereditarie riguardanti l'*exhereditatio* o la *praeteritio* di prossimi parenti, comportò l'individuazione di tutta una serie di rimedi diretti a limitare il ricorso all'azione d'inofficio, che, come si è detto, se vittoriosamente esperita, avrebbe implicato, con la caduta dell'*heredis institutio, caput et fundamentum totius testamenti*, l'invalidità di tutte le eventuali disposizioni a titolo particolare in esso contenute¹³.

¹¹ Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 30 ss., con fonti e letteratura.

¹² È quanto attestato da Val. Max 7.7.3-4. Lo storico ricorda, infatti, due episodi particolarmente significativi al riguardo: quello di Caio Tettio, diseredato dal padre naturale, e al quale appunto Augusto, con un suo decreto, gli permise di entrare in possesso dei beni paterni, così comportandosi, come afferma Valerio Massimo, *patris patriae*, e quello della vedova Septicia che, adirata con i suoi due figli, sposò, pur non essendo più in grado di procreare, per far loro dispetto l'attempato Publicio e li preterì nel suo testamento. Augusto disapprovò sia le nozze che le ultime volontà della donna, disponendo che i figli avessero l'eredità materna e proibendo al marito di trattenere la dote, alla quale avrebbe avuto diritto, ma solo se il matrimonio, in base alle leggi matrimoniali augustee, fosse stato concluso allo scopo di avere figli.

¹³ L'antica regola, secondo la quale *veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio* (Gai 2.229), nel tempo ha certo 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 Imperatori; in ogni caso essa risulta però ancora viva ed operante sia in epoca postclassica che in epoca giustiniana, come risulta dai testi dei giuristi classici che la enunciano, conservati nelle opere postclassiche e nel Digesto giustiniano. Essa è inoltre richiamata ancora in I. 2.20.34: ... *quia testamenta*

2. *La posizione dei legittimari nell'età postclassica*

A proteggere la volontà testamentaria operò soprattutto la giurisprudenza, intanto attraverso l'escamotage della c.d. *quarta*, una quota fissa del patrimonio che il defunto avrebbe dovuto riservare ai legittimari e considerata idonea a tacitare qualunque loro pretesa: un rimedio simile all'odierna 'quota di riserva', che venne confermato da Giustiniano, il quale anzi passò, come vedremo, dal criterio della quota fissa a quello della quota mobile¹⁴. Alcuni giuristi, poi, ritennero potesse salvarsi in parte il testamento attraverso una sua rescissione parziale, soluzione quest'ultima, accolta parimenti dalla legislazione imperiale¹⁵. Seguendo l'orientamento indicato si agì comunque pure stabilendo un termine di prescrizione dell'azione, individuato in cinque anni¹⁶. Ma anche, l'*agnoscere iudicium defuncti*, cioè l'aver dato seguito in qualche modo alla volontà del defunto, si ritenne potesse precludere la possibilità di intentare con successo la *querela*¹⁷.

Per integrare la quarta dovuta ed evitare così che il testamento fosse intaccato con la *querela*, in epoca postclassica si rese altresì ufficiale l'utilizzo del criterio dell'*arbitrum boni viri*¹⁸,

vim ex institutione heredum accipiunt et ob id veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Bisognerà attendere infatti l'ultima legislazione novellare giustiniana per un suo definitivo abbandono (vd. § 4).

¹⁴ G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 54 ss., con fonti e letteratura.

¹⁵ Cfr. ancora G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 40 ss.

¹⁶ G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 69 ss. La scadenza quinquennale dell'azione sarà accolta, come vedremo, anche da Giustiniano nella costituzione contenuta in C. 3.28.36.2, del 531.

¹⁷ G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 77 ss.

¹⁸ Un criterio, quest'ultimo, ampiamente impiegato nel caso d'indeterminatezza della prestazione, anche negli atti di ultima volontà. Si pensi all'ipotesi di un fedecommesso disposto con la formula *quidquid ex hereditate mea superfuisset, rogo restituas*, su cui vd. G. COPPOLA, *Osservazioni sul regime dei frutti nel fedecommesso 'de*

criterio che già Ulpiano, giurista dell'età dei Severi, aveva suggerito¹⁹. Dalla lettura di una costituzione risalente a Costanzo II, contenuta in CTh. 2.19.4, si ricava, infatti, che qualora il testatore avesse inserito nel testamento la clausola in virtù della quale la *portio debita* dei figli doveva essere completata, se insufficiente, *arbitratu boni viri*, attraverso *pecunia* data agli stessi, si impediva di agire non solo *de inofficioso testamento*, bensì pure *de inofficiosa donatione*²⁰.

residuo, in *Studi per L. Campagna*, I, Milano, 1982, 216 e nt. 53, con bibliografia, cui adde L. DESANTI, 'Restitutionis post mortem onus'. *I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, 147 ss. Più in generale, sulla possibilità di determinazione della prestazione affidata all'*arbitrium boni viri* cfr. A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., 795 s., con bibliografia.

¹⁹ In tal senso si legga Ulp. 2 *disp.* D. 5.2.25 pr. Ivi Ulpiano prospetta la possibilità di imputare alla quarta una *donatio inter vivos*, attraverso un'apposita clausola apposta all'atto stesso, con la conseguenza che, nel caso in cui la donazione fosse stata sufficiente a coprire l'ammontare della quarta, il giurista ritiene che non dovesse esserci spazio per la *querela*. Ma se ciò non si fosse verificato, se cioè la donazione non fosse stata sufficiente, egli propone una doppia eventualità, lasciata alla scelta dell'interessato: o agire con la *querela*, dovendo tuttavia conferire nella massa ereditaria, in caso di vittoria, quanto ricevuto in donazione, o consentire l'integrazione della quarta attraverso il ricorso appunto all'*arbitrium boni viri*: cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 68 s.

²⁰ CTh. 2.19.4: *Cum scribit moriens, ut arbitratu boni viri, si quid minus filiis sit relictum quam modus quartae, qui per successionem bonis tantum liberis debetur, efflagitat, id ipsum ab herede iisdem in pecunia compleatur, manifestum est nullam iam prorsus nec super testamento nec super donationibus querellam remanere, praesertim cum universam eandem repellat et reprimat, quae ad pecuniam redigit, iusta taxatio*. Sulla costituzione in esame cfr., tra i tanti, G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 470; 482; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, Milano, 1963, 730 s.; F. SAMPER, 'Pars debita' en el derecho romano vulgar, in *SDHI*, 37, 1971, 98 ss.; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela' alla 'portio legitima'. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustinianea*, Milano, 1996, 79 ss., con bibliografia; adde, più di recente, L. GUTIÉRREZ-MASSON, 'Actio ad implendam

Nulla avrebbe inoltre potuto precludere al legittimario di accordarsi con l'istituto per l'integrazione della quota dovuta, come di concordare con lo stesso testatore di non promuovere l'azione d'inefficienza, sebbene, in quest'ultima ipotesi, il patto non avrebbe escluso un successivo esperimento della stessa. Notizie in proposito ci forniscono le *Pauli Sententiae*, il cui titolo V del libro IV è dedicato appunto alla *querela inofficiosi testamenti*.

L'opera in discussione, che la grande maggioranza della dottrina ritiene una raccolta di massime compilata in occidente durante il principato di Diocleziano o di Costantino, nella quale furono utilizzati come fonte principale gli scritti di Paolo, ma anche quelli di Ulpiano e di altri giuristi²¹, ed alla quale Costantino conferì valore ufficiale²², contiene infatti alcuni passi particolarmente significativi ai nostri fini.

Soprattutto in *Paul. Sent.* 4.5.6-8²³, l'anonimo autore, dopo aver confermato il principio per cui l'esclusione dell'esperimento della *querela* era subordinato alla ricezione da parte del legittimario

legitimam firmitatem testamenti conservandi causa. *La preterición testamentaria parcial en derecho romano*, in BIDR., 42-43, 2000-2001, 190 s., e G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 87 s.

²¹ Sulle *Pauli Sententiae* bibliografia in L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 173 s. Sull'utilizzo di ampi squarci dell'opera ulpiana nella descrizione della *querela inofficiosi testamenti* da parte dei compilatori dell'operetta postclassica vd. anche D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di 'querela inofficiosi testamenti'*, I. *Le origini*, Napoli, 2012, 35 ss.

²² Essa risale, infatti, al 327/328: cfr. CTh. 1.4.2, con cui l'Imperatore confermò la validità di *universa quae scriptura Pauli continentur*, ed espressamente delle *Sententiae*.

²³ *Paul. Sent.* 4.5.6: *Quartae portionis portio liberis deducto aere alieno et funeris impensa praestanda est, ut ab inofficiosi querella excludantur. Libertates quoque eam portionem minuere placet.* 7: *Filius iudicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus citra inofficiosi querellam impleatur, iure desiderat.* 8: *Pactio talis, ne de inofficioso testamento dicatur, querellam super iudicio futuram non excludet. Meritis enim liberos quam pactionibus adstringi placuit.*

del quarto della propria quota *ab intestato*, e specificato che da tale *portio* andavano detratti i debiti, le spese funerarie eventualmente sostenute e le manomissioni, sottolinea appunto che il figlio, che avesse conseguito meno della quarta parte per disposizione del padre, a buon diritto (*iure*) poteva chiedere che i coeredi integrassero la parte mancante, evitando così di agire con la *querela*. Nulla poteva invece escludere che questa fosse intentata quando, con un *pactum*, il figlio si fosse impegnato a non promuoverla. E ciò in quanto, come si specifica nella chiusa del fr. 8, *meritis liberos ... quam pactionibus adstringi placuit*.

In base a queste testimonianze si può quindi dedurre come ancora in età tardo-imperiale il limite della quarta continuava ad avere una funzione deterrente ai fini dell'esperimento della *querela inofficiosi testamenti*, risultato al quale si sarebbe potuto comunque arrivare anche, nel caso di una quota inferiore, chiedendo semplicemente all'erede istituito di completare l'eventuale parte insufficiente. Un passo avanti, dunque, rispetto al completamento lasciato all'*arbitrium boni viri* stabilito dal *pater* defunto²⁴.

Circa la titolarità della legittimazione attiva alla *querela*, inoltre, in epoca postclassica si ribadì il principio della tendenziale libertà di azione, nel senso che essa poteva essere esperita dagli agnati e dai cognati legati tanto da vincoli di parentela diretta che collaterale²⁵. Tuttavia, i parenti in linea collaterale di grado ulteriore

²⁴ Sull'epoca e l'ambito a cui far risalire l'innovazione introdotta da *Paul. Sent.* 4.5.7 cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla querela*, cit., 87 s., part. 91 ss., il quale ipotizza un'origine provinciale, e precisamente africana, della stessa, risalente al IV secolo.

²⁵ Che l'esercizio vittorioso della *querela* provocasse la caduta del testamento e l'apertura della successione intestata era legato, infatti, alla posizione giuridica dei soggetti che la esperivano, trattandosi, nella maggior parte dei casi, di persone che avevano titolo a succedere *ab intestato*. Le 'chances' di vittoria non erano però le medesime per tutti gli eventuali eredi *ab intestato*, ma solo per i più

prossimi congiunti: *sui* e *liberi* tout court, innanzi tutto, non importava se preteriti o diseredati dal padre o dalla madre (cfr. C. 3.28.15). Ma anche i nipoti avrebbero potuto agire *de inofficioso*, ovviamente qualora il loro padre fosse morto (lo afferma Antonino Caracalla, in una sua costituzione del 216, conservata dai Compilatori in C. 3.28.7). Venivano poi gli ascendenti, i quali occupavano una posizione comunque subordinata rispetto ai figli (cfr. Pap. 5 *quaest.* D. 5.2.14). Gli ascendenti, ai quali si riconosceva, nell'ipotesi di premorienza dei figli, lo stesso trattamento che a questi ultimi era riservato in caso di morte dei genitori, erano inoltre preferiti ai collaterali e ammessi conseguentemente alla *querela* se preteriti a favore dei primi (C. 3.28.17). Tra ascendenti e collaterali, questi ultimi avrebbero potuto esperire la *querela* solo dopo i primi, non oltre però i fratelli e le sorelle: in questa direzione sembra orientato Ulpiano in Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.1. La scarsa possibilità di successo attribuita dal giurista severiano ai collaterali *ultra fratrem* si può, infatti, spiegare considerando che un legame di parentela meno stretto non avrebbe comportato, a livello di coscienza sociale, un *officium pietatis* tale da giustificare l'attacco ad un testamento giuridicamente perfetto. Di conseguenza, nonostante nulla potesse vietare anche ad un nipote *ex fratre* di esperire la *querela*, questi avrebbe avuto poche o nulle eventualità di ottenere una sentenza a lui favorevole. *A fortiori* ciò sarebbe accaduto nel caso in cui ad attaccare il testamento fosse stato chi non aveva alcun titolo alla successione legittima, anche se presumibilmente sempre legato da un qualche legame di parentela al *de cuius*. In quest'ultima ipotesi, qualora si fosse comunque accolta l'azione e si fosse arrivati alla sentenza, la rescissione non sarebbe andata a vantaggio dell'attore querelante, bensì dei diretti successibili *ab intestato*. È sempre Ulpiano ad affermarlo in Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.6.1. Dal passo si trae conferma, infatti, del fatto che il testamento era ugualmente rescisso, perché l'azione, da chiunque proposta, avrebbe appunto reso intestato l'ereditando, essendo il testamento impugnato per *color insaniae*: il che doveva portare innanzi tutto all'accertamento dell'*insania*, da qualunque parte fosse avvenuta la denuncia. E se il *de cuius* aveva escluso dal testamento parenti ai quali sarebbe dovuta andare l'eredità *ab intestato*, pur non avendo questi ultimi esperito la *querela*, si sarebbero ugualmente potuti avvantaggiare dell'azione intrapresa da altri, purché ovviamente non rinuncianti o quiescenti alla volontà del testatore. Quanto precede permette perciò di concludere che la legittimazione attiva all'azione, in epoca severiana, non era basata su regole precise, che avrebbero avuto un loro primo timido ingresso solo in seguito, a partire da Diocleziano e soprattutto da Costantino. *Amplius* sul

rispetto ai fratelli, non necessariamente ne avrebbero potuto beneficiare; e ciò in considerazione del fatto che l'effetto tipico dell'azione era rimasto quello di condurre alla rescissione del testamento e all'apertura della successione legittima, in cui essi potevano dunque essere contemplati solo se mancavano altri successibili *ab intestato* di grado inferiore. Tant'è che Diocleziano e Massimiano, in una costituzione del 294, consigliarono loro di agire non con l'azione d'inofficiosità, ma con l'azione di falso testamentario, potendo avere, per questa via, cioè attraverso il riconoscimento del *crimen falsi*, più possibilità di successo. In tal senso, infatti, gli Imperatori rispondono ad un nipote *ex fratre* (o *ex sorore*), un tale *Alexander*, che intendeva impugnare il testamento dello zio con la *querela*, sostenendo come l'azione d'inofficiosità sarebbe stata intentata invano (*frustra*), poiché tra i parenti in linea collaterale gli unici ammessi alla querela sarebbero stati il fratello e la sorella del *de cuius*²⁶.

punto G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 34 ss., con fonti e letteratura.

²⁶ Cfr. C. 3.28.21: *Fratris vel sororis filii, patrum vel avunculi, amitae etiam et matererae testamentum inofficiosum frustra dicunt, cum nemo eorum qui ex transversa linea veniunt exceptis fratre et sorore ad inofficiosi querellam admittatur. De falso sane per accusationem criminis queri non prohibentur*. Mentre, come si è evidenziato nella nota precedente, nel diritto classico era lasciata un'ampia libertà di azione anche ai parenti *ultra fratrem* e persino a soggetti non ammessi alla successione *ab intestato*, sebbene in ogni caso il risultato a cui si giungeva (la rescissione del testamento) non sarebbe andato a loro vantaggio, ma a vantaggio dei successori *ab intestato* (cfr. Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.1 e Ulp. 14 *ad ed.* 5.2.6.1), qui Diocleziano e Massimiano parrebbero a prima vista esprimersi in modo più perentorio contro l'esperimento della *querela* da parte di soggetti che non fossero al massimo fratelli o sorelle del *de cuius*, a cui dunque l'azione non sarebbe stata concessa, anche se, in alternativa, avrebbero potuto tentare di annullare il testamento con l'*accusatio falsi*. In questo caso però, più che «una drastica esclusione della legittimazione attiva per i parenti di grado ulteriore rispetto ai fratelli», come pure è stato detto, è forse da vedere un avvertimento circa l'opportunità maggiore che

In questa fase si assistette altresì all'importanza attribuita alla condotta morale tenuta dal soggetto istituito, almeno nell'ipotesi in cui ad esperire la querela fosse stato un collaterale. Nel 319 Costantino, in una costituzione pervenutaci attraverso CTh. 2.19.1, limitava, infatti, la possibilità di esperire la *querela*, spettante ai fratelli del *de cuius*, ai soli *germani*, negandola agli *uterini*, stabilendo altresì che, affinché il fratello del defunto potesse intentare validamente l'azione d'inofficiosità, l'erede testamentario dovesse essere un soggetto turpe. La *turpitudine* dei soggetti istituiti eredi rappresentava quindi, per l'Imperatore, la *condicio sine qua non* perché il querelante potesse ottenere un risultato positivo²⁷.

Ma anche se fosse stato il genitore ad impugnare il testamento del figlio che lo aveva preterito, o viceversa, l'accoglimento dell'azione sarebbe stato subordinato alla prova

avrebbero avuto, nel caso concreto, i nipoti di ottenere qualcosa con l'*accusatio falsi* che con la *querela*, visto che probabilmente nel testamento erano stati istituiti eredi soggetti ai quali in ogni caso sarebbe spettato prioritariamente il diritto di succedere. Tanto ciò è plausibile in quanto ancora Giustiniano, in I. 2.18.1, affermava che ... *ultra fratres et sorores cognati nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere*, non precludendosi dunque fino a quel momento la possibilità per i nipoti di impugnare, anche se con scarse possibilità di vittoria, il testamento. Sulla costituzione in esame si cfr. no comunque anche G. LA PIRA, *La successione*, cit., 423 e nt. 2; A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimacion de los parientes colaterales privilegiados en la impugnacion del testamento inoficioso*, in *SDHI*, 55, 1989, 107; 111; A. SANGUINETTI, *Dalla querela*, cit., 11 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 92 s.

²⁷ CTh. 2.19.1: *Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur et germanis tantummodo fratribus adversus eos dumtaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante sine auxilio praetoris petitionis aditus reseretur*, su cui vd. part. P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, 23, 1911, 194; P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 730; A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimacion*, cit., 112; A. SANGUINETTI, *Dalla querela*, cit., 38 s., e gli aa. da lui citt. a nt. 65; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 93 ss.

resa dall'attore – genitore o figlio preterito – di aver usato verso il *de cuius*, in vita, il rispetto dovuto secondo le prescrizioni discendenti dalla natura. In tal senso depone un'altra legge di Costantino, tramandata in CTh. 2.19.2. La *lex* inizia, infatti, affermando: *Licet legum auctoritas filiorum potius quam matrum personis voluit laborem incumbere ..*, espressione che evidenzia come al figlio fosse attribuito un potere di impugnare il testamento materno maggiore di quello accordato, per converso, alle madri, essendo nell'ordine naturale delle cose soprattutto essi a promuovere l'azione *de qua*. Pertanto, l'ordinamento si sarebbe preoccupato sino ad allora di disciplinare la prova che loro dovevano fornire, trascurando di occuparsi di quella che doveva essere fornita pure dalla genitrice. Adesso invece Costantino intende intervenire, colmando questa lacuna. Così come in passato la *legum auctoritas* riponeva sui figli piuttosto che sulle madri *laborem, ut de inofficioso testamento agentes*, per cui ai primi non bastava dimostrare il fatto obiettivo della preterizione o della diseredazione, dovendo altresì provare di non aver arrecato alcuna offesa alla madre, ora l'Imperatore ordina (*iubemus*), che anche in caso di *querela* intentata dalla madre nei confronti del testamento del figlio, debba essere indagato *diligenter* se il figlio abbia recato offesa alla genitrice non lasciandole la *luctuosam et legitimam portionem*, o se sia stata la madre a dare valido motivo al figlio di escluderla dalla successione, ponendo in essere comportamenti tali da essere considerata piuttosto sua nemica che madre²⁸. Si afferma altresì che, agendo *de*

²⁸ CTh. 2.19.2: *Licet legum auctoritas filiorum potius quam matrum personis voluit laborem incumbere, ut de inofficioso agentes intra praefinita tempora doceant nullo suo vitio factum nec offensionem se parentibus praestitisse, sed ingiter obsecutos, ut naturae ipsius religio flagitabat, disciplinam inlaesam inoffensamque servasse, ut his probatis remove parentum valeant testamenta: tamen si mater contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat, inquiri diligenter iubemus, utrum filius nulla ex iusta causa laesus matrem novissima laesierit voluntate nec luctuosam ei et legitimam reliquerit portionem, ut testamento*

inofficioso, il figlio riuscirà a *remove* *parentum testamenta*; analogamente, se l'azione è intentata dalla madre, *testamento remoto matri successio deferatur*. Sia nell'una che nell'altra ipotesi, dunque, la *querela*, se intentata vittoriosamente, avrebbe avuto come effetto ancora la rimozione del testamento e l'apertura della successione legittima.

3. *La legislazione giustiniana anteriore alle 'Novellae'*

Bisognerà comunque attendere l'epoca giustiniana perché alla disciplina della successione necessaria si desse un assetto più compiuto.

Intanto Giustiniano risolse il dibattito che aveva animato i giuristi dell'età severiana in ordine al *dies a quo* del termine prescrizione quinquennale della *querela*, facendolo coincidere con l'accettazione dell'eredità da parte dell'istituito. In questa direzione è una costituzione risalente al 531, contenuta in C. 3.28.36.2. Ivi l'Imperatore riferisce appunto di una controversia sorta al riguardo tra Ulpiano e Modestino. Quest'ultimo riteneva che il computo dovesse iniziare dalla morte del testatore, mentre il primo era dell'avviso che cominciasse dall'*aditio hereditatis*²⁹. Ora, il criterio di

remoto matri successio deferatur, si tamen defuncto consanguinei agnati non sint superstites, an mater inhonestis factis atque indecentibus votis filium forte obsedit insidiisque eum vel clandestinis vel manifestis adpetiit vel inimicis eius suas amicitias copulavit atque in aliis sic versata est, ut inimica eius potius quam mater crederetur, ut hoc probato invita etiam adquiescat filii voluntati. Sulla costituzione cfr., tra gli altri, A. SANGUINETTI, *Dalla querela*, cit., 31 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 95 ss.

²⁹ C. 3.28.36.2: *Illud praeterea sancimus, ut tempora de inofficiosi querellae ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant, Herennii Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris ilico cursum de inofficioso querellae temporibus dabat, ut non liceat heredi quando voluerit adire, ne per huiusmodi tramitem iterum filius defraudetur debito naturali. Sancimus itaque, ubi testator decesserit alio scripto herede et speratur de inofficioso querella,*

Modestino avrebbe permesso all'erede testamentario di trovare l'espedito per ritardare di cinque anni l'accettazione, ottenendo così che la *querela* esperibile contro di lui si prescrivesse. Ed è per questo che l'Imperatore ritenne più opportuno accogliere la prima opinione. Egli andò però oltre, volendo favorire pure un sollecito esperimento della *querela*. Disposero pertanto un breve termine per l'accettazione o la rinuncia dell'eredità: sei mesi o un anno, a seconda che le parti vivessero o no nella medesima provincia³⁰.

Altra innovazione che Giustiniano introdusse fu l'azione c.d. *ad implendam legitimam*, una *condictio ex lege* attraverso la quale far valere quello che quindi era ormai un obbligo degli eredi testamentari a prestare la *repletio*³¹, e conseguentemente *amputare magnam et innumerabilem occasionem subvertendae testatorum dispositionis*. L'Imperatore dispose pertanto che le persone che avrebbero potuto impugnare il testamento per aver ricevuto meno della *portio legitima*, potevano esigere ora *sine ullo gravamine vel mora* solo quanto

necessitatem habere scriptum heredem, si quidem praesto est in eadem commanens provincia, intra sex mensuum spatium, sin autem seorsum utraque pars in diversis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo spatium simili modo per continuum a morte testatoris numerandum omnimodo adire huiusmodi hereditatem, vel manifestare suam sententiam, quod hereditatem minime admittit: expeditus etenim ita tractatus inducitur filio memoratam movere querellam: sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium quidem iudicis scriptum compelli hoc facere. In medio tamen, id est a morte quidem testatoris, ante aditam autem hereditatem, etsi decesserit filius, huiusmodi querellam, licet non se praeparaverit, ad suam posteritatem transmittet, ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciat praeparationem.

³⁰ Sul dissenso esistente nella giurisprudenza classica circa il momento dal quale far decorrere i cinque anni entro cui esercitare la *querela* e sulla soluzione giustiniana, cfr. da ultima anche S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, Bologna, 2010, 119 ss., e, più di recente, G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 73 ss.

³¹ *Amplius* in proposito A. SANGUINETTI, *Dalla querela*, cit., 113 ss. Si veda anche L. GUTIÉRREZ-MASSON, *'Actio'*, cit., 208 ss.

loro dovuto *ad implendam legitimam*. Egli intese così salvare le disposizioni di ultima volontà e la posizione dei legittimari che poco avevano ricevuto dal defunto, escludendo, conseguentemente, il ricorso alla *querela* tutte le volte in cui questi ultimi avessero ricevuto qualcosa in meno della *portio debita*. L'azione per il completamento sarebbe stata così l'unico rimedio disponibile, e ciò indipendentemente dal fatto che il testatore avesse espressamente previsto l'integrazione della quota legittima attraverso l'applicazione del criterio dell'*arbitrium boni viri*, o essa fosse stata spontaneamente data e accettata dai soggetti interessati. L'*actio ad implendam legitimam* può dunque considerarsi il precedente storico di quella che sarà poi, nel nostro ordinamento, l'azione di riduzione, uno strumento attraverso il quale si consentiva ai legittimari, che fossero stati contemplati nel testamento, anche a titolo di legatari o fedecommessari, ma destinatari di una porzione di patrimonio inferiore alla quarta parte, di agire per ottenere dagli altri eredi istituiti denaro o beni fino alla concorrenza del quarto, evitando così di ricorrere all'azione di inofficioso e garantendo la stabilità di tutte le altre disposizioni *mortis causa* inserite nel testamento³².

³² C. 3.28.30 pr.: *Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut, sive adiciatur testamento de implenda legitima portione sive non, firmum quidem testamentum sit, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere, si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator edixit: nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare et huiusmodi quaestionem introducere. Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommissis, licet minorem legitima portione, reliquerint.* Sulla *lex* cfr., tra gli autori più recenti, P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 731 s.; A. SANGUINETTI, *Dalla querela*, cit., 88 s.; 104 ss.; G. LUCETTI, *La*

Mentre, qualora il *de cuius* nel testamento non avesse riconosciuto al legittimario solo meno del dovuto, ma lo avesse totalmente trascurato o diseredato senza giustificazione, sarebbero rimaste ferme le antiche leggi³³.

Come già durante l'epoca classica, tuttavia, ancora nella prima fase dell'epoca giustiniana, nonostante l'introduzione dell'*actio ad implendam legitimam*, e quindi del diritto di *exigere* l'integrazione da parte di chi aveva ottenuto meno del quarto, rimaneva evidente l'iniquità esistente tra i legittimari cui fosse stato lasciato qualcosa, seppur in misura minore a quella dovuta, ai quali si garantiva solo di ottenere una porzione pari alla quarta parte, ed i legittimari *in toto* pretermessi, che, invece, potevano disporre della ben più vantaggiosa *querela*, che avrebbe consentito loro di ottenere la quota dell'eredità *ab intestato* e non semplicemente quella *portio* (fittizia), che vantavano quale diritto di credito.

4. *Le novità introdotte con le 'Novellae' 18 e 115*

La vera rivoluzione in materia di successione necessaria fu, infatti, attuata da Giustiniano soprattutto con la legislazione novellare.

Intanto con la Novella 18, del marzo del 536, Giustiniano trasformò la quota fissa del quarto in quota mobile. La legittima

legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano, Milano, 1996, 264 ss.; L. GUTIÉRREZ-MASSON, 'Actio', cit., 198 s.; S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 126, nt. 90; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 107 ss.

³³ È quanto si afferma nel § 1 di C. 3.28.30: *Sin vero vel praeterierint aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus reliquerint, tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesenti promulgatione novationem vel permutationem acceptura* (cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 110).

era stata fissata fino a quella data, come si è detto, in un quarto della quota intestata. Bene, con la *lex* in questione l'Imperatore innova riguardo alle quote spettanti ai legittimari e, più in generale, alle modalità di successione dei figli e dei nipoti naturali.

Nel proemio della Novella Egli illustra i motivi che stavano alla base della riforma, affermando essersi più volte meravigliato nel constatare che i figli, per numerosi che fossero, avevano diritto comunque e solamente ad un quarto dell'asse ereditario; il che significava che nel caso in cui fossero molto numerosi avrebbero percepito, *pro capite*, quote relativamente esigue, e ciò anche quando il padre fosse stato molto ricco³⁴. Con l'intento di superare questa ingiustizia Giustiniano dispose pertanto che l'ammontare della legittima dovesse essere stabilito in funzione del numero dei figli³⁵.

³⁴ Nov. 18 (*Auth.*), *Praefatio*: ... *Frequenter igitur et alia vice mirati sumus, quomodo legitimis et benivolis filiis, quibus agunt gratias parentes quibusque quod relinquitur iam etiam debitum vocant, solum triuncium definierunt ex necessitate derelinqui, reliquum vero iacet in voluntate parentum, et capiunt quidem cognati omnia et extranei vel cum libertate servi, filii vero, licet multi consistent, etiamsi nihil offenderint parentes, confunduntur et triuncium dividunt solum, vel si decem forte aut amplius fuerint, et pauperes erunt filii patris donec vixerint patres idonei.*

³⁵ Nov. 18, *Caput 1*: *Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despiciere semper erubescensem, talique modo determinare causam, ut, si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quattuor, non triuncium eis relinqui solum, sed tertiam propriae substantiae, hoc est uncias quattuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quattuor habuerit filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendum, et hoc non sub iniusta circumstantia rerum (forsan enim etiam hic alii iniustitiam patiuntur, aliis quidem meliora aliis vero deteriora percipientibus), sed quod contigerit unumquemque per omnia aequum esse in qualitate et in quantitate, sive quis illud institutionis modo sive per legati (idem est dicere et fideicommissi) relinquat occasionem. Licebit enim ei reliquum octouncium forte aut sexuncium habere, et largiri sicut voluerit filiis ipsis aut cuilibet extraneorum, et natura primo curata competenter, sic ad extraneas largitates accedere. Hoc servando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.*

Essa fu fissata così in un terzo dell'asse ereditario se il *de cuius* avesse avuto fino a quattro figli; in metà se ne avesse avuto più di quattro. Tali quote dovevano essere inoltre divise in parti uguali, in base al numero effettivo dei figli. E, per evitare altre possibili ingiustizie, l'Imperatore ordinò che le quote individuali dovessero essere uguali in qualità e quantità, senza dipendere dalla *περιστάσις πραγμάτων*. La legittima poteva inoltre essere lasciata a titolo d'istituzione di erede, di legato o di fedecommesso, purché appunto si rispettasse la pari condizione qualitativa e quantitativa. Quanto disposto doveva altresì valere per tutti i soggetti per i quali la *ratio* aveva indotto a stabilire il *τέταρτον τῆς de inofficioso*, cioè non solo per i figli, ma per tutti gli altri soggetti cui era stata riconosciuta *ab antiquo* la legittimazione ad agire per inofficiosità: quindi gli altri discendenti, gli ascendenti ed i fratelli e sorelle del *de cuius*. Ma mentre nella legge di Costantino, conservata da Giustiniano in C. 3.28.27, si parlava di fratelli e sorelle cui fosse stata preferita una persona turpe, il riferimento a questa condizione non compare più nella Novella in esame, ove è quindi da presumere che l'Imperatore abbia voluto definitivamente superare il limite del diritto di succedere dei collaterali (fratelli e sorelle del *de cuius*), circoscritto fino a quel momento ai soli casi d'istituzione di persone ritenute turpi³⁶.

Un'altra interessante disposizione, contenuta nel terzo *caput* della Novella 18, è quella in cui Giustiniano impose che la legittima dovesse essere lasciata in piena proprietà³⁷. Tale norma risulta

³⁶ Sul punto vd. comunque anche A. SANGUINETTI, *Dalla querela*, cit., 120 s.

³⁷ Nov. 18, *Caput 3: Prohibemus autem et illud grave existens et habens quidem aliquam legalem occasionem, in diram tamen incidens crudelitatem et amaritudinem. Novimus enim aliqua testamenta, secundum quae morientes non paterne nec ut viros oportebat, sed nimis molliter atque remisse fecerunt institutiones: uxoris si quidem omnem reliquerunt suarum rerum usumfructum, filiis autem proprietatem nudam. Quamobrem arbitror studium esse huiusmodi testamentis uxorem etiam proprietatem acquirere, filiis forte fame peremptis. Unde enim in medio etiam gubernentur et cotidianum habeant cibum, nihil eis derelicto, uxoris ira*

dettata dalla preoccupazione che i figli finissero per non avere di che vivere se il *de cuius* avesse lasciato loro la nuda proprietà dei propri averi, riservandone l'usufrutto generale alla moglie. Dietro a testamenti siffatti, afferma, infatti, l'Imperatore, si nasconde spesso l'intento di far acquistare la proprietà alla consorte, e, del resto, in costanza di un usufrutto generale a suo favore, il quotidiano sostentamento dei figli sarebbe dipeso, in modo molto rischioso, dalla volontà della donna³⁸.

Le novità più intriganti furono comunque introdotte con la Novella 115, del 542.

In particolare, nei *capita* 3 e 4³⁹, Giustiniano finì con l'attribuire ai discendenti e agli ascendenti il diritto di essere istituiti eredi: essi, infatti, non potevano essere né preteriti, né diseredati, tranne che la preterizione o la diseredazione non fossero scaturite da una causa prevista dalla legge ed esplicitata dal testatore. Chi faceva dunque testamento avrebbe potuto escludere dalla successione i propri discendenti (o, in mancanza di essi, gli ascendenti) solo in presenza di una giusta causa tra quelle

forsan et irrationabili intercedente, quae etiam eis cotidianam gubernationem abripiat? Non licebit igitur de cetero ulli omnino filios habenti tale aliquid agere, sed modis omnibus eis huius legitimae partis, quam nunc deputavimus, et usumfructum insuper et proprietatem relinquat, si vult filiorum non repente fame morientium, sed vivere valentium vocari pater. Et haec omnia dicimus non in patre solo, sed et matre et avo et proavo et adiunctis unicuique feminarum personis, id est avia et proavia, sive paternae sive maternae sint.

³⁸ Sulla Nov. 18 *amplius* G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 115 ss.

³⁹ Nov. 115 (*Auth.*), *Caput* 3 *pr.*: ... *Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcumque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsitan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento .;* *Caput* 4 *pr.*: ... *Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas quas enumerabimus in suis testamentis specialiter nominaverint...*

tassativamente elencate dalla Novella stessa, che precisamente erano quattordici per i discendenti e otto per gli ascendenti⁴⁰. Non sarebbe stato pertanto più sufficiente che i discendenti o gli ascendenti avessero la loro quota legittima mediante legati o

⁴⁰ Nov. 115, *Caput 3 (Quae sunt iustae exheredationis liberorum causae): ... Causas autem iustas ingratitudinis has esse decernimus. 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. 2. Si gravem et inonestam iniuriam eis ingesserit. 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem, seu rempublicam. 4. Si cum maleficis ut maleficus versatur, 5. vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari temptaverit. 6. Si novercae suae aut concubinae patris filius sese immiscuerit. 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. 8. Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi qui possunt ab intestato ad eius successionem venire, petiti ab eo vel unus ex his in sua eum noluerit fideiussione suscipere vel pro persona vel debito, in quantum esse qui petitur probatur idoneus. 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum, quia prohibuit parentes suos condere testamentum, ut si quidem postea facere potuerint testamentum, sit eis pro tali causa filium exheredandi licentia. ... 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenas aut mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit .. 11. Si alicui ex praedictis parentibus volenti filiae suae vel nepti maritum dare et dotem secundum vires substantiae suae pro ea praestare illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. ... 12. Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati qui ab intestato ad eius hereditatem vocatur obsequium ei et curam, competentem non praebuerint. .. 13. Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unum non festinaverint eum redimere, si quidem valuerit calamitatem captivitatis evadere, in eius sit potestate, utrum hanc causam ingratitudinis testamento suo velit adscribere. ... 14. Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei, ... licentiam pro hac maxime causa ingratos eos te exheredes in suo scribere testamento* *Caput 4 (Quae sint iustae causae parentum exheredationis): ... 1. Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint .. 2. Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur. 3. Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese miscuerit. 4. Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus in quibus habent testandi licentiam .. 5. Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidiari .. 6. Si liberis vel uno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint .. 7. His casibus etiam cladem captivitatis adiungimus .. 8. Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei*

fedecommissi o, in genere, mediante disposizioni *mortis causa* o *inter vivos*. Essi dovevano riceverla a titolo di eredi, non potendo appunto essere preteriti o diseredati nel testamento senza che venissero menzionate le cause della loro esclusione.

Qualora il legittimario fosse stato preterito o escluso per una causa non compresa tra quelle ammesse dalla legge, la conseguenza sarebbe stata la caduta dell'istituzione d'erede e l'apertura, a suo favore, della successione *ab intestato*. Il che comunque non avrebbe comportato la caduta delle altre disposizioni a titolo particolare contenute nel testamento, quali legati, fedecommissi, nomina di tutori, ecc.⁴¹, che avrebbero così potuto conservare la loro

⁴¹ Nov. 115, *Caput* 3 § 15: *Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas sive certas ex his sive quaelibet unam parentes testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam firmitatem habere decernimus; si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praedictum generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinquere vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis quibus fuerunt derelicta, ut tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Et haec quidem de parentum ordinavimus testamentis. Analogamente si dispone nel *Caput* 4 § 9, a proposito degli ascendenti: *Si tales igitur causas vel certas aut unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eis heredes aut omnes aut certas aut unam ex his approbaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Si autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur res eius dari disponimus, legatis videlicet sive fideicommissis at libertatibus et tutorum dationibus seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem aut pro legatis sive fideicommissis aut libertatibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere. Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae quantum ad ingratitudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt; si quae autem ex his inter crimina reputantur, earum auctores etiam alias poenas sentiant legibus definitas.**

validità, nonostante la mancanza dell'*institutio heredis*.

Il testamento in cui si fosse disposta l'esclusione di un legittimario in base ad una delle cause espressamente riconosciute dalla Novella non sarebbe stato però al riparo da qualsiasi pericolo. In caso di contestazione, tuttavia, sarebbe stato onere degli eredi testamentari dimostrare la veridicità della causa d'*exhereditatio* addotta dal *de cuius*.

Ancora, se fosse stata lasciata una quota d'eredità, a titolo d'*institutio heredis*, inferiore alla legittima, essa poteva essere integrata pure con disposizioni a titolo particolare; mentre, se la quota in cui il legittimario era stato istituito erede, fosse stata inferiore alla legittima, e tale porzione non fosse stata integrata a titolo particolare, si sarebbe potuto sempre ricorrere all'*actio ad implendam legitimam*, così che il testamento non cadesse, avendo di mira l'Imperatore esclusivamente le ingiuste diseredazioni e preterizioni, come testimonia il *Caput 5 pr.*, che fa riferimento appunto alla diseredazione ingiustificata di una certa Pulcheria⁴².

⁴² Nov. 115, *Caput 5, Praefatio: Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus adimpleri. Sola enim est nostrae serenitatis intentio a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre. Considerare namque debent parentes, quia et ipsi filii fuerunt et eadem a suis parentibus speraverunt, et similiter qui nunc filii sunt debent studere parentum animos sanare, quia et ipsi parentes fieri desiderant et a suis optant filiis honorari. Unde et constat ad utriusque partis utilitatem atque cautelam praesentem legem fuisse prolatam. Quam ex hac occasione promulgandam esse perspeximus. In aliquo autem negotio disceptantes invenimus Pulcheriam gratam quidem filiam a sua genitrice fuisse dictam, exheredatam autem testamento nominatam in paternis quam in maternis facultatibus. Et talem quidem scripturam, quia dolo eam et machinatione quorundam compositam fuisse comperimus, nullo modo permisimus obtinere, filiam autem heredem patris ac matris iussimus fieri, sicut et scriptis prolatum super hac causa nostrum manifestat arbitrium.*

L'intento di Giustiniano, chiaramente esplicitato nel *caput* 3, fu dunque quello di precisare e rendere maggiormente certo rispetto al passato un punto del regime d'innofficiorità rispetto al quale, in precedenza, ogni giudice seguiva la propria discrezionalità, rischiando di cadere nell'arbitrio o, quanto meno, nella disparità di trattamento in casi simili. Dopo la Novella 115, invero, non sarebbe stato più possibile ai giudici giudicare in base al proprio potere decisionale circa l'esistenza di motivi sufficienti a giustificare l'esclusione di un ascendente o di un discendente dalla successione. In caso di mancato rispetto da parte del testatore delle norme novellari, l'impugnazione dei soggetti interessati avrebbe avuto senz'altro esito positivo: l'istituzione d'erede sarebbe stata annullata ed essi avrebbero ereditato *ab intestato*. Il ruolo del giudice si sarebbe pertanto limitato a valutare il rispetto, da parte del *de cuius*, delle disposizioni di legge.

Ma l'innovazione più importante è da ravvisare nella misura della portata caducatoria dell'azione d'innofficiorità, che avrebbe colpito, come si è detto, la sola *ἐνστασις τῶν κληρονόμων*, facendo salve le disposizioni a titolo particolare contenute nel testamento. Col che Giustiniano finiva per snaturare il concetto classico di testamento, caratterizzato dalla sua clausola tipica, l'*institutio heredis*, appunto, trasformandolo in un atto *mortis causa* che poteva contenere anche solo disposizioni a titolo particolare⁴³.

La caduta dell'*heredis institutio*, legata alla mancata osservanza di un'*institutio* a favore dei più prossimi parenti, costituiva pertanto una sorta di 'sanzione' nei confronti del testatore che aveva violato quello che ormai era ritenuto un 'diritto in senso sostanziale' degli eredi di sangue⁴⁴, espressione del consolidato convincimento secondo cui doveva ritenersi inammissibile un testamento

⁴³ Vd. *retro*, nt. 13.

⁴⁴ *Contra* invece A. SANGUINETTI, *Dalla querela*, cit., 152 s.

confligente con le legittime aspettative, socialmente riconoscibili e riconosciute, di soggetti diversi dagli eredi designati. Una sanzione che non sarebbe andata in ogni modo oltre la nomina dell'erede, restando appunto salve le disposizioni accessorie connesse all'*institutio*. Nel che può individuarsi l'estremo tentativo di salvare quanto della libertà testamentaria era salvabile, a tutela soprattutto dei diritti spettanti questa volta a quanti (non eredi) erano stati menzionati nell'atto di ultima volontà, pur aprendosi in contemporanea la successione *ab intestato*, e che aveva trovato i suoi timidi precedenti, come si è accennato, già nel diritto classico, precipuamente nell'età dei Severi.

Né va affatto sottovalutata la portata della norma che imponeva il lascito della legittima a titolo d'istituzione d'erede, salvo, come si è già detto, la possibilità di eventuali integrazioni che potevano avvenire anche con disposizioni a titolo particolare. L'escluso doveva quindi essere comunque 'erede': lo sarebbe diventato *ab intestato*, nell'ipotesi di esperimento con successo della *querela*, lo diventava ora per testamento, dato che, in base a quanto disposto nella Novella 115, 3 pr., la legittima doveva essere lasciata allo stesso con istituzione d'erede.

Questo fenomeno, comunemente denominato dalla dottrina '*honor institutionis*', è, difatti, indice della concezione, ormai affermatasi in modo definitivo con la legislazione novellare, per cui i congiunti in linea diretta del *de cuius* dovevano essere considerati eredi a tutti gli effetti, e la successione, o almeno parte di essa, doveva quindi svolgersi all'interno della famiglia di sangue⁴⁵. Il legittimario era ormai dunque un 'erede necessario', e non più un semplice creditore di una quota ereditaria.

In ultima analisi, al diritto ad una quota di beni, che fino a quel momento aveva permesso di tutelare gli stretti congiunti del defunto

⁴⁵ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla querela*, cit., 127 ss.

solo sotto il profilo del loro interesse di contenuto economico a conseguire una parte dell'attivo patrimoniale relitto, Giustiniano volle sostituire un diritto volto a garantire un interesse di contenuto etico, avente ad oggetto l'acquisto da parte del legittimario del titolo di erede del *de cuius* e quindi di continuatore della sua personalità, anche contro la volontà del testatore, sanzionata, nei casi estremi, attraverso la caducazione dell'*heredis institutio* da lui predisposta.

Non è certo facile valutare le ragioni che possono aver indotto Giustiniano a tali modifiche. È plausibile comunque supporre che lo scopo perseguito attraverso le disposizioni innovative illustrate non fosse solo quello di rispettare una regola, più religiosa che giuridica, secondo la quale *heredes gignuntur non scribuntur: solus Deus potest facere heredes*⁴⁶, in perfetta sintonia con le tendenze cristiane dell'Imperatore⁴⁷, bensì obbedisse anche e

⁴⁶ La massima, espressione del diritto consuetudinario, a sua volta è tratta dalle parole contenute in un'*epistula* di Simmaco (1.15): cfr. G. FAGGELLA, *Presunzioni che accompagnano il sorgere e lo sparire del subietto del diritto naturale*, in *AG*, 68/69, 1902, (ora in www.forgottenbooks.org, 125).

⁴⁷ Su quest'aspetto ha insistito soprattutto G. LA PIRA, *La successione*, cit., 494 s. La ricezione dei principi cristiani nell'ambito della legislazione tardo-antica e, in particolare, giustiniana, ha costituito sin dai tempi di Raymond TROP LONG (*De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1868³, rist. Aalen, 1975) un fertile terreno di discussione tra gli interpreti. Si deve comunque precipuamente a S. RICCOBONO (*L'influenza del Cristianesimo nella Codificazione di Giustiniano*, in *Rivista di Scienza 'Scientia'*, 5, 1909, 122 ss.; *Cristianesimo e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 1911, 38 ss.; *L'influsso del Cristianesimo sul diritto romano*, in *Atti Congresso Internazionale di diritto romano (Bologna-Roma 17-27 aprile 1933)*, II, Pavia, 1935, 61 ss.), un approccio su basi più rigorosamente scientifiche del tema. Il pensiero di quest'ultimo autore è stato tuttavia criticato da G. BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, in *Mélanges par P.F. Girard*, I, Paris, 1912, 67 ss.; *La codificazione giustiniana e il cristianesimo*, in *Atti Congresso Internazionale di diritto romano*, cit., 125 ss. Più in generale, sul dibattito accesi in sede storiografica intorno al rapporto cristianesimo-

soprattutto ad un disegno di politica sociale che Egli intese realizzare: fare della tutela della solidarietà familiare l'obiettivo prioritario della sua legislazione in materia successoria⁴⁸.

5. *La successione necessaria nel codice del '42: profili generali*

Ed è proprio su questa base che ancora oggi l'istituto della successione necessaria trova la sua *ratio* nei vincoli indissolubili di solidarietà familiare, che permettono di garantire ai parenti più prossimi del *de cuius* la titolarità di una quota del patrimonio ereditario, variabile in relazione alla quantità e qualità dei legittimari⁴⁹.

Soprattutto con la Novella del maggio 1975, attuando i principi costituzionali contenuti negli artt. 29, comma 2, e 30, comma 3, che rispettivamente sanciscono la parità dei sessi

compilazione di Giustiniano si leggano le chiare ed acute considerazioni di L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., 24 ss.

⁴⁸ Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 122 ss., part. 128 ss.

⁴⁹ Cfr. L. FERRI, *Dei legittimari*, artt. 536-564, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 1 ss.; V. E. CANTELMO, *L'istituto della riserva*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 465 ss. C'è però chi ritiene che la successione necessaria non tuteli affatto l'unità familiare, bensì acuisca i contrasti endofamiliari: così S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 61, 2007, 815 ss. Secondo quest'ultimo autore, infatti, l'istituto appare per certi aspetti anacronistico, ma pur sempre da mantenere per la sua funzione di freno al c.d. abuso della volontà testamentaria. Diversamente F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c. c.)*, in *Giust. civ.*, 56, 2006, 3 ss., part. 4 s., il quale invece propende per la totale abrogazione dell'intero sistema della successione necessaria. Sulla questione vd. anche G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Trattato del diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, 729 ss.

all'interno della famiglia e l'equiparazione tra figli legittimi e naturali, il legislatore italiano da un lato ha attribuito una posizione di tutto rispetto al coniuge che, secondo la vecchia disciplina aveva solo un diritto di usufrutto, dando allo stesso un diritto su una quota in piena proprietà⁵⁰, dall'altro ha assegnato un nuovo trattamento ai figli

⁵⁰ La posizione subordinata rispetto a quella degli altri legittimari del coniuge superstite affonda anch'essa le sue radici nell'ordinamento romano. Nel diritto classico, infatti, a meno che il matrimonio non fosse accompagnato da *conventio in manum*, nel qual caso la moglie sarebbe entrata nella famiglia del marito *loco filiae*, il coniuge superstite di un matrimonio *sine manu* sarebbe stato ammesso, per diritto pretorio, alla *bonorum possessio*, ma dopo i *cognati* del *de cuius* (cfr. per tutti A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., 553 ss.). Con la Nov. 53.6 del 537 Giustiniano finalmente introdusse la c.d. 'quarta della vedova povera', istituto ulteriormente regolamentato dalla Nov. 117.5 del 542 (cfr. per tutti, in generale, P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 57; ma vd. soprattutto R. BONINI, *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni*, in *Studi Sassaressi*, 3^a serie, 3, 1970/1971, pubbl. 1973, 793 ss.). Un vero e proprio diritto successorio tra coniugi fu d'altronde ignoto anche al diritto germanico (sul punto cfr. per tutti E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, 95 ss.). E ancora nella codificazione napoleonica la vedova era ammessa a succedere *ab intestato* solo in mancanza di parenti entro il dodicesimo grado, quindi, in casi del tutto sporadici, anche se, per temperare il rigore di questo trattamento del tutto marginale, era previsto l'inserimento, nel contratto di matrimonio, di una disposizione *mortis causa*, irrevocabile, a suo favore. Il codice del 1865 presenta, in effetti, al riguardo alcune novità, quali l'introduzione del coniuge superstite tra i legittimari, considerato però sempre un estraneo, restando i naturali destinatari del patrimonio del defunto i discendenti, gli ascendenti, e, in loro mancanza, al più, i fratelli e le sorelle del *de cuius*. Un sistema, quest'ultimo, che ancora si prefiggeva una finalità ben chiara: evitare da un lato il frazionamento del patrimonio familiare e dall'altro che detto patrimonio potesse passare ad altre famiglie, in particolare a quella d'origine del coniuge superstite, o al nuovo nucleo familiare cui esso avrebbe potuto dar luogo dopo la vedovanza. Si utilizzò pertanto lo strumento dell'usufrutto uxorio, che avrebbe assicurato il godimento dei beni senza incidere sulla titolarità degli stessi, usufrutto che costituiva il trattamento ordinario riservato al coniuge sia nella successione testamentaria che in quella legittima. Ciò però qualora vi fossero altri discendenti. Se, infatti, questi

naturali riconosciuti o dichiarati, rientranti nella stessa categoria dei legittimi, senza differenza di quota, posizione che si è di recente ulteriormente consolidata con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 ed il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che non solo ha eliminato la differenza terminologica tra *figli legittimi* e *naturali*, parlando di *figli* tout court, bensì ha, sotto il profilo sostanziale, escluso, attraverso l'abrogazione del terzo comma dell'art. 537, la possibilità che i figli detti 'legittimi' potessero soddisfare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai 'naturali', sempre che questi non si opponessero⁵¹.

La quota dei figli rimane comunque mobile, variando in relazione al loro numero ed alla presenza o meno del coniuge (artt. 537 e 542)⁵², al quale, come si è detto, oggi spetta una quota in

mancavano, il coniuge superstite avrebbe conseguito una quota in piena proprietà, subendo però il concorso con i parenti fino al decimo grado (sul regime ora descritto cfr. per tutti E. BETTI, *Successione*, cit., 91 ss.). Questo impianto normativo fu confermato dal legislatore del '42, anche se con qualche ampliamento quantitativo dei diritti del coniuge, assurgendo comunque ancora l'usufrutto uxorio a perno centrale della vicenda successoria. Bisognerà attendere la riforma del 1975 per vedere finalmente riconosciuti pieni diritti successori al coniuge, non più considerato un estraneo alla famiglia del *de cuius*, bensì destinatario di una quota in esclusiva proprietà dei beni ereditari, sempre però in concorso colle altre due categorie di legittimari: i discendenti e gli ascendenti del *de cuius*. Cfr. al riguardo per tutti *amplius* A. ARCERI, *I diritti*, cit., 33 ss., con bibliografia e recente giurisprudenza; *adde* E. DE BELVIS, *La successione*, cit., 102 ss., part. ntt. 30-32.

⁵¹ Cfr. A. ARCERI, *I diritti*, cit., 31 ss.; part. 75 ss., con bibliografia e recente giurisprudenza. Sulla posizione dell'adottato maggiorenne e del nato attraverso le nuove forme di procreazione cfr. invece, da ultimo, E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, 164 ss., con bibliografia, cui *adde* C. PARRINELLO, *Tutele del legittimario ed evoluzione del sistema*, Milano, 2012, 40 ss.

⁵² E ciò di contro a quanto accadeva sotto l'impero del codice del 1865, che all'art. 805 stabiliva come i figli legittimi, indipendentemente dal loro numero, avessero diritto a ricevere la metà del patrimonio relitto (quota fissa).

piena proprietà, che a sua volta è destinata a mutare sulla base dell'esistenza di figli e del loro numero, oltre che di eventuali ascendenti⁵³, a cui a loro volta la riserva sarà attribuita⁵⁴ solo se il *de cuius* non ha lasciato figli (artt. 538 e 544 cod. civ.)⁵⁵.

Quando, in seguito all'apertura della successione, vi sono dei legittimari, il patrimonio del *de cuius* viene dunque diviso idealmente in due parti: una parte, quella disponibile, della quale il testatore

⁵³ Al coniuge è riservato in ogni caso pure il diritto di abitazione nella casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni (art. 540, comma 2): c.d. 'legato *ex lege*'. I diritti di cui si è discusso sono inoltre garantiti pure al coniuge separato non per sua colpa; mentre al coniuge cui è stata addebitata la separazione l'ordinamento attribuisce solo un assegno vitalizio, se al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto (art. 548). *Amplius* A. ARCERI, *I diritti*, cit., 37 ss. Sulla posizione del coniuge divorziato cfr. A. ARCERI, *I diritti*, cit., 43 ss. Vd. in proposito comunque anche C. PARRINELLO, *Tutele*, cit., 10 ss. e ntt. 23-27; E. DE BELVIS, *La successione*, cit., 108 s.

⁵⁴ Anche la successione necessaria degli ascendenti, gravemente sbilanciata a favore degli ascendenti dei figli legittimi e a danno dei figli nati fuori dal matrimonio, ha subito profonde modifiche per effetto delle Novelle legislative che hanno equiparato in tutto e per tutto i figli naturali ai legittimi. Queste riforme hanno, infatti, completamente parificato la situazione giuridica, dal punto di vista successorio, degli ascendenti nella famiglia non coniugale ai diritti degli ascendenti c.d. 'legittimi': cfr. sempre A. ARCERI, *I diritti*, cit., 89 ss.

⁵⁵ Questo sistema della 'quota mobile', aveva indotto in passato la giurisprudenza a ritenere che eventi posteriori all'apertura della successione, quali la rinuncia all'eredità, la rinuncia all'azione di riduzione, la prescrizione dell'azione di riduzione, portassero automaticamente a ricalcolare la legittima. La recente giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. part. Cass. SS.UU. 9 giugno 2006, n. 13429, e Cass. SS.UU. 12 giugno 2006, n. 13524), tenuto conto della situazione di incertezza che tale sistema procurava, ha ritenuto invece che la determinazione della quota di riserva debba rimanere quella esistente al momento dell'apertura della successione, tenuto conto di coloro che, a quella data, astrattamente avrebbero diritto alla successione in qualità di legittimari. Sul punto *amplius* A. ARCERI, *I diritti*, cit., 16 ss.

può disporre liberamente, un'altra parte, quella legittima o riserva, della quale egli non può disporre, perché spettante per legge ai legittimari.

Il principio ancora oggi vigente riguardo alla quota di legittima è inoltre quello della sua intangibilità⁵⁶. L'art. 549 stabilisce, infatti, che «il testatore non può imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari ...»⁵⁷.

Nel caso in cui, in seguito alla riunione fittizia dei beni del *de cuius*, le disposizioni testamentarie o le donazioni eccedano la quota di cui il testatore poteva disporre, il rimedio 'principe' è rappresentato dall'azione di riduzione⁵⁸, irrinunciabile dai

⁵⁶ Cfr. ancora C. PARRINELLO, *Tutele*, cit., 43 ss.; A. ARCERI, *I diritti*, cit., 93 ss. Un temperamento al principio consacrato nell'art. 549 è rappresentato comunque dalla c.d. 'cautela sociniana', così denominata dal giurista del cinquecento, Mariano Socino, che l'escogitò in seguito ad un parere richiestogli a proposito dell'eredità di un nobile fiorentino, e su cui vd. *amplius* G. VILLA, *La cautela sociniana*, Milano, 1994, part. 21 ss.; C. PARRINELLO, *Tutele*, cit., 15 ss.; A. ARCERI, *I diritti*, cit., 120 ss. Altro rimedio: il legato in sostituzione di legittima, da distinguere dal legato in conto di legittima: cfr. sempre C. PARRINELLO, *Tutele*, cit., 18 ss.; A. ARCERI, *I diritti*, cit., 129 ss.; 131 ss.

⁵⁷ Il che tuttavia non esclude che il soddisfacimento della legittima non possa essere attuato dal testatore con denaro o beni determinati, essendo stata tale soluzione adottata dalla giurisprudenza e approvata pure dalla dottrina, che ne ha trovato una conferma in quanto disposto dagli artt. 733 cod. civ. (rubricato: norme date dal testatore per la divisione) e 734 cod. civ. (rubricato: divisione fatta dal testatore). Dal combinato disposto degli artt. 733 e 734 si evince un concetto, quello di divisione del testatore, che rappresenta dunque un'eccezione, quanto meno qualitativa, al principio di intangibilità della legittima: si tratta comunque di un concetto molto vasto, che abbraccia fattispecie tra loro differenti, il cui approfondimento esula dall'economia di questo contributo. Cfr. al riguardo per tutti sempre A. ARCERI, *I diritti*, cit., 104 ss., con bibliografia precedente.

⁵⁸ *Amplius* C. PARRINELLO, *Tutele*, cit., 95 ss., part. 114 ss.; A. ARCERI, *I diritti*, cit., 145 ss.

legittimari fin tanto che il donante è in vita (art. 557, comma 2), e soggetta alla prescrizione ordinaria decennale *ex* art. 2946 cod. civ. Tale azione, se accolta, comporta come conseguenza che il donatario o comunque il beneficiario della disposizione testamentaria deve restituire quanto da lui ottenuto in più, obbligo che può essere perseguito in giudizio con l'azione di restituzione.

L'azione di riduzione ha dunque lo scopo di rendere inefficaci, a favore di chi la esperisce, le disposizioni che, col favorire estranei o altri eredi, hanno finito per ledere la quota di riserva o per obliterarla del tutto (c.d. 'pretermissione del legittimario', figura equivalente alla *praeteritio* romana).

Per entrambe le ipotesi, inoltre, oggi si discute se è attraverso l'esercizio dell'azione *de qua* che il legittimario ottiene pure il risultato di acquistare la qualità di erede (per il tutto o per la quota corrispondente alla lesione), o se la qualità d'erede costituisca di per sé un presupposto per agire in riduzione⁵⁹. Opinione, quest'ultima, da considerare più plausibile, specie alla luce dell'art. 536, che parla dei legittimari come «persone a favore delle quali la legge riserva una quota d'eredità». Essi dunque sono 'eredi' a tutti gli effetti, e ciò sulla scia del risultato al quale si pervenne, come si è già detto, nel diritto giustiniano, e che, attraverso la tradizione romanistica, si è conservato in codici che, come il nostro, a questa tradizione si sono ispirati. Né vale obiettare che il defunto potrebbe in ogni caso impedire al legittimario di acquistare quella qualità utilizzando strumenti quali un legato o una donazione commisurati alla quota di riserva a lui spettante. L'acquisto del legato o l'accettazione della donazione, infatti, costituirebbero in tal caso dei comportamenti concludenti attraverso i quali il chiamato all'eredità manifesta la sua volontà di non accettare detta qualifica.

Se l'azione di riduzione è diretta alla declaratoria d'inefficacia

⁵⁹ *Amplius* A. ARCERI, *I diritti*, cit., 145 ss.

delle disposizioni lesive della legittima, l'azione di restituzione è invece diretta a recuperare i beni al patrimonio dell'erede legittimario nei confronti del beneficiario che ha subito la riduzione o, eventualmente, dei suoi aventi causa. Si tratta, comunque, di un'azione meramente eventuale, in quanto verrà esercitata solo se il legittimario non sia già in possesso dei beni di cui il *de cuius* ha disposto ledendo i suoi diritti di riserva⁶⁰. È facile però intuire quali pesanti ricadute l'azione di riduzione può avere sulla circolazione dei beni, avendo la possibilità, i legittimari, di agire con l'azione di restituzione anche contro eventuali terzi, cui nel frattempo il bene donato sia stato alienato. Tanto ciò è vero che con le leggi 14 maggio 2005, n. 80, e 28 dicembre 2005, n. 263, il nostro legislatore è intervenuto nel tentativo di attenuare il rigore del regime dell'azione di restituzione, innovando gli artt. 561 e 563 cod. civ. che la prevedevano⁶¹. Si è così disposto che la tutela reale del legittimario abbia un ulteriore termine finale: venti anni dalla trascrizione della donazione, decorsi i quali gli oneri, sia reali che personali, di cui il donatario abbia gravato il bene, restano efficaci⁶². Anche se i legittimari possono comunque sospendere il decorso del ventennio attraverso un atto stragiudiziale: l'opposizione, che può essere notificata e trascritta presso l'Ufficio

⁶⁰ Sull'azione di restituzione vd. ancora C. PARRINELLO, *Tutele*, cit., 161 ss.; A. ARCERI, *I diritti*, cit., 203 ss.

⁶¹ Sull'incidenza che la l. 14 maggio 2005, n. 80 ha avuto sulla disciplina della successione necessaria cfr. per tutti E. DE BELVIS, *La successione*, cit., 239 ss., con letteratura.

⁶² Il che vale, ovviamente, per i beni immobili ed i mobili registrati. Mentre, nell'ipotesi in cui la donazione, non riguardando queste categorie di beni, non sia trascrivibile (si pensi al caso che abbia ad oggetto gioielli, denaro o opere d'arte), il termine decorre dalla data della donazione che va stipulata con atto pubblico, pena la nullità *ex art.* 782 cod. civ.: sul punto part. S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa del donatario*, in *Riv. not.*, 60, 2006, 307 s.

dei Registri immobiliari competente in relazione all'ubicazione del bene oggetto della disposizione contestata, sia nei riguardi del donatario che nei riguardi degli aventi causa, sempre entro venti anni dalla donazione⁶³.

L'azione di riduzione può però essere evitata anche in seguito ad accordi presi tra erede testamentario, legatario o donatario e legittimario leso o pretermesso. Un'opinione largamente condivisa, infatti, ritiene che quanto disposto dall'art. 554 cod. civ., nella parte in cui stabilisce che «le disposizioni testamentarie eccedenti la quota di cui il defunto poteva disporre sono soggette a riduzione», non vada riferito alla sola ipotesi di esperimento dell'azione di riduzione, ma vada inteso in senso lato, comprendente qualsiasi atto attraverso il quale si possono ridurre le disposizioni eccedenti la quota disponibile⁶⁴.

6. Le ultime novità legislative e la prospettiva di riforma dell'attuale sistema normativo

I principi normativi riguardanti la successione necessaria continuano comunque ad essere notevolmente influenzati dal diritto tardo-giustiniano, in particolare dalla Novella 115, anche sotto altri profili. Il nesso è, infatti, significativamente evidente ove si esamini la posizione della giurisprudenza di legittimità, che di recente⁶⁵ ha ritenuto ammissibili clausole testamentarie meramente

⁶³ Si cfr. no al riguardo, tra gli ultimi, C. PARRINELLO, *Tutele*, cit., 181 ss.; E. DE BELVIS, *La successione*, cit., 319 ss., con ampia bibliografia.

⁶⁴ Cfr. C. PARRINELLO, *Tutele*, cit., 239 ss.; A. ARCERI, *I diritti*, cit., 225 ss., ove altra bibliografia.

⁶⁵ In passato, infatti, la S.C., richiesta di pronunciarsi sulla questione, ha mostrato un orientamento ondivago, optando per l'esclusione di clausole di tal tenore sulla base del presupposto, condiviso dalla dottrina, che il testamento

negative, quali l'*exhereditatio*, anche se limitate ai discendenti legittimi⁶⁶.

A quest'orientamento va però aggiunta la novità legislativa contenuta nella l. 10 dicembre 2012, n. 219, che con l'art. 448 *bis* sembra aver introdotto un'ipotesi tipica di diseredazione pure del legittimario laddove afferma che il figlio può escludere dalla successione il genitore che è decaduto dalla potestà⁶⁷. Su questa

dovesse avere solo contenuto attributivo e non destitutivo. Altra dottrina, invece, e parte della giurisprudenza, hanno accolto la validità di dette clausole sulla base del presupposto che il verbo 'disporre', utilizzato dal legislatore nell'art. 587 cod. civ., vada inteso non solo in senso positivo (attributivo), ma anche in senso negativo (destitutivo). Cfr. in proposito per tutti G. BONILINI, *Disposizione di diseredazione accompagnata da disposizione modale*, in *Fam., Pers., Succ.*, 8-9, 2007, 715 ss.; *adde*, più di recente, M. SCALISI, *Clausola di diseredazione e profili di modernità*, Studio n. 339-2012/C, approvato dalla *Commissione Studi Civilistici CNN* del 20 settembre 2012, 1 ss.; C. LAZZARO, *La nuova frontiera della diseredazione*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 1 ss., con ampio apparato bibliografico sul tema.

⁶⁶ Vd. Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2012, n. 8352, che così si è espressa: «È valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la volontà destitutiva – che può includersi nel “disporre” di cui all'art. 587 comma 1 c.c. – diretta ad escludere dalla propria successione legittima alcuni dei successibili ed a restringerla così ai non diseredati, costituendo detta clausola di diseredazione espressione di un regolamento di rapporti patrimoniali, rientrante nel contenuto tipico dell'atto di ultima volontà e volta ad indirizzare la concreta destinazione “post mortem” delle proprie sostanze, senza che per diseredare sia, quindi, necessario procedere ad una positiva attribuzione di bene, né occorra prova di un'implicita istituzione». In proposito cfr. D. PASTORE, *La Cassazione ammette la diseredazione*, in *Vita not.*, 2012, 665 ss.; M. MEO, *In presenza di un'unica clausola negativa difficile ricostruire il desiderio del defunto*, in *Guida al diritto*, 25, 16 giugno 2012, 48 ss. (anche se in posizione critica); R. CIMMINO, *Diseredazione e ricostruzione causale del negozio testamentario*, nota a Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2012, in *Notariato*, 2013, 24 ss.

⁶⁷ Art. 448 *bis*: Il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti

base, la recente dottrina sembra così orientata a riammettere nel nostro ordinamento la diseredazione per giusta causa. Si è, ad es., sostenuto che la violazione dei doveri inderogabili che i figli hanno nei riguardi dei genitori, *ex art. 315 bis cod. civ.*, potrebbe essere vista come una di quelle. Non bisogna d'altronde dimenticare che il coniuge separato con addebito perde lo *status* di legittimario a fini successori, avendo diritto solo ad un assegno vitalizio *ex art. 548, comma 2, cod. civ.*; nel che può individuarsi una ulteriore causa frustrante qualsiasi pretesa successoria del coniuge 'colpevole'⁶⁸. Non è chi non veda, dunque, come dottrina e legislazione, sotto la spinta di nuove esigenze sociali, si mostrino orientati a reintrodurre un istituto, quello della *exheredatio* dei legittimari, quanto meno nella prospettiva voluta da Giustiniano, cioè per cause previste *a priori ex lege*.

Perfino in merito alla prescrizione dell'azione di riduzione (decennale), le discussioni circa l'individuazione del suo *dies a quo* sembrano indirizzate a risolversi nella direzione indicata da Giustiniano in C. 3.28.36.2 del 531, in materia di decorrenza del termine quinquennale di prescrizione della *querela inofficiosi testamenti*. Secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali, infatti, tale termine dovrebbe decorrere dal momento in cui l'eredità è accettata, in modo espresso o tacito, dal chiamato, producendosi la lesione dei diritti del legittimario soltanto nel momento in cui si ha l'acquisto ereditario⁶⁹.

È dunque innegabile che il diritto giustiniano continui a condizionare i principi vigenti in materia di successione necessaria,

al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla potestà e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463, possono escluderlo dalla successione.

⁶⁸ Vd. C. LAZZARO, *La nuova frontiera*, cit., 7 ss., con bibliografia.

⁶⁹ Cass. SS.UU. 25 ottobre 2004 n. 20644, su cui vd. da ultime C. PARRINELLO, *Tutele*, cit., 126 ss., part. 128 ss. (con bibliografia); A. ARCERI, *I diritti*, cit., 201.

condividendo con essa sia la *ratio* di fondo che svariate soluzioni pratiche, alle quali, nell'economia di questo discorso, si è solo potuto brevemente accennare. Com'è altrettanto innegabile che, se nuove sollecitazioni sociali e sovranazionali spingono oggi per un superamento di questi principi e per una rivisitazione dell'istituto in chiave post-moderna, ancora una volta la lunga storia del diritto romano ci può offrire uno scenario da cui ricavare soluzioni da imitare.

La crisi che sta colpendo il prototipo della ricchezza patrimoniale familiare, quella immobiliare, e l'evoluzione dello stesso modello di 'famiglia'⁷⁰, guidano infatti verso un riesame non solo della categoria dei soggetti designati come legittimari, ma anche della loro qualifica come eredi⁷¹.

Eliminata l'anacronistica distinzione tra figli legittimi e naturali, bisognerebbe, infatti, intervenire sulla figura del coniuge, che in conformità a quanto disposto dall'art. 548 cod. civ., se separato a seguito di separazione consensuale, è considerato addirittura legittimario, una soluzione eccessivamente a lui favorevole, che andrebbe ridimensionata, riconoscendo allo stesso solo un assegno vitalizio e solo qualora versi in stato di bisogno, parificando così la sua situazione a quella del coniuge divorziato, che è escluso da qualsiasi diritto alla successione. Mentre eccessivamente riduttiva appare la posizione al momento ricoperta dagli ascendenti, che potranno avanzare pretese successorie solo in subordine e che,

⁷⁰ Sull'evoluzione del modello familiare tradizionale cfr. per tutti V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive. Atti Convegno Verona (14-15 giugno 1985)*, Padova, 1986, ora in *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, 3 ss., e, più di recente, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 59, 2013, I, ora in *Studi*, cit., 63 ss., con ampia bibliografia. Per i profili più squisitamente sociologici cfr. invece V. POCAR- RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2011, 5 ss.

⁷¹ *Amplius* sul punto anche G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 168 ss.

invece, dovrebbero essere posti sullo stesso piano degli altri eredi, potendo avere maggiore esigenza di tutela degli stessi discendenti e del coniuge, al quale, non si dimentichi, anche nell'ordinamento romano era riservato un ruolo subalterno rispetto ai figli e agli ascendenti del *de cuius*⁷².

La libera circolazione dei beni e la tutela dei terzi acquirenti potrebbero invece essere realizzate incidendo di più sul carattere reale dell'azione di riduzione. Ora, proprio a quest'ultimo riguardo, l'opzione di ridimensionare la posizione del legittimario riducendolo al rango di un semplice creditore dell'eredità, nella misura di un determinato valore⁷³, potrebbe essere una soluzione convincente, come lo è stata nella realtà giuridica tardo-antica, prima che la Novella 115 di Giustiniano facesse di lui un erede a tutti gli effetti. Ancora ad un ritorno al passato, dunque, un passato dal quale è difficile sganciarsi.

Pure in quel particolare segmento della vita sociale che è il mondo del diritto, la sua storia, che è poi quella del diritto romano, rappresenta dunque un imprescindibile punto di riferimento per comprendere non solo da dove veniamo, ma anche dove siamo diretti. La sua conoscenza non è fine a se stessa, ma consente di vivere in modo più consapevole il presente, cogliendo con altrettanta maggiore consapevolezza i processi evolutivi in corso⁷⁴

⁷² Cfr. nt. 50.

⁷³ In questa direzione cfr. ad es. C. PARRINELLO, *Tutele*, cit., 281 ss. Sulle varie proposte di riforma della disciplina della successione necessaria, viste anche alla luce dei diversi sistemi europei, *amplius* E. DE BELVIS, *La successione*, cit., 512 ss., con ampia letteratura e richiami alla giurisprudenza.

⁷⁴ Particolarmente indicative in proposito le pagine di R. ORESTANO, *Problema del diritto romano e della sua storicità*, ora in *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 455 ss. Sull'opera dell'illustre giurista del Novecento si cfr. GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata «Introduzione allo studio del diritto romano» di Riccardo Orestano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, Milano, 1988, 533 ss., a giudizio del

ABSTRACT

L'autrice, dopo alcune considerazioni introduttive, passa ad esaminare la posizione dei legittimari in età postclassica, con particolare riferimento ai soggetti considerati tali e agli strumenti di tutela delle loro pretese successorie. Focalizza quindi la sua attenzione sulle novità legislative introdotte da Giustiniano, con specifica attenzione alla c.d. *actio ad implendam legitimam*, una *condictio ex lege* concessa per proteggere le ormai consolidate pretese creditorie dei soggetti in questione, destinati comunque ad essere considerati, con la Novella 115, eredi a tutti gli effetti. Messo in risalto quanto la nuova impostazione giustiniana abbia inciso sull'attuale struttura dell'istituto, l'a. conclude ponendo in evidenza come i principi normativi riguardanti la successione necessaria non solo continuino ad essere influenzati dal diritto tardo giustiniano, ma in quest'ultimo trovino una conferma anche le nuove soluzioni auspicate al fine di tutelare la libera circolazione dei beni e gli eventuali terzi acquirenti degli stessi.

The author, after some introductory remarks, examines the position of the legitimate heirs in the Postclassic era, with particular reference to those subjects that are considered that way and to experimental protection tools for their succession claims. The author then focuses her attention on the legislative changes introduced by Justinian, with specific attention to the so-called *actio*

quale il giurista palermitano immerge «sempre il discorso in quel *continuum* ideale fra presente e passato che non ha cesure spirituali, che non ricaccia la storia in soffitta e non riecchisce il vigente come realtà sradicata». Sull'incidenza che sul pensiero di Orestano ha poi avuto la concezione vichiana della storia vd. recentemente L. SOLIDORO MARUOTTI, *Vico e le dinamiche del 'fatto'*, ora in *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica del fenomeno giuridico*, II, Torino, 2014, 83 ss., part. 87 s.

ad implendum legitimam, a *condictio ex lege* granted to protect credit expectations of these subjects, destined to be considered, with the Novella 115, heirs to all effects. After emphasizing how the new Justinian approach has affected the current structure of the institute, the a. ends highlighting how regulatory principles regarding the necessary succession not only continue to be influenced by late-Justinian law, but also the fact that new solutions required in order to safeguard the free circulation of goods and possible third buyers find in it a broad confirmation.

GIOVANNA COPPOLA

Professore ordinario di Diritto romano

Università degli Studi di Messina

E-mail: gcoppola@unime.it

