



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

XXXII CICLO

TESI DI DOTTORATO

LE *'QUERELAE'* DI INOFFICIOSITÀ.
CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA TUTELA DEI LEGITTIMARI IN
DIRITTO ROMANO.

Coordinatore: Ch.mo prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore: Ch.mo prof. Luigi Garofalo

Dottorando: Mirko Scantamburlo

*Le 'querelae' di inofficiorità.
Contributo allo studio della tutela dei legittimari in diritto romano.*

MIRKO SCANTAMBURLO

LE 'QUERELAE' DI INOFFICIOSITÀ.
CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA TUTELA DEI LEGITTIMARI IN
DIRITTO ROMANO.

*«Spesso l'europeo di oggi, o, diciamo meglio, coloro che oggi in Europa e fuori di Europa vivono in quella tradizione giuridica, che ha le sue basi essenziali nel lascito della elaborazione romana e romanistica, non afferrano, salvo poche eccezioni, l'instimabile bene che è il vivere in una società, che fonda sul diritto i rapporti umani, quella 'proportio hominis ad hominem' della quale parla la lapidaria definizione di Dante. È un grosso problema, che non è il caso nemmeno di sfiorare, se non per esprimere un augurio. E l'augurio è il seguente, e cioè che costoro non debbano un giorno apprezzare questo privilegio nella amara esperienza di un bene perduto»
(G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, 188)*

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

Sull'origine dell'azione di inofficiosità testamentaria

1. Premessa introduttiva	9
2. Un rapido sguardo alla letteratura.....	13
3. L'architettura del titolo <i>de inofficioso testamento</i> del Digesto e del <i>Codex</i> : analisi strutturale di <i>D. 5.2</i> e <i>C. 3.28</i> e cenni relativi a passi in tema di inofficiosità posti 'fuori sede'.....	17
4. Sull'utilizzabilità dei <i>Basilicorum Libri</i> e degli <i>scholia</i> annessi.....	34
5. Sull'origine della <i>querela inofficiosi testamenti</i>	42
5.1. Il collegio centumvirale: ipotesi dottrinarie sulla sua genesi.....	43
5.2. Funzioni e competenza del collegio centumvirale.....	47
5.3. Motivi della sopravvivenza del rito quiritario.....	59
5.4. Alcune brevissime conclusioni.....	68
5.5. Le ragioni dell'esclusività della competenza giudiziaria in materia ereditaria, per l'età precedente alle <i>XII Tabulae</i> , e in materia di inofficiosità, per l'età successiva.....	69
5.6. Esempi di casi 'problematici' discussi dianzi il collegio centumvirale: Quint. or. 4.2.5 e Plin. Min. ep. 5.1. Cenni.....	73
5.7. La tesi di J.M. Kelly sull'origine gentilizia del collegio centumvirale: alcune osservazioni di critica e altri spunti.....	76
6. Sull'attività del pretore: Val. Max. 7.7.5.....	81
7. Bas. 39.1.1: schol. 1.....	88

CAPITOLO SECONDO

La ricostruzione dell'azione di inofficiosità sotto il profilo processuale: tra liturgia sacramentale e agone *extra ordinem*

1. La struttura dell'azione di inofficiosità alla sua origine: le due possibili alternative.....	91
--	----

2. Le teorie di Pasquale Voci e Luigi Di Lella.....	99
3. Fonti che depongono per la natura di mezzo petitorio.....	102
4. Fonti che depongono per la natura di mezzo rescindente.....	107
5. Di nuovo su Val. Max. 7.7.2: tentativi di spiegazione.....	113
6. Una prima conclusione.....	118
7. La finalità originaria del rimedio: la rimozione della ingiustificata diseredazione di un successibile civile.....	120
8. Alcune notazioni dottrinali.....	123
9. Il fondamento è l' <i>iniuria</i> , mentre il <i>color insaniae</i> è semplice espediente demolitorio. Differenze ontologiche, complementarità di funzione.....	129
10. Il problema dell'esclusione di un non successibile civile.....	133
11. Ulteriore conclusione.....	138
12. Le tracce di un presunto intervento pretorio: la <i>bonorum possessio litis ordinandae gratia</i>	142
13. La <i>bonorum possessio litis ordinandae gratia</i> secondo la dottrina. In particolare la teoria di Matteo Marrone e la sua critica.....	145
14. Sulla non necessità procedurale della <i>bonorum possessio litis ordinandae gratia</i> nella liturgia sacramentale.....	149
15. Esperimento dell'azione secondo le forme <i>extra ordinem</i> . Elasticità di movenze e precostituzione del titolo come superamento del rito decemvirale.....	155
16. Ipotesi di concorso di domande con <i>petitum</i> differente: rescissione e rivendica.....	167
17. La <i>querela inofficiosi testamenti</i> come azione esclusivamente <i>extra ordinem</i>	172

CAPITOLO TERZO

Caratteristiche dell'azione di inofficiosità

1. Premessa.....	177
2. La personalità dell'azione e la sanzione dell'indegnità a seguito della soccombenza.....	177
3. La graduazione dell'impugnazione.....	181
4. La prescrizione dell'azione.....	183
5. L'accettazione del <i>iudicium defuncti</i>	186
6. La sussidiarietà della <i>querela inofficiosi testamenti</i>	191
7. Retroattività dell'efficacia rescindente dell'azione.....	192
8. Intervento dei legatari e facoltà di interporre appello in caso di <i>collusio</i> tra querelante ed eredi scritti.....	193

9. La <i>portio debita</i> intesa come presupposto dell'impugnazione.....	196
10. Modi di attribuzione della <i>portio</i> . Tra negozio testamentario ed innovazioni ulpianee.....	199
11. Emersione del presupposto della <i>quarta pars</i>	202
12. Ipotesi circa il motivo della sua introduzione. Istituzione d'erede in quota irrisoria e riflessione affinatrice della giurisprudenza.....	204
13. Altri presupposti minori.....	208
14. L'effetto della sentenza di inofficiosità: la rescissione del testamento come archetipo dell'efficacia costitutiva della pronuncia giudiziale.....	210

CAPITOLO QUARTO

Il regime della *querela inofficiosi testamenti* nel periodo postclassico

1. Premessa.....	214
2. Le costituzioni dioclezianee.....	215
3. Le costituzioni di Costantino: parte I.....	221
4. Le costituzioni di Costantino: parte II.....	235
5. Costanzo II e l'implementazione del lascito.....	240
6. La clausola suppletoria nelle <i>Pauli Sententiae</i>	247
7. Un antecedente classico?.....	252
8. Le costituzioni successive all'età costantiniana.....	254
9. Altre fattispecie di successione necessaria.....	261

CAPITOLO QUINTO

La legislazione giustiniana in materia di inofficiosità testamentaria

1. Premessa.....	265
2. L'introduzione dell'azione di supplemento del lascito quale stabile rimedio complementare (e alternativo) alla <i>querela inofficiosi testamenti</i>	268
3. <i>Pars bonorum</i> o <i>quota hereditatis</i> ?.....	272
4. Un dubbio e la relativa soluzione.....	274
5. Altre disposizioni dirette a modificare o puntualizzare vari aspetti della <i>querela inofficiosi testamenti</i>	278
5.1. Modalità di conferimento della <i>portio legitima</i> : la <i>donatio ad emendam militiam</i>	279

5.2. La <i>portio legitima</i> deve essere lasciata priva di pesi od oneri, nonché senza ritardi o vincoli temporali.....	281
5.3. Nullità di un accordo di rinunzia all'esperienza della <i>querela inofficiosi testamenti</i> concluso <i>vivo patre</i>	284
5.4. Modifiche al regime di trasmissibilità attiva della <i>querela inofficiosi testamenti</i>	289
5.5. Decorrenza del termine quinquennale di prescrizione dell'azione di inofficiosità.....	293
5.6. Sulla legittimazione attiva dei figli adottivi.....	295
5.7. <i>Peculium quasi castrense</i> e impugnazione per inofficiosità.....	299
6. La legislazione novellare: Nov. 18.....	304
7. La Novella 115.....	308

CAPITOLO SESTO

L'attrazione delle donazioni e della dote al sistema 'successorio' dell'inofficiosità.

Osservazioni in tema di cd. *querela inofficiosae donationis* e di cd. *querela inofficiosae dotis*

1. Premessa.....	314
2. Il rescritto di Alessandro Severo e il responso paolino.....	317
3. Caratteristiche della cd. <i>querela inofficiosae donationis</i>	322
4. La Novella 92.....	337
5. La cd. <i>querela inofficiosae dotis</i>	340
6. Conclusioni.....	346

CONSIDERAZIONI RIEPILOGATIVE.....348

INDICE DELLE FONTI.....354

BIBLIOGRAFIA.....363

ESPOSIZIONE RIASSUNTIVA

La presente ricerca mira ad analizzare la genesi e lo sviluppo della successione necessaria materiale nell'ordinamento romano, attraverso lo studio delle *querelae* di inofficiosità, ossia la *querela inofficiosi testamenti*, la *querela inofficiosae donationis* e la *querela inofficiosae dotis*. Mentre la prima costituisce uno strumento di impugnazione dei testamenti inofficiosi, quelli cioè redatti in spregio dell'*officium pietatis* (in cui il defunto ingiustamente disereda o pretermette i più stretti congiunti, non lasciando loro alcunché ovvero beneficiandoli di un lascito esiguo), le ultime due *querelae* consentono l'impugnazione di donazioni o doti effettuate in vita dal *de cuius*, che siano lesive degli interessi successori dei più stretti congiunti. Il lavoro è strutturato in sei capitoli, nei quali si delineano gli aspetti principali dei mezzi giudiziari in parola: peraltro, l'alta risalenza nel tempo, la più radicata attestazione nelle fonti e la maggior importanza hanno determinato una più ampia analisi della *querela inofficiosi testamenti*, che del resto costituisce pure la matrice delle altre due azioni. Nel primo capitolo si indaga l'origine del rimedio avverso l'inofficiosità testamentaria: origine ricondotta all'attività giudicante del collegio dei *centumviri*. Il secondo capitolo è dedicato alla ricostruzione della disciplina processuale dell'azione di inofficiosità del testamento, esperibile sia davanti ai *centumviri* con il rito dell'*agere sacramento*, sia davanti al *iudex extra ordinem*. Nel terzo capitolo si analizzano le principali caratteristiche dell'impugnazione del testamento inofficioso: il suo carattere personale, i legittimati attivi, il regime della prescrizione, la sussidiarietà, la retroattività dell'efficacia rescindente, la possibilità di intervento e di appello autonomo da parte dei legatari e degli altri beneficiari di disposizioni a titolo particolare, la subordinazione al mancato conferimento della porzione di legittima, il suo carattere dichiarativo o costitutivo. Gli sviluppi postclassici del rimedio di inofficiosità testamentaria sono scrutati nel quarto capitolo, attraverso lo studio delle costituzioni imperiali dall'età diocleziana sino alle soglie dell'età giustiniana. Nel quinto capitolo si considera la legislazione di Giustiniano in tema di *querela inofficiosi testamenti*, suddividendo le costituzioni a seconda che esse siano confluite nel *Codex repetitae praelectionis* ovvero nelle *Novellae*. Il sesto capitolo ospita, infine, le riflessioni in tema di *querela inofficiosae donationis* e *querela inofficiosae dotis*.

ABSTRACT

The aim of the research is the analysis of the rise and the development of forced heirship in roman law through the study of 'actions on inofficiosity', i.e. *querela inofficiosi testamenti*, *querela inofficiosae donationis* and *querela inofficiosae dotis*. The first one is a remedy against wills written in breach of *officium pietatis*: the deceased does not mention or disinherits unfairly the closest relatives, by bequeathing them nothing or less more. On the contrary, the other *querelae* are remedies against donations or dowries which *de cuius* made during his life and which violate the succession interests of the closest relatives. The work is designed in six chapters, where the main characters of the above remedies are described: *querela inofficiosi testamenti* is the main subject due to its ancient origin, the most frequent confirmation in the sources and its prominent role. The *querela inofficiosi testamenti* itself is also the matrix of the other two legal actions. The first chapter is intended to inquire the origin of the remedy against *inofficiosum testamentum*, which is related to the judging activity of *centumviri*. The second chapter is entirely dedicated to tracing the judicial discipline of *querela inofficiosi testamenti*, which could be proposed both to the *centumviri* through the *agere sacramento* rite or before the *extra ordinem* judge. The main features of *inofficiosum testamentum* are analysed in the third chapter: the active entitled, the statute of limitations, the subsidiarity, the retroactivity of rescinding effectiveness, the possible intervention and independent appeal by legatees and other beneficiaries of singular inheritance, the subordination to the failure to confer the legitime and its declaratory or constitutive nature. The postclassical developments of *querela inofficiosi testamenti* are examined in the fourth chapter by studying imperial constitutions from Diocletian age to Justinian age. The fifth chapter is focused on Justinian legislation about *querela inofficiosi testamenti* through the partition between the constitutions included in *Codex repetitae praelectionis* and the ones coming from *Novellae*. Ultimately, the sixth chapter describes *querela inofficiosae donationis* and *querela inofficiosae dotis*.

CAPITOLO PRIMO

Sull'origine dell'azione di inofficiosità testamentaria

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. Un rapido sguardo alla letteratura. – 3. L'architettura del titolo *de inofficioso testamento* del Digesto e del *Codex*: analisi strutturale di *D. 5.2* e *C. 3.28* e cenni relativi a passi in tema di inofficiosità posti 'fuori sede'. – 4. Sull'utilizzabilità dei *Basilicorum Libri* e degli *scholia* annessi. – 5. Sull'origine della *querela inofficiosi testamenti*. – 6. Sull'attività del pretore: Val. Max. 7.7.5. – 7. Bas. 39.1.1: schol. 1

1. Premessa introduttiva.

La *querela inofficiosi testamenti*¹ è il rimedio con cui 'dei' soggetti (un catalogo esaustivo, per quanto si vedrà, non esiste in età classica), legati al testatore

¹ Fornisco qui un iniziale ragguaglio bibliografico, indicando le principali opere su cui anche questa ricerca si è basata (tralascio la manualistica, che pur contiene pressoché sempre un paragrafo dedicato alla *querela inofficiosi testamenti*), mentre altri contributi utili saranno via via ricordati nei luoghi opportuni: C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, VI-VII, Erlangen, 1800-1804, 527 ss. e 1 ss., da me consultata nella versione italiana tradotta da B. Brugi in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette tradotte ed arricchite di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia*, V, trad. it., Milano, 1893, 1 ss.; M.G. HARTMANN, *Über die 'querela inofficiosi testamenti' nach klassischem Recht*, Basel, 1864, 1 ss.; F. EISELE, *Zur 'querela inofficiosi testamenti'*, in *ZSS*, XV, 1894, 256 ss.; M. WLASSAK, voce 'Centumviri', in *PWRE*, III.2, Stuttgart, 1899, 1944; C. FADDA, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1900-1902, 197 ss.; C. CHABRUN, *Essai sur la 'querela inofficiosi testamenti'*, Paris, 1906, 1 ss.; B. BRUGI, *'Hereditatis petitio de inofficioso' secondo i contemporanei di Giustiniano*, in *Mélanges Fitting*, I, Montpellier, 1907, 115 ss.; É. JOBBÉ DUVAL, *La nature de la 'querela inofficiosi testamenti' selon les jurisconsultes byzantins*, in *Mélanges Fitting*, I, Montpellier, 1907, 339 ss.; ID., *Histoire de la doctrine relative a la nature de la 'querela inofficiosi testamenti'*, in *RD*, XXXI, 1907, 755 ss.; ID., *Explication de la loi 16 au code 'de inofficioso testamento'*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, 355 ss.; H. HELLWIG, *Erbrechtsfeststellung und Reszission des Erbschaftserwerb. Beitrage zur Lehre von der 'querela inofficiosi testamenti' des klassischen römischen Rechts*, Leipzig, 1908, 1 ss.; F. VON WOESS, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin, 1911, *passim*; E. BETTI, *D.42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, Macerata, 1922, *passim*; ID., *Successione intestata e successione necessaria. Lezioni raccolte dal dott. G. Gorla*, Milano, 1928-1929, *passim*; A.J. BOYÉ, *Essai critique sur une crux juris. La loi 'Mater' (Dig. V, 2, 19) et le papyrus de Heidelberg 1272*, in *RHD*, V, 1924, 464 ss.; G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 412 ss.; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, 229 ss.; H. KRÜGER, *'Querela inofficiosi testamenti'*, in *ZSS*, LVII, 1937, 95 ss; ID., *Zum römischen*

Pflichtteilsrecht, in *Festschrift Koschaker*, II, 1939, 256 ss.; ID., *Nachträge zur 'querela inofficiosi'*, in *BIDR*, XLVII, 1940, 63 ss.; C. SANFILIPPO, *Studi sull' 'hereditas'*, I, in *AUPA*, XVII, 1937, 65 ss.; G. LAVAGGI, *L'indegnità a succedere per soccombenza nella 'querella inofficiosi testamenti'*, in *SDHI*, V, 1939, 76 ss.; E. NARDI, *In tema di indegnità da soccombenza nella 'querella inofficiosi testamenti'*, in *SDHI*, V, 1939, 450 ss.; E. RENIER, *Étude sur l'histoire de la 'querela inofficiosi testamenti'*, Liège, 1942, 1 ss.; J. KLÍMA, *Querela inofficiosi testamenti*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano e storia del diritto (Verona, 27-29 settembre 1948)*, III, Milano, 1953, 91 ss.; P. COLLINET, *La nature des 'querelae' des origines à Justinien*, in *SDHI*, XIX, 1953, 251 ss.; M. MARRONE, *Sulla natura della 'querela inofficiosi testamenti'*, in *SDHI*, XXI, 1955, 121 ss.; ID., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955, 1 ss.; ID., *Di nuovo in materia di 'querela inofficiosi testamenti'*, in *AUPA*, XXVII, 1959, 165 ss.; ID., *'Querela inofficiosi testamenti'. Lezioni di diritto romano*, Palermo, 1962, *passim*; ID., *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*, Palermo, 1965, *passim*; ID., voce *'Querella inofficiosi testamenti'*, in *NNDI*, XIV, Torino, 1967, 670 ss.; ID., voce *'Septemviri'*, in *NNDI*, XVII, Torino, 1970, 42; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 275 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume Secondo. Parte Speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*², Milano, 1963, 670 ss.; G. WESENER, voce *'Querella inofficiosi testamenti'*, in *PWRE*, XXIV, Stuttgart, 1963, 657 ss.; ID., *Vorjustinianische Ansätze zur 'actio ad supplendam legitimam'*, in *Festschrift für A. Kränzlein. Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte*, herausgegeben von G. Wesener, H. Stiegler, G. Klingenberg und M. Rainer, Graz, 1986, 149 ss.; F. SAMPER, *'Pars debita' en el derecho romano vulgar*, in *SDHI*, XXXVII, 1971, 74 ss.; A. WATSON, *The law of succession in the later roman republic*, Oxford, 1971, 62 ss.; L. DI LELLA, *'Querela inofficiosi testamenti'. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, 1 ss.; ID., voce *Successione necessaria (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1338 ss.; G. NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso. Saggi storico-giuridici*, Milano, 1975, 1 ss.; M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano*, Milano, 1978, *passim*; A. FERNANDEZ DE BUJAN, *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, in *SDHI*, LV, 1989, 98 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *Una pretendida controversia entre Papiniano-Ulpiano y Paulo: en torno a D. 5.2.19 (Paulo 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legítima*, in *IURA*, XII, 1988, 75 ss.; ID., *La desheredación injustificada en derecho romano. 'Querella inofficiosi testamenti': fundamentos y régimen clásico*, Granada, 1998, 1 ss.; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela' alla 'portio legitima'. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, Milano, 1996, 1 ss.; S. QUERZOLI, *'Inofficiosum testamentum dicere': tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra i Flavi e gli Antonini*, in *Ostraka*, VIII.2, 1999, 503 ss.; ID., *I 'testamenta' e gli 'officia pietatis'. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, 2000, 1 ss.; L. GUTIÉRREZ MASSON, *'Actio ad implendam legitimam firmitatem testamenti conservandi causa'. La preterición testamentaria parcial en derecho romano*, in *BIDR*, XLII-XLIII, 2000-2001, 185 ss.; ID., *Il complemento della legittima e la clausola suppletoria nelle fonti postclassiche e giustiniane*, in *Ius Antiquum*, X.2, 2002, 121 ss.; M. PÉREZ SIMEÓN, *'Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid - Barcellona, 2001, 1 ss.; ID., *La 'facultas agendi' en la 'querela inofficiosi testamenti' clásica*, in *IURA*, LXV, 2017, 239 ss.; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *La buona fede 'mortis causa'? Le disposizioni 'poenae nomine' e la 'querela inofficiosi testamenti'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2003, 398 ss.; L. GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'centumviri'. Origini e competenze*, Milano, 2002, 1 ss. e prima ID., *La divisione in 'consilia' del collegio centumvirale e la 'Basilica Iulia'*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-1999, 385 ss.; ID., *I collegi giudicanti: 'decemviri', 'centumviri', 'septemviri', 'recuperatores'. Riflessioni vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 339 ss.; ID., *Multiple Forced Heirs and the Action for Undutiful Will in Roman Law: Classical and Byzantine Texts*, in *Forum Historiae Iuris*, 2015; ID., *'Querela inofficiosi testamenti' con pluralidad*

da vincoli di parentela agnaticia e/o cognaticia, possono impugnare le tavole testamentarie del *de cuius*, infirmandone l'idoneità a regolare in tutto o in parte la disciplina successoria nei beni dell'ereditando.

L'ipotesi che classicamente si riconduce alla succitata definizione è quella del testatore che, nel redigere le tavole, non ha tenuto conto delle aspettative successorie dei prossimi congiunti, diseredandoli senza giusta causa ovvero pretermettendoli. In tal caso, utile indicazione esemplificativa è quella del padre che disereda *nominatim* il figlio maschio *in potestate*: il testamento, come noto, è *iure civili* valido ed efficace, né può essere attaccato avvalendosi della *bonorum possessio contra tabulas*, che è promessa dal pretore nel caso in cui i *liberi non in potestate* siano stati preteriti. Il testamento, tuttavia, pur se inattaccabile, è percepito come contrario ai doveri che il padre deve osservare nei confronti del congiunto, nel mio esempio il figlio, discendenti da uno dei concetti cardine dell'etica romana,

de herederos forzosos (derecho romano y bizantino), in *Sem. Compl.*, XVIII, 2015, 381 ss.; ID., *Studi sulla legittimazione alla 'querela inofficiosi testamenti' in diritto romano e bizantino*, Milano, 2017, 1 ss.; F. ARCARIA, *'Septemvitalia iudicia'. Contributo alla storia della 'querela inofficiosi testamenti' in età classica*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, I, Milano, 2009, 51 ss.; G. GULINA, *La 'querela inofficiosi testamenti' nella testimonianza di Plinio il Giovane*, in *SDHI*, LXXV, 2009, 261 ss.; ID., *Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della 'querela inofficiosi testamenti' (Plin. ep. 6.33.2-6 e 9)*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, a cura di A. Palma, II, Napoli, 2009, 555 ss.; ID., *Il pretore 'qui centumviralibus praesidet' in Plin. epist. 5.9.1-5*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano, 2010, 21 ss.; ID., *La cognizione centumvirale generale nel caso del 'militans' di Val. Max. 7.7.1*, in *IAH*, VII, 2015, 79 ss.; ID., *'Hereditatis petitio' e 'querela inofficiosi testamenti' nella successione di M. Anneo Carseolano*, in *IAH*, VIII, 2016, 59 ss.; ID., *Testamento e 'officium pietatis' in Cicerone*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di G. Furguele*, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, 77 ss.; ID., *La cognizione straordinaria del 'princeps' nei casi di C. Tettio e dei fratelli Tracali*, in *IAH*, XIX, 2017, 41 ss.; ID., *Il testamento inofficioso nella cognizione dei magistrati dell' 'ordo'. Il caso di Terenzio (Val. Max. 7.7.5)*, in *IAH*, X, 89 ss.; D. DI OTTAVIO, *Sui precedenti retorici della 'querela inofficiosi testamenti' nel I sec. a.C.*, in *Index*, XXXVII, 2009, 293 ss.; ID., *Ricerche in tema di 'querela inofficiosi testamenti'. I, Le origini*, Napoli, 2012, 1 ss.; ID., *Una bibliografia ragionata in tema di 'querela inofficiosi testamenti': schede di lettura*, in *Scritti di storia del diritto e bibliografia giuridica offerti a G. Bonfanti*, a cura di U. Petronio e O. Diliberto, Macerata, 2012, 82 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *Nascita e declino dell'adagio 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, in *TSDP*, V, 2012; ID., *La successione 'contra voluntatem defuncti' tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milano, 2014, 1 ss.; ID., *La successione dei legittimari dal tardo-antico al post-moderno*, in *TSDP*, XI, 2016; D. TUZOV, *Sull'uso di 'rescindere' in materia di 'testamenta inofficiosa' nelle fonti romane*, in *RHD*, LXXXII, 2014, 233 ss.; ID., *'Testamentum inofficiosum pronunciari'. Tra tenore dichiarativo ed effetto costitutivo della sentenza centumvirale*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2015, 877 ss.; R. FERCIA, *'Querela inofficiosi testamenti' e 'iudicatum': problemi e prospettive tra II e III secolo*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, XI, 2013, ora anche in *'Res iudicata'*, a cura di L. Garofalo, II, Napoli, 2015, 287 ss.; C.J. REID, *The Jurisprudence of the Forced Share in the Ancient World: From Cicero to Justinian?*, in *University of St. Thomas School of Law. Legal Studies Research Paper n. 16-01*, 2016, *passim*.

ossia la *pietas*: si trova infatti nelle fonti l'attestazione che il testamento è stato redatto *recte*, ma non *ex officio pietatis*².

All'impugnazione di un testamento così concepito – valido ed efficace per il *ius civile*, ma inofficioso – risponde appunto la *querela inofficiosi testamenti* che mira a far sì che al querelante-legittimario venga assicurato l'acquisto di una certa quantità di beni dell'asse, calcolata sulla quota *ab intestato* vantata dallo stesso.

Ho deciso di avviare questo lavoro partendo – se si vuole – dalla fine: ossia dal conio di una definizione dell'istituto che mi appresto ad esaminare e che, accondiscendendo a una dogmatica di forte impronta pandettistica, suole essere considerato il principale componente della categoria della cd. 'successione necessaria materiale'³. La definizione adottata costituisce l'epilogo della ricerca, cui si è giunti attraverso l'esegesi delle fonti che il *Corpus iuris* giustiniano e la letteratura non giuridica di età tardorepubblicana e classica ci hanno tramandato: l'esplicazione del percorso che mi ha condotto all'elaborazione di tale nozione costituirà l'argomento delle pagine che seguiranno, le quali – lungi dall'essere improntate a una disamina di tutti i passi e alla delineazione completa ed esauriente dello strumento (intento enciclopedico già perseguito, e con ottimi risultati, in dottrina) – attingono alcuni tra i dubbi ricostruttivi che ancora affliggono la *querela inofficiosi testamenti* classica (e su tutti, l'origine centumvirale o pretoria, la configurazione processuale, tra cui in particolare la natura di *vindicatio hereditatis* ovvero di azione puramente rescindente, e le caratteristiche principali dell'azione) pur a fronte di una più che secolare riflessione critica su di essa condotta dalla scienza romanistica, tanto nel corso dell'800, che, soprattutto, nel secolo scorso, per poi spostarmi, negli ultimi capitoli, a trattare della configurazione del rimedio nel periodo postclassico e giustiniano.

² Su cui v. cap. II.

³ V. A. DERNBURG, *Pandette*. III, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*⁶, trad. it., Torino, 1905, 537 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, trad. it., Torino, 1925, 241 ss. a mente del quale «nella evoluzione storica del diritto ereditario necessario romano si presentano due principi. Il diritto romano più antico non conosce ragioni ereditarie legittime, che l'ereditando non potesse eliminare col contenuto delle sue disposizioni, ma solo ragioni alle quali l'ereditando deva rendere omaggio colla forma delle sue disposizioni (c.d. diritto ereditario necessario formale) Più precisamente; certe persone non possono essere taciute dall'ereditando all'atto dell'istituzione d'eredità; egli deve od istituirle, non importa per quanto, o diseredarle. Posteriormente il diritto romano ha limitato il testatore anche riguardo al contenuto della sua disposizione; a certe persone egli deve, non importa in qual maniera, lasciare almeno una parte di ciò che esse avrebbero ricevuto, se egli non avesse fatto testamento (c.d. diritto ereditario necessario materiale)». Maggiori approfondimenti circa la successione necessaria formale, come onere di istituzione o di espressa diseredazione, osservate certe forme prestabilite, per i prossimi congiunti v. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 634 ss. Utilissime considerazioni anche in L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*⁴, in *Trattato Cicu-Messineo*, XLIII.2, Milano, 2000, 1 ss., che definisce tuttavia la diairetica esposta come «priva di rigorosa base scientifica»

È d'uopo iniziare da un veloce esame della dottrina, di cui considero le opere più rilevanti.

2. Un rapido sguardo alla letteratura.

Se è vero che la riflessione della romanistica sull'istituto oggetto di questo lavoro affonda le sue radici già nelle opere dei glossatori, i quali non tardarono a rilevare le numerose asperità di ricostruzione dell'istituto⁴, specie con riferimento alla sua natura petitoria ovvero rescindente, è con un articolo del 1894 a firma dell'Eisele⁵ che può dirsi sorgere l'interesse della dottrina moderna per la *querela inofficiosi testamenti*. Lo studioso teutonico fu infatti l'artefice di un'impostazione che inaugurò il dibattito contemporaneo, costituendo un referente cui tutti gli autori successivi si sarebbero riferiti: analizzando le sole fonti giuridiche, egli ipotizzò l'esistenza di due differenti *querelae*: l'una, la cd. *querela centumvirale*, costituiva una fase incidentale e parentetica di una *vindicatio hereditatis*, sollevata dal legittimario pretermesso o diseredato e basata sulla presunta *insania* del testatore (cd. *color insaniae*), all'esito della quale il collegio dei cento (che, peraltro, è assai misterioso, specie per quanto attiene alla sua origine) avrebbe dichiarato nullo il testamento, conferendo l'eredità all'attore secondo le disposizioni della successione legittima; l'altra, la cd. *querela cognitio*, introdotta da una *lex Glitia* (desunta dall'*inscriptio* di D. 5.2.4), sarebbe stata esercitata *extra ordinem* davanti ai *septemviri* da tutti coloro che non dimoravano a Roma ovvero erano successori legittimi per il solo *ius praetorium*: il rimedio avrebbe avuto natura rescindente e si sarebbe basato sull'*iniuria* arrecata al congiunto dal *de cuius* mercé la mancata istituzione. Queste due azioni (*vindicatio hereditatis* incentrata sul *color insaniae* la prima, azione solo rescindente volta alla declaratoria di nullità del testamento incentrata sull'*iniuria* la seconda) si fusero in età giustiniana, quando l'inofficiosità divenne *causa actionis* della petizione d'eredità.

La duplicità perorata dall'autore tedesco non trovò subito estimatori, tanto è vero che Wlassak⁶ sostenne che la *querela* fosse solo un incidente di una petizione di eredità (sollevata tramite *sponsio praeiudicialis*), nata non oltre l'epoca augustea nella prassi del collegio centumvirale, per poi transitare nel *ius honorarium*, seguendo la procedura formulare, mentre più vago rimase il Fadda⁷, che pose invece

⁴ V. ampiamente sul punto É. JOBBÉ DUVAL, *Histoire*, cit., 10 e nt. 4. Davvero interessante la ricerca dello studioso francese, che passa in rassegna le opinioni espresse nelle varie epoche: rinvio pertanto alla lettura delle p. 11 ss.

⁵ V. F. EISELE, *'Zur querela'*, cit., 256 ss.

⁶ V. M. WLASSAK, voce *'Centumviri'*, cit., 1944.

⁷ V. C. FADDA, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 197 ss.

l'attenzione sull'*iniuria*, paventando la possibilità che la *querela* fosse da annoverare tra le azioni *vindictam spirantes*. Ma è con lo Chabrun⁸ che la tesi dell'Eisele fu osteggiata: convinto assertore dell'unitarietà della *q.i.t.*, lo studioso francese la dipingeva come uno strumento petitorio fondato sull'*insania* del *de cuius*, asserendo come esso sorse dapprima per opera di Augusto e del pretore (i quali intervenivano ad eliminare i testamenti in forza dell'*imperium*), per poi affermarsi solo in un secondo momento come azione tipica esperita davanti ai *centumviri*.

La tesi dell'Eisele fu invece abbracciata dall'Hellwig⁹, che spostò tuttavia l'epoca dell'unificazione delle due *querelae* all'età classica; di tre anni successiva è la pubblicazione del lavoro del Von Woess¹⁰, in cui lo scrittore – attingendo dall'impostazione del Wlassak – sostenne l'origine esclusivamente pretoria dell'istituto, coincidente con una particolare forma di *bonorum possessio contra tabulas* accordata al legittimario, all'esito di un procedimento svolto dinanzi al pretore ovvero da costui delegato ai *centumviri*. Quest'ultima trattazione fu accolta dal La Pira¹¹, che affermò la genesi pretoria della *querela* così come di genesi pretoria era la categoria dei *cognati*, cui molti dei legittimari appartenevano: lo strumento, inizialmente coincidente con una *bonorum possessio contra tabulas* (di cui sarebbe traccia in Val. Max. 7.7.5), transitò successivamente nel *ius civile* grazie alla *lex Glitia*. La *querela*, sempre mezzo rescindente, si sarebbe basata sull'*iniuria* nel periodo classico, in cui la caducazione del testamento era peraltro solo parziale, e sull'*insania* in quello postclassico, ove l'effetto rescindente era totale.

Pochi anni dopo, il Krüger¹² rispolverò l'idea della natura petitoria (anche se l'azione di rivendica era preceduta da un momento in cui era accertata la sola inofficiosità, posizione che farebbe propendere per la ricostruzione come azione di mero accertamento della *querela*, introdotta dall'operare congiunto di giuristi, collegio centumvirale e pretore), seguita anche dal Renier¹³, che si sofferma ampiamente sulla derivazione greca del concetto di *officium pietatis* di cui in plurime occasioni fanno menzione le fonti, indicando come notevole importanza avesse l'*iniuria*: da escludere, per l'autore francese, è che il rimedio abbia mai avuto funzione solo rescindente, e ciò tanto nel processo davanti ai *centumviri* che dinanzi al giudice *extra ordinem*.

Singolare la teoria proposta, invece, dal Klíma¹⁴, leggibile in un sunto della sua monografia in lingua ceca operato dallo stesso autore: lo studioso, che ripudia

⁸ V. C. CHABRUN, *Essai*, cit., 1 ss.

⁹ V. H. HELLWIG, *Erbrechtsfeststellung*, cit., *passim*.

¹⁰ V. F. VON WOESS, *Das römische Erbrecht*, cit., 178 ss.

¹¹ V. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., *passim*.

¹² V. H. KRÜGER, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., 95 ss.

¹³ V. E. RENIER, *Étude*, cit., 1 ss.

¹⁴ V. J. KLÍMA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., 91 ss.

la necessità tanto dell'*iniuria* quanto dell'*insania*, suppone l'indipendenza della *querela* dalla *vindicatio hereditatis*, ipotizzando che la stessa fosse introdotta a seguito di una *sponsio praeiudicialis*.

Del 1955 sono le prime riflessioni del Marrone in tema di *querela inofficiosi testamenti*: argomento assai caro al maestro palermitano, che a più riprese ritornò su di esso, mutando anche opinione. Se infatti, inizialmente, sposò *in toto* l'impostazione dell'Eisele¹⁵, successivamente se ne discostò¹⁶ (a fronte delle critiche sollevate dal Voci nella prima edizione del suo notissimo volume sul diritto ereditario romano del 1956), propendendo per l'unicità dello strumento aggredivo del testamento: esso divenne così nella mente del Marrone un incidente della petizione d'eredità, reso possibile dall'intervento del pretore consistente nella concessione al legittimario *cognatus* di un titolo per 'esperire' l'azione: titolo noto con il nome di *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, forma di possesso bonitario edittale *sine re* che, all'esito del giudizio centumvirale, sarebbe divenuto *cum re*. A ogni modo, la sentenza del tribunale dei cento aveva efficacia (oltre che di assegnazione dei beni anche) caducatoria valevole *erga omnes*, mentre tale caratteristica non possò alla sentenza emessa dal giudice *extra ordinem*.

Fautore, al contrario, di un'efficacia rescindente fu il Voci¹⁷, per il quale l'azione determinava il solo risultato di annullare il testamento e comportare l'apertura della successione intestata: sorta forse in esito a estemporanei interventi pretori, passò ben preso nella giurisdizione dei *centumviri*, cui si aggiunse poco dopo la competenza del *iudex extra ordinem*; innovativa è invece la teoria del Di Lella¹⁸, strutturata su di una differenziazione tra un periodo (che l'autore definisce 'regime del testamento inofficioso'), in cui la *querela* non esisteva come azione autonoma, ma costituiva solo un incidente di una *vindicatio hereditatis*, esperita contro ogni singola istituzione d'erede; e il 'regime della *querela inofficiosi testamenti*' come mezzo autonomo puramente rescindente, individuando come spartiacque la codificazione adrianea dell'editto. Mentre la prima (nata in seno al collegio dei *centumviri*) si basava sull'*iniuria*, la seconda era incentrata sulla presunta follia del testatore.

Valorizza un presunto collegamento genetico tra *querela inofficiosi testamenti* e *bonorum possessio contra tabulas* il Negri¹⁹, essendo entrambi gli strumenti rimediali diretti a reprimere una deviazione del costume (che prevedeva, per l'autore, l'onere 'sociale' di istituire i più stretti congiunti, pena la violazione

¹⁵ V. M. MARRONE, *Sulla natura*, cit., *passim* e ID., *L'efficacia pregiudiziale*, cit., *passim*.

¹⁶ M. MARRONE, *Di nuovo*, cit., 165 ss.; ID., *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., *passim*; ID., voce *'Querella inofficiosi testamenti'*, cit., 670 ss.

¹⁷ V. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 670 ss.

¹⁸ V. L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 1 ss.

¹⁹ V. G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 1 ss.

dell'*officium pietatis*): quanto precipuamente all'azione di inofficiosità, essa mirava all'eliminazione del testamento, fonte di *iniuria*, facendo assurgere la *querela* a mezzo sanzionatorio.

La decisione sulla base di principi equitativi avrebbe animato l'attività centumvirale in tema di inofficiosità per il Fernandez de Bujan²⁰, convinto sostenitore dell'origine in seno al tribunale dei cento dell'istituto oggetto di questa ricerca: già formata nel 52 a.C., sebbene la locuzione *querela inofficiosi testamenti* sia attestata in sole fonti dell'età del principato, essa sarebbe stata recepita nel *ius civile* tramite la *lex Glitia*, la quale avrebbe altresì introdotto la possibilità per i querelanti di agire *extra ordinem*. L'autore si sofferma poi sui legittimati attivi: dapprima essi coincidevano con tutti i successori *ab intestato* del defunto, mentre solo in un secondo momento il collegio dei *centumviri* limitò il catalogo a discendenti, ascendenti, fratelli e sorelle; a poco a poco vennero ammessi anche i *cognati*, sebbene sulla loro posizione non vi siano notizie provenienti da fonti giuridiche prima del III sec. d.C. Il filone spagnolo si arricchisce poco dopo con l'opera del Ribas Alba²¹: lo studioso sostiene una netta differenziazione tra la *vindicatio hereditatis* e la *querela inofficiosi testamenti*, propendendo per l'idea che qualifica quest'ultima come mezzo rescindente e autonomo, perorato dapprima davanti al collegio dei *centumviri*, poi di fronte al giudice *extra ordinem*, con lo scopo di eliminare la singola istituzione d'erede (e non il testamento nel suo complesso); non determinava, tuttavia, l'apertura della successione intestata, cui infatti i *cognati* non potevano partecipare, ma i beni ereditari venivano delati a certi soggetti (che costituivano una vera e propria categoria), parenti prossimi del defunto, ai quali l'ordinamento reputava di accordare protezione in merito alle aspettative successorie, protezione che veniva meno solo in caso di una *iusta causa* di diseredazione o pretermissione: essi, in particolare, lucravano la quota dell'erede istituito soccombente.

Suffraga la tesi dell'origine centumvirale e della natura petitoria della *querela* il Gagliardi²², sulla scorta del (secondo) Marrone e del Di Lella: nella sua analisi concernente i *centumviri*, evidenzia come costoro avessero il potere di derogare al *ius civile* e tale potere usarono per annullare i testamenti (validi per il diritto civile) e conferire l'eredità (ivi compreso il titolo di *heredes*) a coloro che non era successibili civili del defunto, senza dunque che si desse luogo all'apertura della successione *ab intestato*, ma attraverso una comparazione di dignità tra l'istituto e il querelante (il che, per l'autore, priverebbe di utilità ogni riferimento, almeno per l'epoca iniziale di vita della *querela*, al *color insaniae*). Quanto alle forme processuali, egli si incanala nell'alveo tracciato dal Marrone, sostenendo la

²⁰ V. A. FERNANDEZ DE BUJAN, *La legitimación*, cit., 98 ss.

²¹ V. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 1 ss.

²² V. L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 258 ss.

necessità della concessione pretoria della *bonorum possessio litis ordinandae gratia* per i querelanti che erano meri *cognati*: essa però non accordava il semplice ruolo di convenuto, bensì quello di attore. Lo studioso milanese ha indugiato sul tema anche in opere successive²³, tra cui spicca la monografia edita nel 2017²⁴ e dedicata alla disamina del problema della legittimazione alla *querela inofficiosi testamenti*: tema sapientemente indagato, anche attraverso il prisma dei Basilici e degli scolii annessi, che ha condotto il Gagliardi a ridimensionare un contrasto che la dottrina aveva da sempre individuato tra Papiniano e Ulpiano, da un lato, e Paolo, dall'altro, circa la portata rescindente dell'azione di inofficiosità.

Da ultimo, interessanti considerazioni sono state dedicate all'azione di inofficiosità dal Gulina, che all'istituto ha offerto numerosi contributi²⁵: per lo studioso, la *querela* poteva essere esperita o in via principale o in via incidentale, nel primo caso peraltro (e quantomeno nei tempi più antichi) senza coinvolgere nel giudizio avente a oggetto l'accertamento dell'inofficiosità gli eredi scritti, e con atto introduttivo individuato in una *subscriptio*. La resistenza all'iniziativa del querelante era affidata allo stesso collegio dei *centumviri*: all'esito del giudizio, se riportante un esito positivo, il legittimario avrebbe ottenuto una sorta di sentenza pregiudiziale, propedeutica alla proposizione di un'azione petitoria. La via incidentale di introduzione della querela passava, invece, per l'incardinamento di una *legis actio* cui avrebbe fatto seguito l'incidente centumvirale di accertamento dell'inofficiosità testamentaria (che costituiva la questione pregiudiziale), all'esito del quale davanti ad un *iudex privatus* (e non quindi davanti ai *centumviri*) si sarebbe giudicata la pretesa petitoria del legittimario. I due modelli, principale e incidentale, avrebbero convissuto, sino al definitivo affermarsi della procedura incidentale.

3. L'architettura del titolo 'de inofficioso testamento' del Digesto e del 'Codex': analisi strutturale di D. 5.2 e C. 3.28 e cenni relativi ai passi in tema di inofficiosità posti 'fuori sede'.

Così delineati, in modo assai compendioso, i risultati cui la letteratura giuridica moderna è giunta sino ad ora, credo possa essere utile – al fine di comprendere alcuni aspetti dell'azione – procedere ad un esame della tipologia di fonti che rappresentano il bagaglio di conoscenza sulla *querela*.

²³ V. L. GAGLIARDI, *Multiple Forced Heirs*, *passim*; ID., 'Querela', cit., 81 ss.

²⁴ V. L. GAGLIARDI, *Studi*, cit., 1 ss.

²⁵ V. G. GULINA, *La 'querela inofficiosi testamenti'*, cit., 261 ss.; ID., *Ancora*, cit., 555 ss.; ID., *Il pretore*, cit., 21 ss.

Le commissioni tribonianee hanno collocato i riferimenti principali della giurisprudenza classica nel Libro 5, Titolo II delle Pandette, e le costituzioni imperiali rilevanti nel Libro 3, Titolo XXVIII del *Codex*: sparuti – anche se a volte rilevanti – i passi in tema di querela allocati altrove.

In particolare, sembra opportuno soffermarsi sullo spoglio del genere di opere letterarie da cui i commissari hanno estratto i lacerti con cui successivamente hanno composto il titolo II del Libro V dei *Digesta*, comprensivo in totale di 32 frammenti di varia lunghezza e corposità, ordinati dapprima con i testi estrapolati – secondo la brillante impostazione di Bluhme²⁶ – dalla massa editale²⁷, cui fanno seguito quelli tolti dalla massa papiniana²⁸ e infine quelli della massa sabiniana²⁹: invero, però, il susseguirsi dei frammenti secondo la logica della massa è interrotto, in alcuni casi, dall'inserzione di lacerti provenienti da una massa differente³⁰ (cd. 'spostamenti intenzionali'³¹), a cagione del fatto che il brano interposto spiegherebbe meglio un principio o un caso già rinvenuto in un'altra massa³². Tali aggiunte sono da attribuire, con tutta probabilità, alla commissione plenaria che si è riunita dopo il completamento dello spoglio di tutte le opere giuridiche che compongono il Digesto: spoglio che sarebbe stato effettuato da (almeno) 3 sottocommissioni, seguendo ancora una volta l'ipotesi bluhmiana³³.

²⁶ Sulla teoria delle masse bluhmiane v. D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987, 5 ss.; utili considerazioni anche in P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*⁴, II, Milano, 1959, 100 ss.

²⁷ V. frammenti 5.2.1-12 (ma con le interposizioni che appresso si diranno).

²⁸ V. frammenti 5.2.13-23.

²⁹ V. frammenti 5.2.24-31.

³⁰ È il caso di Marc. 4 *inst.* D. 5.2.2, appartenente alla massa sabiniana, ma collocato all'interno della parte relativa alla massa editale; Paul. *lib. sing. sept. iud.* D. 5.2.7, che intervalla l'incedere ulpiano del commentario all'editto; Paul. *lib. sing. inoff. test.* D. 5.2.32, che conchiude il titolo 5.2, ma appartiene alla massa papiniana, mentre tutti i frammenti precedenti sono della massa sabiniana. Quest'ultimi due frammenti (estratti ambedue da opere monografiche) confermano le supposizioni avanzate da D. MANTOVANI, *Digesto*, cit., 180, il quale, ragionando sulle ipotesi bluhmiane, ha sostenuto che «in taluni titoli compaiono, in più posizioni e spesso al di fuori della normale sequenza bluhmiana, estratti da monografie di titolo identico alla rubrica in questione e che non vi siano altri frammenti delle medesime in altri titoli del Digesto. ... Sembra proprio che, compiuto lo spoglio delle altre opere ed avendo quindi già un patrimonio consistente di frammenti per una determinata rubrica, i compilatori abbiano consultato la monografia corrispondente ed inserito i brani utilizzabili talora in fondo ad essa ... spesso dove più credevano opportuno, anche in punti diversi dello stesso titolo».

³¹ V. P. BONFANTE, *Storia*, cit., 106.

³² V. P. BONFANTE, *Storia*, cit., 106 secondo cui «osserviamo tuttavia nell'ordine dei frammenti alcune trasposizioni sia da una massa all'altra, sia nell'ordine interno delle singole masse, di origine chiara. Frammenti, la cui affinità balzava agli occhi, furono gli uni e gli altri collegati».

³³ V. P. BONFANTE, *Storia*, cit., 108: «compiuto il lavoro delle singole sottocommissioni, la commissione plenaria avrebbe congiunto in ciascun titolo le tre masse, riscontrando di nuovo ad evitare pur sempre ripetizioni e contraddizioni, e facendo le opportune integrazioni e fusioni con riguardo alla massa principale del titolo».

L'intelaiatura è ricalcata sul XIV libro all'editto di Ulpiano, che rappresenta, per quantità e qualità della trattazione della materia, la parte preponderante³⁴ della disciplina cui noi possiamo attingere. Il libro è peraltro affatto composito, come si evince dalla ricostruzione operata dal Lenel nel 1889³⁵, così come composito è il simmetrico libro XVI all'editto di Paolo, a cui lo stesso Lenel reputa di ascrivere un paragrafo '*de inofficioso testamento*'³⁶ composto da due frammenti³⁷, peraltro non confluiti qui in D. 5.2, ma altrove.

Il libro XIV ulpiano si apre infatti con la trattazione sui *recepta*, continua con l'analisi delle *satisdationes* e si conclude – a volere seguire Lenel – con una parte dedicata a quelle cause giudiziali che non ammettono pregiudizio: la *pars* sarebbe stata intitolata '*Quibus causis praeiudicium fieri non oportet*' e al suo interno avrebbe trovato alloggio una rubrica '*de inofficioso testamento*'³⁸. Solo nel Libro XV il giurista avrebbe trattato *de iudiciis omnibus*, incipiendo dalla *hereditatis petitio*³⁹. Circostanza significativa, se si pone mente al fatto che, invece, nella compilazione giustiniana il titolo sui giudizi in generale, che in Ulpiano abbiamo visto seguire quello in cui teoricamente era allocata la materia del testamento inofficioso, lo precede: è possibile che la sistematica adottata dalla commissione triboniana⁴⁰ sia più coerente, poiché – a ben vedere – la *querela*

³⁴ Il commentario ulpiano all'editto rappresenta la miniera principale di brani del Digesto, essendo da esso provenienti ben 1.628 frammenti: v. E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, 5, nt. 4.

³⁵ O. LENEL, '*Palingenesia iuris civilis*', II, Lipsiae, 1889, 493 ss.

³⁶ V. O. LENEL, '*Palingenesia*', cit., I, 993.

³⁷ Cfr. D. 5.3.8 (*Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is qui, cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est*) e D. 50.17.124 (pr. *Ubi non voce, sed praesentia opus est, mutus, si intellectum habet, potest videri respondere. idem in surdo: hic quidem et respondere potest. 1. Furiosus absentis loco est et ita Pomponius libro primo epistularum scribit*). A dire il vero, però, sembra che i due passi in questione non abbiano un immediato riferimento alla *querela inofficiosi testamenti*. Mentre il primo, inserito dai commissari di Giustiniano, in un contesto in cui si discute di *petitio hereditatis*, il secondo è collocato nel titolo relativo alle diverse *regulae iuris* dell'antico diritto.

³⁸ Che oltre ai frammenti estrapolati per la redazione del titolo 5.2, conta anche brani allocati altrove: in particolare, D. 50.17.123 pr., D. 49.17.1, D. 35.2.42, D. 34.9.4, D. 40.7.19, D. 49.1.14, D. 40.5.1 e D. 50.17.123.1 (ma per quest'ultimo lo stesso Lenel precisa «haec nescio quo pertineat»).

³⁹ V. O. LENEL, '*Palingenesia*', cit., II, 497 ss.

⁴⁰ Che, secondo F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 571 è ricalcata sul sistema base dei *Digesta* di età classica, «sebbene modificato in molti punti». A sua volta quest'ultimo schema, adottato da Celso e da Giuliano per poi diventare consuetudinario, era strutturato in una prima parte che seguiva l'ordine edittale e in una seconda parte che trattava di una serie tradizionale di *leges*, *senatusconsulta* e costituzioni imperiali in un certo ordine, come evidenzia lo stesso Schulz a p. 406 s. Va segnalato che era stato lo stesso Giustiniano, nella c. *Deo Auctore* 5, a ordinare che l'ordine da seguire fosse quello del primo *Codex* (pubblicato nel 529) e, insieme, quello dell'Editto perpetuo: «in sostanza secondo l'ordine di quest'ultimo, che risentiva del modo progressivo e alluvionale in cui si era venuto formando», come si esprime A. LOVATO, *Studi sulle 'disputationes' di Ulpiano*, Bari, 2003, 60, nt. 148.

inofficiosi testamenti è un giudizio⁴¹, e come tale dovrebbe seguire la parte sui giudizi nella loro generalità e non certo precederla⁴².

Quanto a Paolo, il libro XVI è da Lenel ricostruito alla stessa maniera del XIV rotolo ulpiano: ma qui il testamento inofficioso, della cui trattazione disponiamo – come detto – di sole due attestazioni, occuperebbe (il condizionale è d'obbligo, visto che di queste rubriche non v'è certezza) da solo il libro XVI, mentre il libro XV sarebbe stato occupato dalla parte relativa a *Quibus causis praeiudicium fieri non oportet*⁴³ e il XVII ai giudizi in generale (e la *petitio hereditatis* addirittura al Libro XX).

Ciò che balza subito all'occhio, nella disamina dei commentari edittali, è che la *querela inofficiosi testamenti* non è trattata né congiuntamente alla *petitio hereditatis*, che sia in Ulpiano, sia in Paolo, sia per i giustiniani è esposta sempre successivamente; ma l'articolazione della disciplina non è neppure avvicinata a quella delle *bonorum possessiones* pretorie, che comunque molta importanza rivestono nel funzionamento della *q.i.t.*: invero, Ulpiano studia la materia delle *possessiones* nel Libro XXXIX, Paolo nel Libro XLI, i giustiniani a partire dal XXXVII Libro del Digesto.

In ogni caso, che a un commentario edittale abbiano fatto riferimento i commissari è da sottolineare e da porre a confronto con un dato: a seguire ancora Lenel, nell'editto giuliano – che Ulpiano ricalcava nella stesura del commentario – non doveva essere presente alcuna clausola sul testamento inofficioso⁴⁴.

È noto il *modus operandi* del giurista di Tiro nell'esposizione del *ius honorarium*: invero, il commento a ciascun titolo «comincia con una considerazione generale della sua intestazione che fornisce orientamenti introduttivi relativamente ai singoli editti del titolo»⁴⁵.

⁴¹ Peralto, acuta è l'osservazione di B. BRUGI, *'Hereditatis petitio de inofficioso'*, cit., 121, secondo cui la struttura *in parte qua* delle pandette è ricalcata su quella del Codice (evidentemente il primo, quello del 529): scrive lo studioso che «come nel codice Giustiniano della *querela* di era parlato in vicinanza della *petitio hereditatis*, parve opportuno ai compilatori delle pandette di tenere la stessa via. Il libro quinto delle pandette venne perciò, dopo una generale rubrica *de iudiciis*, dedicato al *testamentum inofficiosum* e alla *petitio hereditatis* nelle sue varie specie». Del resto, è ben noto come in età giustiniana – e ciò ben emerge pure da vari *scholia* ai Basilici, tra cui spicca lo sch. 1 a Bas. 39.1.1 – l'inofficiorum divenne *causa* dell'azione di petizione dell'eredità: continua invero il Brugi sostenendo che «era ben naturale che quanto più si perdeva il senso della distinzione formale delle *actiones* per guardare il loro fondamento giuridico, tanto più il caso del *testamentum inofficiosum* dovesse apparire come un caso di *petitio hereditatis*».

⁴² La *querela inofficiosi testamenti* è *causa actionis* della *petitio hereditatis* in età giustiniana: ma allora perché non trattarla insieme alla *petitio hereditatis* predetta?

⁴³ Con un unico frammento, peraltro relativo a giudizi criminali, confluito in D. 48.1.2.

⁴⁴ Così anche B. BRUGI, *'Hereditatis petitio de inofficioso'*, cit., 212 a mente del quale «l'editto del pretore», seguito dai commissari giustiniani, «non forniva verosimilmente alcun sussidio».

⁴⁵ V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 353.

Il commento di ciascun editto, quindi, prende avvio dal testo dell'editto medesimo, per poi passare a una rigorosa interpretazione delle sue clausole, «in cui le clausole stesse servono come lemmi o intercalazioni»⁴⁶, succedute dal commento; se esistente, si propone il testo della *formula* e si procede alla sua spiegazione. Il metodo ulpiano è declinato sempre uguale a sé stesso: il che dovrebbe far propendere per la considerazione che in ogni caso avrebbe dovuto esserci il testo della clausola edittale: ma così non è, o almeno non è riportato nel tit. 5.2 per la *querela inofficiorum testamenti*, che non ha – a quanto pare – una clausola *ad hoc*.

In ragione, pertanto, di quale clausola il giurista di Tiro commentava la disciplina della *querela*?

È stato ipotizzato dallo stesso Lenel – come detto – che ciò avvenisse in una rubrica dal titolo '*Quibus causis praeiudicium fieri non oportet*', al cui interno doveva trovar posto una sottorubrica dedicata al testamento inofficioso. Tale rubrica viene collocata dal maestro tedesco nella Parte I dell'editto pretorio, quella che si occupa e disciplina la procedura *in iure* sino alla *litis contestatio* (è solo nella Parte IIa, relativa ai rimedi ordinari, che il pretore iniziava ad occuparsi delle singole azioni)⁴⁷. Peraltro è possibile, stando a Schulz, che l'intervento di Giuliano, incaricato come noto da Adriano di redigere la versione 'definitiva' dell'editto, non abbia modificato se non in minima parte l'ordine degli istituti adottato dai precedenti pretori⁴⁸: non foss'altro perché «ogni serio mutamento di ordine avrebbe reso difficile l'uso dei più antichi commentari all'editto»⁴⁹. Due modifiche sono state arrecate: la prima concerne l'avanzamento delle formule, che prima della codificazione erano tutte poste alla fine (mentre adesso in fine sono scalati gli interdetti, le difese speciali e le *stipulationes praetoriae*), mentre la seconda riguarda la rimozione della *in integrum restitutio ob fraudem creditorum* dal titolo *De in integrum restitutionibus*, che rimarrà per il resto nel 'luogo d'origine' precedendo i *recepta*⁵⁰.

Tornando alla *querela*, si potrebbe ipotizzare, tuttavia, che il suo commento avvenisse in calce alla clausola della *bonorum possessio litis ordinandae gratia*: come sommariamente visto in precedenza (e come meglio si apprezzerà più avanti), larga parte della dottrina riconduce questa forma di *possessio* alla *querela inofficiorum*

⁴⁶ V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 353.

⁴⁷ V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 263 ss.

⁴⁸ Così anche C. FERRINI, *Intorno all'ordinamento dell'Editto pretorio prima di Salvio Giuliano*, in *Opere di C. Ferrini. II. Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 164, pur se limitatamente all'editto 'imperiale' preadrianeo: non è possibile, invece, secondo l'autore, avanzare ipotesi sulla strutturazione edittale repubblicana, anche se qualche indizio potrebbe derivare dal commento all'editto di Celso, probabilmente composto prima della codificazione dell'editto a opera di Giuliano.

⁴⁹ V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 267.

⁵⁰ V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 266 s.

testamenti, specie se esperita nelle forme del processo quiritario dinanzi ai *centumviri*, fungendo da presupposto di esperibilità del rimedio da parte di coloro che non vantavano *ante processum* un titolo successorio *ex iure civili* e, invece, da altra parte (con cui per motivi che spiegherò, mi sento di concordare) ritenuta indispensabile quale modalità di accettazione anticipata della delazione 'ereditaria' da effettuare (da parte dei querelanti che non siano *sui heredes*) prima dell'incardinamento del giudizio.

Tuttavia, sono portato a ritenere che non esistesse neppure una clausola relativa a tale *bonorum possessio*: essa avrebbe ben potuto essere presa da appiglio – se esistente – per il commento della disciplina dell'inofficiosità del testamento. Ma essa, quale *bonorum possessio*, sarebbe stata trattata da Ulpiano nel Libro 39 all'editto, cosa che – invece, come visto – non avviene.

Il dubbio permane quindi, e lecitamente.

Proseguendo, la seconda grande *tranche* di frammenti appartiene a quella che Schulz definì 'letteratura problematica', opere di casistica⁵¹ dedicate «esclusivamente a problemi, alle più difficili e imbarazzanti questioni di diritto»⁵². Sono trattazioni da cui sarebbe difficile ricavare qualche dato utile per l'inquadramento sistematico: «i problemi sono discussi singolarmente, secondo lunghezza variabile; non sono tra loro collegati da qualche testo, e sebbene siano a volte disposti secondo un piano ... la connessione di un dato problema con la rubrica sotto cui è collocato è spesso libera e a volte arbitraria, mentre la discussione diverge in disparati rami del diritto»⁵³, e purtuttavia sono estremamente preziose e costituiscono spesso le più importanti opere giuridiche⁵⁴.

All'interno di questa ampia categoria – come ben osserva il Guarino – è opportuno tenere distinti i vari generi: infatti, mentre (per lo più) i *libri responsorum* erano raccolte di *responsa* basati su casi reali presentati al giurista, i *libri quaestionum* o *disputationum* erano collezioni di risposte date dai giureconsulti a casi puramente immaginari, benchè realistici, e si prestavano favorevolmente a divagazioni, osservazioni complete e incisi⁵⁵. I *libri digestorum*, invece, comprendevano raccolte di vari responsi, sia resi su casi reali che inventati, ma

⁵¹ A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, a cura di L. Labruna, Napoli, 1982, 173.

⁵² V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 401 s.

⁵³ V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 402.

⁵⁴ V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 403, secondo cui «questa forma di letteratura corrispondeva a tendenze profondamente radicate dei giuristi classici: la loro predilezione, genuinamente romana, per il caso concreto che si presta ad essere totalmente padroneggiato, il loro gusto peculiare per il dettaglio e il loro modestissimo interesse per la sistematica. Non è pertanto un caso che le più importanti opere dei più importanti giuristi appartengano precisamente alla letteratura dei problemi».

⁵⁵ V. A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 174.

organizzati – per lo più secondo l'ordine dell'editto pretorio – con un'impronta sistematica⁵⁶. In sostanza, «i *libri digestorum* erano qualcosa in più di raccolte casistiche, perché riguardavano ogni possibile argomento dello scibile giuridico privato»⁵⁷.

Vengono poi due monografie sul testamento inofficioso, una di Paolo e una di Modestino, nonché una monografia di Paolo sui giudizi settemvirali: l'utilità di simili opere dipende dal credito che ad esse si vuole attribuire. Nota è la posizione dello Schulz, il quale ritiene addirittura che i *libri singulares* potessero essere dei tardi sunti postclassici di opere di mole ben più vasta: essi sono indubbiamente lavori di esigua estensione – ciascuno costituito nella maggior parte dei casi da un unico *volumen*⁵⁸ –, che già tra i giuristi erano percepiti in funzione 'ancillare' rispetto alle opere 'problematiche' e a quelle di commento agli editti e al *ius civile*, e poco utilizzate anche dai compilatori, che predilessero altre tipologie letterarie (tra cui soprattutto i grandi commentari) per la costruzione dei titoli dei *Digesta*. Avevano scopi essenzialmente pratici, di informazione specifica o di trattazione approfondita di certe materie, vuoi perché interessanti, vuoi perché di precipuo rilievo pratico⁵⁹.

Due frammenti⁶⁰ sono tratti dalle *Institutiones* di Marciano⁶¹, manuale isagogico incompleto e forse pubblicato postumo, caratterizzato dal fatto di vantare una parte molto estesa relativa al diritto ereditario, poco acconcia in realtà al carattere elementare dell'opera⁶²: in essa peraltro abbondano le citazioni di rescritti imperiali, segno che con tutta probabilità l'autore aveva avuto accesso agli archivi imperiali. Esse furono composte durante il dominio di Caracalla o poco dopo la sua morte⁶³: un po' come successe per le Istituzioni gaiane, anche gli appunti scolastici marcianei non risultano citati da altri giuristi⁶⁴.

⁵⁶ V. A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 174.

⁵⁷ V. A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 174 s.

⁵⁸ V. G. COSSA, *Per lo studio dei 'libri singulares'. Il caso di Paolo*, Milano, 2018, 3.

⁵⁹ V. A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 174 s.

⁶⁰ E quindi molto scarsa è la presenza nel titolo di letteratura cd. elementare: non si rinvencono infatti scritti relativi a *regulae, definitiones, differentiae, sententiae*. Sono presenti due frammenti escerpiti dai *Libri opinionum* di Ulpiano: ma, stando a F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 324 s., l'opera è a torto attribuita a Ulpiano: invero, «la sua forma e il suo contenuto depongono per un autore postclassico, che senza dubbio lavorò sui *libri ad edictum* di Ulpiano». Sull'argomento v. anche T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 1982, 120 ss. Quanto poi a D. 5.2.4 la deviazione è da ricollegare al carattere di 'passo iniziale' (categoria presente in D. MANTOVANI, *Digesto*, cit., 36) del brano, idoneo a fungere da introduzione della materia.

⁶¹ Sull'opera v. ora diffusamente D. DURSI, *Le Istituzioni di Elio Marciano*, Cagliari, 2018, *passim*; ID., *Aelius Marcianus. Institutionum Libri I-V'*, Roma, 2019. V. anche L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, 11 ss.

⁶² V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 306.

⁶³ V. C. FERRINI, *Sulla palingenesi delle Istituzioni di Marciano*, in *Opere di C. Ferrini*. II, cit., 282.

⁶⁴ V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 306.

Solo un frammento – peraltro oggetto di molte critiche testuali⁶⁵ – è escerpito da un commentario di *ius civile*, il libro 48 *ad Sabinum* di Ulpiano D. 5.2.24, ed è collocato, sempre nella ricostruzione leneliana, in un contesto in cui il giurista tratta (probabilmente⁶⁶) dell'*acceptilatio*⁶⁷.

È questo un altro dato significativo: invero, anche a voler considerare le altre opere facenti parte della massa sabiniana – la quale, come noto, comprende i principali lavori di commento del *ius civile*⁶⁸ – ci si avvede come esse siano per lo più da ascrivere al genere problematico⁶⁹.

Si potrebbe supporre che nei commentari di *ius civile* non si trattasse della *querela inofficiosi testamenti*: è vero infatti che i volumi esplicativi del diritto civile, oltre che essere diffusi, erano molto utilizzati dai compilatori, di talché, se un'esposizione vi fosse stata, ne avremmo sicuramente un ricordo ben più pregnante. A ciò aggiungasi che caratteristica del commentario editale ulpiano – come visto posto a base della trattazione del testamento inofficioso dai giustinianeisti – era quella di essere poco o punto interessato al diritto civile: per Schulz, il giurista di Tiro «tentò di lasciare da parte il diritto che non fosse *ius honorarium*, ma *ius civile* in senso stretto»⁷⁰ occupandosi di esso solo quando era inevitabile nella esposizione del diritto pretorio, mentre il Guarino si spinge a sostenere che i riferimenti al *ius civile* fossero addirittura mancanti⁷¹.

L'assenza di opere puramente 'civilistiche' è un dato da sottolineare, anche se non è possibile sostenere, solo su queste fragili e insicure basi, che la *querela* non fosse istituito di *ius civile*⁷².

⁶⁵ V. C. SANFILIPPO, *Studi*, cit., 207 s.

⁶⁶ Non è certo O. LENEL, '*Palingenesia*', cit., II, 1188, che rileva come, in realtà, di *acceptilatio* Ulpiano parli anche nel Libro L *ad Sabinum*. Tuttavia «ea, quae tractantur libro XLVIII, fortasse occasione stipulationis servorum ... iniecta sunt».

⁶⁷ V. O. LENEL, '*Palingenesia*', cit., II, 1189. L'autore non è tuttavia pienamente convinto della collocazione e infatti chiosa che «quaerebatur fortasse de servii hereditarii stipulatione, qua hoc casu pro parte heredi testamentario, pro parte legitimo acquireretur».

⁶⁸ Cfr. P. BONFANTE, *Storia*, cit., 101. Di «forte polarizzazione verso il *ius civile*» per quanto riguarda la *pars sabiniana* discorre D. MANTOVANI, *Digesto*, cit., 177.

⁶⁹ Si consideri infatti che esse sono: il II e l'VIII libro delle dispute di Ulpiano, il V e il VI libro delle opinioni di Ulpiano. A ciò si aggiungono, come noto, il IV libro delle istituzioni di Marciano e la monografia paolina sui giudizi settemvrali.

⁷⁰ V. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 353.

⁷¹ V. A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 235.

⁷² Come ritiene, invece (ma sulla scorta di differente itinerario argomentativo), R. QUADRATO, '*Hereditatis petitio possessoria*', Napoli, 1972, 63 s., a mente del quale «il problema della natura della *querela* è assai intricato e, nonostante il forte impegno della dottrina ... presenta ancora oggi punti oscuri», arrivando addirittura a precisare che, anche volendo ritenere la *q.i.t.* un'azione, essa non potrebbe essere qualificata *civilis*: in specie, non sarebbe *civilis* il rimedio centumvirale poiché mero incidente di una *petitio hereditatis* e non sarebbe *civilis* il rimedio cognitorio perché «questa seconda *querela* troverebbe il suo fondamento nell'intervento del pretore, il quale, per consentirne l'esperimento, avrebbe concesso al querelante una *bonorum possessio litis ordinandae gratia*; e si presenterebbe così come un'azione di origine pretoria» (p. 64).

Il che induce ad articolare una seconda considerazione, basata su un rilievo del Ribas Alba: l'autore spagnolo, infatti, si è avveduto, comparando il Titolo II agli altri titoli del Libro V, che nel primo la massa edittale e quella papiniana quasi si equivalgono (anche se ciò è vero più per il numero di frammenti che per la corposità), mentre negli altri titoli la massa edittale è di gran lunga preponderante: tuttavia, questa pesante presenza di opera casistiche e problematiche (peraltro implementata dalla circostanza che la letteratura estrapolata dalla commissione occupatasi di analizzare la massa sabiniana è pur sempre di genere 'problematico') è in linea con la complessità e 'casisticità' dello sviluppo della *querela inofficiosi testamenti*, «figura propicia para el planteamiento de cuestiones prácticas»⁷³.

Quanto, infine, ai giuristi evocati, il più antico è Giuliano⁷⁴, con Pomponio⁷⁵ – ma in passi non contenuti nel titolo 5.2 –, mentre il più recente è Modestino⁷⁶: indi, la conclusione che la giurisprudenza si è occupata fattivamente della materia in un arco temporale che va dalla metà del II sec. d.C.⁷⁷ alla metà del III sec. d.C., ma ciò non esclude che nel periodo precedente vi sia stata una riflessione prudenziale non ricordata dai compilatori.

Venendo, adesso, alle costituzioni contenute nel *Codex repetitae praelectionis*, escludendo quelle di epoca postclassica, esse risalgono tutte all'epoca severiana e di poco successiva e si concentrano circa in un sessantennio, con la più antica datata al 193 d.C. e la più recente al 258: non sono tuttavia le sole.

⁷³ V. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 81.

⁷⁴ *Iul. lib. sing. ambig.* D. 28.6.31: probabilmente frutto di rielaborazione (formale postclassica), ma rispondente al pensiero di Giuliano secondo M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 78. Ma v. anche Trifonino che riporta un'opinione di Giuliano in D. 37.4.20 pr. V. L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 14, nt. 29.

⁷⁵ *Pomp. 18 ad Q. Mucium* D. 40.7.29.1: tuttavia il riferimento alla *querela inofficiosi testamenti* è assai implicito.

⁷⁶ Per J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 79 la citazione più recente è però quella di Ermogeniano in D. 12.4.2, estratta dal libro II *iuris epitomarum*. L'inofficiosità è qui soltanto evocata, ma non trattata direttamente.

⁷⁷ Dell'età adrianea sono Salvio Giuliano e Pomponio, che sono coevi: i frammenti risalenti a quest'epoca non sono molto numerosi. All'età successiva appartengono Gaio (con il solo frammento di D. 5.2.4 e, forse, di D. 5.2.17), nonché Marcello e Scevola, che fiorirono – quest'ultimi due – nel periodo che va dalla correggenza di Marco Aurelio e Lucio Vero sino alla morte di Commodus: anche in siffato caso i frammenti non sono cospicui; all'età severiana appartengono Papiniano, Paolo, Ulpiano, Marciano, Trifonino e Modestino: in quest'ultima epoca gli scritti sono molto numerosi. In generale, i giuristi citati in D. 5.2 – esclusi come detto Giuliano e Pomponio, che sono ricordati altrove – sono 9: le opere spogliate sono in tutto 19, di cui 2 appartenenti al genere 'commentario', 11 a quella 'casuistico-problematico', 1 a quello elementare-isagogico e 5 a quello dei *libri singulares*-monografie (anche se non può sfuggire che il *liber singularis de praescriptionibus* di Modestino è probabilmente un'epitome postclassica condotta sugli originali *Libri praescriptionibus* dell'autore, che in origine dovevano essere almeno 4: cfr. A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 239). Per i riferimenti temporali mi sono basato su A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 206 ss.

Dalla lettura dei passi del Digesto, ricaviamo infatti che molto diffuso fu l'intervento imperiale in materia⁷⁸, sotto la forma dei *rescripta*: una volta si espresse Traiano, ancorchè solo tangendo il tema della inofficiosità⁷⁹, almeno in due occasioni⁸⁰ si espresse Adriano e in entrambi i casi con riferimento agli effetti 'rescindenti' della sentenza di inofficiosità (ma nel secondo caso il mezzo di veicolazione non è un rescritto, ma un *decretum*, segno che l'attore si era rivolto direttamente al principe per avere giustizia, e che dunque si versa in ipotesi di *querela cognitio*); in altri ambiti sovvenne l'intervento normativo dei *Divi Fratres* (ovvero del solo Antonino Pio), di cui preme ricordare quello afferente alla possibilità per i legatari di interporre appello⁸¹ – chiaramente *extra ordinem* – avverso la sentenza che abbia accertato l'inofficiosità e conseguentemente caducato le tavole testamentarie, allo scopo di tutelare le loro aspettative fondate sulla validità del testamento; infine, in altri casi viene genericamente ricordata l'emanazione di una costituzione, senza però specificare il nome dell'imperatore cui va ascritta.

Da quanto detto, si deduce che – anche sotto il profilo della normazione imperiale – le costituzioni più antiche, salvo gli estemporanei interventi augustei menzionati da Valerio Massimo⁸² – risalgono all'età adrianea e si intensificano sotto la dinastia degli antonini, per poi divenire assai frequenti in epoca severiana: ciò consente di instaurare un parallelo con la riflessione prudenziale, che procede mi pare – dal punto di vista dello sviluppo cronologico – alla medesima maniera.

A contrario – ed è, se si vuole, ovvia considerazione – non disponiamo di fonti prettamente giuridiche per l'epoca iniziale di vita della *querela*, dovendo limitare le nostre fonti di cognizione per il periodo alle sole opere letterarie, specie di stampo retorico-oratorio-forense: con tutto ciò che ne può conseguire in ordine a una certa genericità e imprecisione del linguaggio utilizzato, che reca con sé spesso un elevato margine di ambiguità e di difficoltà interpretativo-ricostruttive.

⁷⁸ Menzione di costituzioni imperiali si hanno in D. 5.2.6.2, D. 5.2.7, D. 5.2.8.2, D. 5.2.8.15, D. 5.2.8.16, D. 5.2.18, D. 5.2.28, D. 5.2.29 e D. 5.2.30.1.

⁷⁹ V. D. 5.3.7: il frammento è escerpito anch'esso dal XIV libro ulpiano all'editto e riguarda la pregiudizialità della *querela inofficiosi testamenti* rispetto all'azione *de libertate* di un soggetto che assume di essere stato manomesso *ex testamento*. Traiano, sulla scorta di un senatoconsulto, dispone il differimento del giudizio di libertà sino alla rinuncia ovvero alla definizione dell'azione di inofficiosità. Ma la pregiudizialità opera solo se la *q.i.t.* è incardinata prima della lite di libertà: così dispose Antonino Pio.

⁸⁰ V. D. 5.2.8.16 e D. 5.2.28; a ciò aggiungasi D. 12.6.2.1, in cui si menziona proprio un rescritto dell'imperatore ispanico, che tocca il tema dell'inofficiosità.

⁸¹ V. D. 5.2.29: ivi non si fa menzione dell'imperatore, ma da Marcian. 1 *appell.* D. 49.1.5.1 sappiamo che il rescritto fu di Antonino Pio.

⁸² Cfr. Val. Max. 7.7.3 e 7.7.4.

La più antica menzione del testamento inofficioso si ha nella seconda Verrina ciceroniana⁸³, seguita pochi anni dopo da un riferimento ancora una volta estratto dall'opera dell'Arpinate⁸⁴; in più occasioni, poi, si confronta con l'azione di inofficioritas (o con il macro-tema ad essa riconducibile, ossia la più generica 'inofficioritas testamentaria') Valerio Massimo⁸⁵, nel suo volumetto aneddotico che raccoglie i fatti e i detti memorabili; non lesina allusioni all'argomento neppure Quintiliano⁸⁶, il quale ci consente di apprezzare come nelle scuole di oratoria e retorica fosse usuale per i discenti incontrare fattispecie legate all'inofficioritas, tendenza peraltro confermata da una controversia evocata da Seneca⁸⁷. Infine, il principale referente di cui disponiamo – per quanto attiene alle fonti letterarie – è Plinio il Giovane⁸⁸: egli tuttavia, vivendo a cavaliere tra il I e il II sec. d.C., opera in un contesto in cui l'azione è già formata e – se si vuole – 'rodato', anche se ciò non inficia la sua utilità, legata com'è all'illustrazione del rito d'inofficioritas seguito dinanzi al collegio dei *centumviri*, da lui a lungo frequentato.

Le altre fonti di cognizione (giuridiche) di cui disponiamo si rinvencono nelle *Pauli Sententiae*, 4.5 e nel *Codex Theodosianus* 2.19; molto interessanti – e si spiegherà perché successivamente – sono il testo dei Basilici⁸⁹ e i relativi *scholia*, che consentono di chiarire il significato di alcuni passi confluiti nel Digesto, sovente accorciati dai compilatori, i quali hanno soppresso l'indicazione del caso concreto da cui sarebbe scaturito il responso del giurista riportato nelle Pandette (interessante sarebbe rileggere tutti i frammenti alla luce degli *scholia*, lavoro cui, purtroppo, non è stato possibile dare seguito in questa sede); non compare, invece, tra le azioni contenute nel tardo catalogo – stilato, nelle sue varie parti, presumibilmente a fini pratici – noto con il nome latino *De actionibus* e trascritto nel primo allegato alla Μεγάλη Σύνοψις τῶν Βασιλικῶν, che pur si occupa della *petitio hereditatis*⁹⁰.

⁸³ V. Cic. *in Verr.* II 1.42.107

⁸⁴ V. Cic. *pro Cluen.* 15.45

⁸⁵ V. Val. Max. 7.7. e 7.8.

⁸⁶ V. Quint. *or.* 4.2.5; 7.2.4-5 e 26; 9.2.9; 9.2.35

⁸⁷ Sen. *Contr.* 9.5.15

⁸⁸ V. Plin. *Min. ep.* 5.1; 6.33

⁸⁹ V. Bas. 39.1

⁹⁰ L'edizione critica più recente di questo 'prontuario' si deve a F. SITZIA, *'De actionibus'*. *Edizione e commento*, Milano, 1973, *passim*, con utile traduzione latina del testo greco. Sulla natura dell'opera non è qui il caso di soffermarsi, per cui mi limito a rinviare al contributo dello Sitzia, evidenziando solo che per l'autore – e mi sembra con buoni argomenti – il catalogo suddetto non potrebbe essere considerato un'opera unitaria, bensì il risultato di aggiunte successive, effettuate in tempi differenti, ma intorno «a un nucleo originario sicuramente pregiustiniano» (p. 137); il fine sarebbe stato eminentemente pratico (anche se altri autori, ricordati in S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, trad. it., Torino, 2015, 96 e dallo stesso Sitzia, non escludono una finalizzazione didattica dell'opuscolo), e ciò è desunto dalla circostanza che sin dai primi paragrafi si evince che il lavoro andava collegato alla procedura per libello e rappresentava dunque «una specie di *vademecum* per la pratica forense nel quale il postulante poteva trovare il nome dell'azione che voleva intentare in giudizio» (p. 137 s.). Notevoli peraltro sono le mancanze registrate nell'opuscolo, tra cui appunto

Sparuti – anche se a volte rilevanti – i passi in tema di *querela* allocati altrove: non se ne offre qui un catalogo, poiché là ove rilevanti saranno ricordati nel corso della presente ricerca ovvero sono già stati segnalati *retro*.

Una trattazione di carattere elementare della materia, infine, è contenuta in I. 2.18: va sottolineato che, probabilmente, la base alla commissione – per la stesura di questo paragrafo – era stata fornita dalle *Institutiones* di Marciano⁹¹, e non dal manuale gaiano⁹²: significativamente silenzioso è infatti, nella sua opera, il giurista

la *querela inofficiosi testamenti*: tant'è che il Collinet (la cui opinione è riportata nel libro di Sitzia, p. 121 ss.) ha ipotizzato che il *De actionibus* fosse solo un mero frammento di un più ampio documento, che per l'autore francese doveva essere una sorta di catalogo che, nel postclassico, avrebbe assunto una funzione simile a quella dell'editto pretorio, quanto alla possibilità per l'attore di individuare esattamente il nome dell'azione da comunicare al convenuto. A una frammentarietà nella trasmissione del testo pensa anche il Ferrini, sulla scorta di talune considerazioni di Zachariae von Lingenthal, mentre lo Sitzia – pur ammettendo come debba ritenersi indubitabile la perdita di qualche azione nel corso della tradizione manoscritta – reputa che le omissioni non possano «essere considerate di tale importanza ed estensione da farci pensare al *De actionibus* come ad un'opera completa ed ordinata sistematicamente» (p. 130), così riducendo di molto il problema. Sul punto specifico dell'assenza dell'azione di inofficiosità testamentaria, credo non possa essere trascurato il fatto che – attesa la differente collocazione temporale delle varie parti dell'opuscolo, alcune di epoca pregiustiniana e altre di epoca successiva e financo post *Basilicorum Libros* – tra i bizantini la *q.i.t.* perse i tratti di azione autonoma, per divenire mera *causa actionis* di una *petitio hereditatis*: il che potrebbe spiegare perché essa non vi sia, mentre è ricordata la *petitio hereditatis*. Ovviamente la tesi testè esposta è mera congettura, anche se ai miei occhi l'assenza della *querela inofficiosi testamenti*, visto l'ampiezza della legislazione postclassica che se ne occupa e visto l'interesse nutrito dallo stesso Giustiniano, che a più riprese – come si vedrà – interviene sul tema, è quantomeno significativa.

⁹¹ Marciano è infatti citato pressochè testualmente (ma omettendo l'indicazione del suo nome) in I. 2.18 pr.: invero il brano riporta il frammento delle istituzioni marcianee di D. 5.2.2.

⁹² Come noto, le *Institutiones* di Gaio e le *Res cottidianae* rappresentarono la principale fonte d'ispirazione per la ristretta commissione che si occupò di redigere il manuale giustiniano: e ciò lo si apprende da *c. Imperatoriam*, § 6. Tuttavia anche altre opere sono state utilizzate: fra queste, sicuramente le Istituzioni di Ulpiano, quelle di Fiorentino, quelle di Paolo e quelle, appunto, di Marciano, mentre è dubbio che ciò sia avvenuto per quelle di Callistrato (v. C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere di C. Ferrini*. II., cit., 307 ss.). L'utilizzo dell'opera isagogica marcianea è un dato significativo: si potrebbe anche ipotizzare che, tra tutti i manuali consultati dai compilatori, fosse l'unico a trattare della *querela inofficiosi testamenti*, stante il totale silenzio delle fonti sul fatto che altri ne discutessero. Ed esse, peraltro, presentano alcune particolarità: «le istituzioni di Marciano si tolgono affatto fuori dall'ordine consueto: la mole (sedici libri!); l'ordinamento della materia; il contenuto, che, mentre non comprende tutto il diritto privato, comprende parte del diritto pubblico; il metodo con la sovrabbondanza di citazioni e di casistica, ne fanno un'opera che si distacca completamente dalle altre di uguale intitolazione. Essa è scritta bene, talora in tono elevato: l'autore non rifugge neppure da citazioni filosofiche e letterarie ... Essa, come tutte o quasi le opere di Marciano, è stata scritta per l'uso dei provinciali di Oriente» con la conseguenza che «l'intento dell'autore [era] quello di agevolare a quei provinciali l'intelligenza del diritto romano ... che veniva loro esteso in seguito alla costituzione antoniniana». V. sempre C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere di C. Ferrini*. II., cit., 315 s. Pone l'accento sulla destinazione non scolastica, invece, L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani*, cit., 65, il quale reputa che «le *Institutiones* marcianee non sono indirizzate a studenti che volevano imparare gli elementi del diritto – come erano i destinatari di altre opere istituzionali – ma a operatori del diritto o, almeno a uomini i quali, lontani dall'amministrazione centrale, erano interessati ad avere

antoniniano, che mai fa cenno alla *querela*⁹³. Né nelle *Institutiones*⁹⁴ né, probabilmente – e a volerne accettare la paternità⁹⁵ – nelle *Res Cottidianae*, quantomeno nei frammenti sopravvissuti⁹⁶.

Silenzio vieppiù misterioso specie se si considera che Gaio doveva conoscere la querela stessa, visto che – a mente del famoso passo confluito in D. 5.2.4, *rectius* dell'*inscriptio* del frammento medesimo – egli aveva redatto un'opera monografica sulla *lex Glitia*, di cui non si sa nulla con certezza se non che doveva per qualche verso riguardare il nostro istituto, essendo stata posta dai commissari in questo titolo delle Pandette. Ciò nonostante, preme evidenziare alcuni dettagli, che potrebbero far sorgere – o almeno così è per me – qualche perplessità: ma conviene riportare il testo del brano:

Gai. *ad leg. Glit.* D. 5.2.4: *Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque*

una raccolta di materiali giuridici specie dopo che l'editto di Caracalla aveva esteso la cittadinanza romana a tutti i sudditi dell'impero». Si trattava dunque, probabilmente, di un manuale 'esteso' per pratici: ed era quindi naturale che contenesse anche una parte – a quanto pare negletta negli altri testi scolastici – sulla *querela inofficioris testamenti*.

⁹³ Se ciò è vero per le istituzioni, tuttavia – forse – un riferimento alla *querela inofficioris testamenti* nell'opera gaiana è rinvenibile in D. 5.3.17, lacerto estratto dal sesto libro di commento all'editto provinciale.

⁹⁴ Non mancano peraltro numerose lacune nell'esposizione delle *Institutiones*: basti pensare, invero, ai contratti reali di *commodatum*, *depositum*, *pignus* e all'intero diritto dotale, su cui si è soffermato F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 285, ma anche i diritti reali di garanzia e i contratti innominati. Tra le varie spiegazioni che sono state addotte in ordine alla giustificazione dell'assenza di alcune materie nell'esposizione, si è ipotizzato che ciò fosse dovuto alla circostanza che le *Institutiones* sono essenzialmente un trattato di *ius civile*, ma a questo si è opposto che, in realtà, nella trattazione non mancano illustrazioni di istituti di *ius honorarium* (come, ed è un esempio non privo di significato, la *bonorum possessio*), mentre alcuni argomenti prettamente di *ius civile* sono stati dimenticati (v. i senatoconsulti Velleiano e Macedoniano). Ancora, si è sostenuto che le lacune trovassero spiegazione nella brevità del manuale, di indirizzo scolastico, ma tuttavia – di contro a questa tesi – si è rilevato che vi sono alcuni particolari minuziosamente descritti. Per il Guarino, poi, le omissioni andrebbero giustificate coll'evidenziazione del «carattere di profilo delle *Institutiones* ... e d[e]lla assoluta novità del sistema espositivo da esse adottato. La prima circostanza chiarisce già di per sé l'esistenza di tanto gioco di luci e di ombre; l'altra circostanza giustifica, in più, perché mai alcuni materiali siano rimasti inutilizzati nella foga della costruzione, e perché invece altri materiali siano stati anche troppo sfruttati». Cfr. A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 444.

⁹⁵ Sebbene infatti l'*Index Florentinus* le attribuisca a Gaio, la dottrina ha avanzato alcuni dubbi sulla riconducibilità dell'opera all'autore antonino: v. su tutti E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 68, nt. 310 e 69, nt. 311, con ampia discussione e bibliografia. Per inciso, l'autore – seguito sul punto anche da A. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di 'Res cottidianae'*, in *BIDR*, XL-XLI, 1998-1999, 68 – reputa credibile la sostanziale provenienza gaiana del lavoro. Di opere provenienti dalla stessa mano parla anche R. MARTINI, *Gaio e le 'Res cottidianae'*, in *AUPA*, LV, 2012, 173 ss.

⁹⁶ E ricostruiti palinogeneticamente da O. LENEL, *'Palinogenesia'*, I, cit., 251 ss.

*faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delenimentis instigationibusve corrupti*⁹⁷.

Innanzitutto, questo è l'unico frammento in cui si fa menzione di tale misteriosissima legge, tanto è vero che alcuni hanno persino ipotizzato un errore generatosi nella tradizione manoscritta. Gaio non avrebbe compilato un'opera *ad legem Glitiam*, bensì *ad legem Falcidiam*: tuttavia, non vi è testimonianza che il giurista abbia mai redatto una monografia in tema di legge Falcidia, né vi sono ragioni 'paleografiche' che avrebbero potuto indurre l'amanuense ad errare nella trascrizione del testo delle Pandette⁹⁸.

Di poi, questo *liber singularis ad legem Glitiam*, non compare nell'*Index Florentinus*⁹⁹, segno che quantomeno il testo sopraggiunse alla consultazione dei

⁹⁷ Sul testo sono state sollevate molte critiche, volte a porne in discussione la genuinità: già O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., 256, nt. 3 ne aveva avanzato la natura compilatoria (scriveva l'autore che «abhorret hoc fragmentum a Gaianae orationis simplicitate nec dubito, quin adhibitis fortasse nonnullis Gaii verbis a compilatoribus confectum sit»), seguito da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 44, nonché F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 334 secondo cui «l'unico frammento dell'*Ad legem Glitiam* (attribuito a Gaio) è certamente non autentico». Altri in *Index Interpolationum*, I, cit., 70. Adde G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 439. Vi è chi ha ipotizzato, invece, che fosse corrotta la sola seconda parte del passo: v. F. VON WOESS, *Das römischen Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der 'Constitutio Antoniniana'*, Berlin, 1911, 281. Gli autori basano le loro asserzioni sul rilievo che il testo – così articolato e ridondante – non rispecchierebbe la semplicità del linguaggio gaiano; inoltre il brano sarebbe ricco di *hapax legomenon* (l'avverbio *maligne* e l'espressione *novercalibus delenimentis instigationibusve*); infine, la corrispondente clausola dei Basilici (v. Bas. 39.1.4) riporta la sola prima porzione del frammento e non la seconda. Convinto dell'autenticità è invece E. RENIER, *Étude*, cit., 152. Ne difende – almeno così mi sembra di arguire – la genuinità sostanziale S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 156 laddove reputa che «la storicità della notizia gaiana appare assicurata dal confronto con la già citata epistola pliniana indirizzata all'amico Voconio Romano a proposito dell'eredità di *Attia Viriola*», di cui Plin. Min. 6.6.3. Recentemente la questione è stata rivalutata da P. BUONGIORNO, *'Ad legem Glitiam'. Eine rätselhafte 'lex publica', die 'Fasti' der Jahre 21 und 22 n. Chr. und die Gestalt der kognitorischen 'querela inofficiosi testamenti' im 1. Jhdt. n. Chr.*, in *ZSS*, CXXXII, 2015, 96 ss., il quale dimostra con buoni argomenti la genuinità del passo. Innanzitutto, a dispetto dei numerosi *hapax legomenon* che pur vi sono, il *topos* dei padri che arrecano un'ingiuria ai figli diseredandoli e pretermettendoli a causa delle malie delle amanti è ricorrente in età flaviana, perdurando sino all'età postclassica e financo giustiniana. Di poi, il sostantivo *delenimentum*, pur non utilizzato altrove da Gaio né presente *aliunde* nel Digesto, è termine tipico dell'età classica, poi caduto in desuetudine in età più avanzata. Infine, il riferimento al sangue, come simbolo della parentela, è presente in un altro passo gaiano (v. D. 38.8.2), con la conseguenza che il tono – molto retorico – della seconda parte di D. 5.2.4 non era completamente alieno al giurista antonino.

⁹⁸ Discussione in M. MARRONE, *Sulla natura*, cit., 85 s. V. anche P. BUONGIORNO, *'Ad legem Glitiam'*, cit., 101 s. e nt. 20.

⁹⁹ Esso è l'elenco degli autori e delle rispettive opere da cui sono stati estratti i materiali di cui si compone il Digesto, redatto secondo l'ordine impartito da Giustiniano (cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 256, con riferimento alla c. *Tanta*): il nome è dovuto al fatto che esso è stato posto all'inizio del manoscritto fiorentino. Sebbene sia molto prezioso, presenta vari problemi. Vi sono citati 38 giuristi, secondo un ordine cronologico non privo di errori, ma incipiente con Giuliano e Papiniano, cui è tributato l'onore della precedenza, visto l'importanza che essi

commissari e non dovè essere stato preso in considerazione fin dall'inizio dei lavori¹⁰⁰ (il che non esclude, anche a fronte del suo carattere di 'testo interposto', la possibilità di una sua collocazione tra i brani dell'*appendix*¹⁰¹, anziché tra quelli della massa edittale, come ha supposto Bluhme).

In terzo luogo, il contenuto del frammento non è particolarmente significativo, e dai commissari – peraltro – è posto solo a esplicazione del precedente passo di Marcello¹⁰², a mò quasi di una nota, a meglio definire e tratteggiare un'affermazione di un diverso autore: esso è inserito a bella posta nel mezzo di un testo altrui, il quale sarebbe stato completamente autosufficiente anche in assenza dell'inciso gaiano.

Ivi, invero, Marcello stava discorrendo della legittimazione attiva alla *querela inofficiosi testamenti*, specificando come essa spetti – in prima battuta – ai discendenti nei confronti del testamento dei genitori: e ciò tanto se il *de cuius* è il padre, quanto se è la madre. Ebbene, in codesto luogo la commissione ha introdotto quest'osservazione del giureconsulto antonino, mercé la quale si rileva l'intollerabilità della condotta di quei genitori che nelle *tabulae* arrechino un'offesa ai figli, prevalentemente indotti a ciò dalle istigazioni e dalle adulazioni delle matrigne.

avevano per Giustiniano. A loro volta, le opere di ogni autore sono, in linea di massima, ordinate secondo la corposità, via via decrescente. La lingua utilizzata è ibrida, un po' latino un po' greco, che «può far pensare tanto ad una versione latina grecizzata quanto ad una greca latinizzata». Ulteriormente problematica è la citazione delle opere: mentre sono menzionate opere poi non utilizzate per la redazione del Digesto, non sono ricordate altre opere invece sfruttate dai compilatori. Proprio le incongruenze dell'*Index* hanno fornito materiale ai detrattori della tesi bluhmiana: stando a Mantovani, «vi fu chi potè sostenere che le opere citate nell'*Index* e non nel Digesto, pur possedute dalla commissione, non sarebbero state lette, ovvero, non possedute, sarebbero state citate nell'elenco esclusivamente a ragione della loro autorità; d'altra parte, le molte opere riportate nelle *inscriptiones*, ma non nell'Indice, sarebbero state, nella maggior parte dei casi, utilizzate di seconda mano, attraverso le citazioni contenute in altri scritti». Altri, invece, «trasse dall'*Index* uno degli argomenti a favore dell'esistenza di un predigesto». Citazioni e riferimenti ulteriori in D. MANTOVANI, *Digesto*, cit., 135 ss.

¹⁰⁰ Medesima sorte è toccata anche ad altre monografie gaiane, pur sempre relativa al diritto successorio, che, sebbene non menzionate nell'*Index*, risultano citate dai compilatori: esse sono il *liber singularis ad sc. Orphitianum*, il *liber singularis ad sc. Tertullianum*, il *liber singularis de tacitis fideicommissis*. Probabile è quindi che queste opere – considerate, in quanto *libri singulares*, minori, siano state vagliate dalle commissioni solo in seconda battuta. Cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 259, che ricorda come anche molti dei *libri singulares* di Paolo non compaiano nell'indice del manoscritto fiorentino.

¹⁰¹ Su questa v. P. BONFANTE, *Storia*, cit., 102 s.

¹⁰² V. D. 5.2.3: *Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt* e D. 5.2.5: *Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et optinere adsidue soleant. huius autem verbi 'de inofficioso' vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.*

Come si è visto nel precedente paragrafo, la funzione che si è annessa a questa legge da parte della dottrina è stata varia: da chi ha preteso che la *lex Glitia* avesse introdotto *tout court* la *q.i.t.*¹⁰³, a chi ha ritenuto che essa abbia creato solo la competenza *extra ordinem* del *princeps* e dei suoi funzionari¹⁰⁴, a chi ha pensato che essa abbia attribuito ai *centumviri* la competenza esclusiva in materia ereditaria¹⁰⁵, a chi ancora ha supposto che mercé tale atto legislativo sia stato istituito lo stesso tribunale centumvirale, con accreditamento del potere di invalidare i testamenti inofficiosi¹⁰⁶.

Questo oscuro provvedimento normativo è stato di recente oggetto di un attento studio condotto da Pierangelo Buongiorno¹⁰⁷: l'autore, prima di tutto, ha tentato di risalire a una possibile sua datazione. Atteso che le risultanze in nostro possesso collocano la *gens Glitia* in area centro-italica, a *Falerii*, comunità conquistata da Roma nel 241 a.C. e tributata della cittadinanza romana non prima del I sec. a.C., e atteso che i primi membri influenti di questa *gens* si ritrovano nelle fonti più o meno in età triumvirale, è possibile sostenere – secondo il Buongiorno – che l'emanazione della *lex* sia avvenuta in un arco temporale che va, appunto, dall'epoca del triumvirato sino al 28 d.C., anno in cui – salvo due *leges* promulgate sotto Claudio, ma di chiara iniziativa del principe – cessano, con la partenza di Tiberio da Roma, le leggi di iniziativa consolare, pretoria o tribunitia.

Su queste basi, l'autore suppone che la legge risalga al 21 o 22 d.C.: anni per i quali è ipotizzabile la nomina a *consul suffectus* di un *Glitius*, che avrebbe potuto rogare il provvedimento.

Ebbene, tale analisi consente del tutto legittimamente di escludere che la fantomatica *lex Glitia* abbia introdotto di per sé la *q.i.t.*, ma anche che abbia creato il tribunale centumvirale o a esso attribuito in esclusiva la materia ereditaria: infatti le prime attestazione dell'inofficiorità – o quantomeno dell'impugnazione dei testamenti per far valere siffatta pretesa successoria – rimontano ai primi decenni del I sec. a.C., mentre il collegio centumvirale sicuramente esisteva nel 241 a.C.¹⁰⁸.

Rimangono sul tappeto le due altre tesi, quella per la quale la legge avrebbe reso autonoma la *querela inofficiosi testamenti* (così di fatto introducendola come azione vera e propria) e quella per cui avrebbe introdotto la possibilità di far valere l'inofficiorità *extra ordinem*.

¹⁰³ Ipotesi avanzata da H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, Berlin, 1928, 377 e seguita anche da M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, Göttingen, 1949, 112.

¹⁰⁴ Così F. EISELE, *Zur 'querela'*, cit., 282 ss., con largo seguito nella dottrina successiva.

¹⁰⁵ J.-C. NABER, *De centumvirali iudicio (Observatiunculae de iure Romano LXXVII)*, in *Mnemosyne*, XXV, 1897, 184.

¹⁰⁶ V. M. MARRONE, *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., 129 s. e 206 ss.

¹⁰⁷ Cfr. P. BUONGIORNO, *'Ad legem Glitiam'*, cit., 96 ss.

¹⁰⁸ Ciò che sarà messo meglio in luce nel prosieguo di questa ricerca: v. comunque Paul.-Fest. voce *Centumviralia iudicia* (Lindsay, 47).

Quanto alla prima, credo che debba essere scartata: troppo importante sarebbe stata la funzione della legge per tacere completamente della sua esistenza. Inoltre, reputo che vi siano alcuni indizi dispersi nelle fonti che escluderebbero la derivazione della *querela* da una *lex*: di questo riferirò oltre. Basti qui osservare, a ulteriore suffragio, che neppure Giustiniano, pur di solito prodigo di ricordi circa le origini degli istituti, non nomina mai questa legge.

Rimane dunque solo la seconda prospettazione (quella che, a ben considerare, già apparteneva all'Eisele), che il Buongiorno sposa: valorizzando i due interventi augustei in tema di inofficioritas ricordati da Val. Max. 7.7.3 e 7.7.4, e instaurando un'analogia con quanto accaduto in relazione ai fedecommissi, lo studioso pugliese sostiene che la *lex Glitia* potrebbe aver delineato un primo assetto compiuto della *querela cognitio*, meglio strutturando alcuni interventi della prassi. Sul contenuto concreto della legge, tuttavia, secondo il Buongiorno, non sarebbe possibile esprimersi¹⁰⁹.

Quest'ultima ricostruzione è l'unica plausibile anche a mio parere: resta però la circostanza, già mossa avverso la teoria dell'Eisele, che difficilmente una legge comiziale avrebbe potuto regolamentare un *modus procedendi*, quello *extra ordinem*, che discendeva *de plano* dall'*imperium* del *princeps*: se è innegabile che da un certo momento in poi la *querela* poté essere esperita (anche) nelle più agili forme del processo cognitorio, è solo al suo interno e, semmai, tramite la riflessione prudenziale, che potevano andare delineandosi i principali aspetti di tale giurisdizione, senza che una legge – già di per sé mezzo normativo a stento utilizzato per il disciplinamento dei rapporti privatistici¹¹⁰ – fosse in grado di incidere *ex auctoritate* sul suo sviluppo.

Se così è, residuerebbe la sola via di escludere che la fantomatica *lex* di cui si discute avesse un'attinenza diretta con la *querela inofficiosi testamenti*: del resto,

¹⁰⁹ Scrive l'autore che «mit den zur Verfügung stehenden Informationen sind wir weit davon entfernt, die Gestalt beschreiben zu können, die die kognitorischen Formen der *querela inofficiosi testamenti* in den ersten beiden Jahrhunderten des Prinzipats annahmen. Über die *lex Glitia* lässt sich nicht mehr sagen, als dass sie wohl unter Herrschaft des Tiberius entstand (21/22 n. Chr.) und nach der im Moment wahrscheinlichsten These dazu diene, eine außerordentliche Rechtsprechung in Sachen pflichtwidriger Testamente, die durch einzelne Maßnahmen von Augustus begründet worden war, auf gewisse, uns nicht bekannte Weise zu institutionalisieren und näher zu gestalten. Reine Spekulation wäre es anzunehmen, dass die *lex Glitia* im Wege der Analogie an die *lex Falcidia* anknüpfte, indem sie die *quarta Falcidia* zum Grenzwert dafür erklärte, wann ein Testament als pflichtwidrig galt, und so das Konzept einer den gesetzlichen Erben vorbehaltenen *portio debita* einführt». V. P. BUONGIORNO, 'Ad legem Glitiam', cit., 124 s.

¹¹⁰ V. F. CANCELLI, *La codificazione dell' 'edictum praetoris'*, Milano, 2010, 38: «il diritto privato, è noto, per più secoli, dopo la legislazione delle XII Tavole, e poche altre leggi, fu lasciato fondamentalmente alla geniale saggezza, scaltrita e corroborata dalla pratica politica e sociale, dei giuristi, e per essi a quella del pretore, per non sentirsi di mutare il rituale delle norme antico, o la "intangibilità" del *mos maiorum*, fermato in nucleo nel testo decemvirale; ma anche per non dover mettere in moto, ché sarebbe stato disagevole, macchinoso e non tempestivo rispetto alle esigenze in continuo rinnovamento, il complesso apparato legislativo della *res publica*».

si è già evidenziato come il principio trasfuso nel frammento 5.2.4 sia poco perspicuo, come esso nulla davvero aggiunga al passo di Marcello, di cui – nella *mens* dei compilatori – avrebbe dovuto meglio puntualizzare il nucleo descrittivo: è piuttosto testimonianza di un generico sentimento di repulsione verso un padre ingrato nei confronti dei figli, secondo un *topos* assai diffuso all'epoca in cui Gaio scriveva. Ebbene, nulla esclude che questo inciso sia stato estrapolato da un'opera che si occupava di tutt'altro, come di tutt'altro avrebbe potuto occuparsi la *lex Glitia* che aveva attirato l'attenzione del giurista antoniniano.

4. *Sull'utilizzabilità dei 'Basilicorum Libri' e degli 'scholia' annessi.*

«Senza la grande compilazione del diritto degli imperatori Basilio il Macedone e Leone VI il Saggio, composta nel IX secolo, oggi ci sfuggirebbero tante conoscenze sulla vasta compilazione del diritto dell'imperatore Giustiniano risalente al VI secolo. Senza la compilazione dell'imperatore Giustiniano, poi, non avremmo quasi alcuna conoscenza del diritto 'classico' dell'inizio del III secolo. E senza la conoscenza del diritto 'classico' non avremmo alcuna nozione del diritto degli inizi della nostra era»¹¹¹: le parole testè riportate rappresentano in modo chiaro, ancorchè breviloquentemente, il motivo per cui è da reputarsi imprescindibile un confronto con tali testi.

Si è, infatti, in precedenza brevemente sostenuto che lo studio dei Basilici e dei relativi *scholia* può rappresentare un importante ausilio per meglio comprendere i frammenti conservati nel Digesto¹¹²: tale affermazione merita ora di essere spiegata, non prima però di aver sunteggiato lo sviluppo che ha condotto, subito dopo l'emanazione delle varie opere giustiniane, all'elaborazione di una serie di lavori paralleli ai volumi del *Corpus iuris*.

È notissimo il divieto frapposto dall'imperatore al commento dei brani collocati nel Digesto: erano ammessi semplici sunti di singoli frammenti (i cd.

¹¹¹ Così J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione - educazione - purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai 'Basilica cum scholiis'*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J.H.A. Lokin e B.H. Stolte, Pavia, 2011, 99.

¹¹² Non è qui rilevante, però, l'ausilio che il testo di Basilici e scolii può fornire per la ricostruzione del testo dei *Digesta*: è noto infatti che, secondo parte della dottrina (v. F. SITZIA, *Lettori del Digesto nel mondo bizantino*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, a cura di D. Mantovani e A. Padoa Schioppa, Pavia, 2014, 191, ove ulteriore bibliografia), è possibile che gli *antecessores* disponessero di un testo latino delle Pandette più affidabile rispetto a quello a noi tramandato attraverso la *littera Florentina*, sulla cui 'origine' bizantina non vi è peraltro concordia, alcuni ipotizzando che il manoscritto fosse uscito dalle officine librerie di Costantinopoli, altri sostenendo che fosse il prodotto di un copista dell'Italia bizantina del VI sec. In ciò non è minimamente mia intenzione addentrarmi, per cui ritengo sufficiente aver qui escluso tale problematica dal raggio d'indagine.

παράτιτλα)¹¹³, ovvero mere traduzioni – rigorosamente letterali e condotte con il metodo del κατὰ πόδα, ossia effettuate parola per parola¹¹⁴, ovvero ancora stringate raccolte di testi paralleli o di rinvio¹¹⁵. L'obiettivo avuto di mira da Giustiniano era quello di evitare un nuovo annacquamento del diritto, in favore anche di una sua maggiore certezza¹¹⁶: è risaputo, tuttavia, che l'ordine imperiale ebbe un'imperfetta attuazione, giacché furono ben presto redatte dai maestri bizantini delle note di commento e delle opere monografiche su determinati argomenti, le quali si aggiungevano a indici e catene di passi esplicative¹¹⁷. Sostiene il Guarino, peraltro, che tale produzione doveva consistere, probabilmente, nella «riproduzione, con imperfetti adattamenti, del materiale accumulatosi, prima di Giustiniano, nelle scuole orientali, a ridosso dei così detti predigesti»¹¹⁸. Ed è, questo, dato di non scarsa importanza.

¹¹³ Purchè, precisano i testi, i predetti sunti e indici (chiamati poi nella, c. *Tanta*, παράτιτλα) fossero vergati a margine e in carattere molto più piccolo (*per indices tantummodo et titulorum suptilitatem*): J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 114.

¹¹⁴ La traduzione dei lemmi dal latino al greco doveva essere fatta nello spazio interlineare sopra le singole parole, osservano J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 115.

¹¹⁵ V. A. GUARINO, *L'esegesi*, cit., 524.

¹¹⁶ Il rischio di contaminazione dei testi era elevato, come rilevano J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 113, a mente dei quali l'adulterazione delle opere scritte era «eventualità tutt'altro che remota prima dell'invenzione della stampa, se si pensa ad esempio che in margine ai manoscritti o tra le righe veniva annotato ogni genere di osservazioni, che un copista poteva facilmente ritenere facenti parte del testo primitivo». Donde i divieti di abbreviare parole o numeri con sigle (cfr. c. *Tanta* 22) e quello, appunto, di commentare i testi (cfr. c. *Tanta* 21 e c. *Deo auctore* 12). È significativo, rilevano sempre J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 114 che il divieto non sia reiterato anche nella c. *Omnem*, indirizzata proprio ai professori, ai quali precipuamente l'obbligo avrebbe dovuto essere imposto. Probabilmente a ciò Giustiniano non è giunto perché, suppongono sempre gli studiosi, la misura in parola aveva solo la funzione di scongiurare adulterazioni dei testi e quindi scopo ultimo era quello di mantenere l'opera nello stato originale: di talché «quello che veniva condannato non era la pubblicazione di opere esplicative, ma la pratica di chiosare i testi normativi stessi con annotazioni marginali o interlineari». L'idea testé esposta risale, in realtà, allo Scheltema ed è diffusa tra la dottrina più recente: risulta, tra gli altri, condivisa da S. TROIANOS, *Le fonti*, cit., 56 s. La veridicità di siffatta ipotesi ricostruttiva della *ratio* del divieto imporrebbe di domandarsi per quale ragione Giustiniano abbia ritenuto necessario impedire ogni annotazione a margine: è probabile che una adulterazione dei testi dei giuristi classici abbiano rinvenuti i suoi commissari nello spoglio delle opere giurisprudenziali, il che deporrebbe in favore delle tesi secondo cui molte delle modifiche apportate ai testi sarebbe avvenute in età postclassica prima ancora che per mano dei compilatori.

¹¹⁷ Ne è esempio lampante la Parafrasi alle *Institutiones* redatta da Teofilo: essa è ben più estesa del testo scolastico giustiniano, e in essa l'*antecessor* «no se limitaba a traducir al griego los textos latinos de Justiniano, sino que también introducía sustanciales adaptaciones a la sensibilidad jurídica de sus estudiantes orientales y demostraba un buen conocimiento de la literatura jurídica prejustiniana non compilada», come sostiene F.J. ANDRÉS SANTOS, *El valor de las fuentes jurídicas bizantinas para la crítica textual y la 'Quellenforschung' del 'Corpus iuris civilis': una vision panorámica*, in *Textual Transmission in Byzantium: between Textual Criticism and 'Quellenforschung'*, Turnhout, 2014, 443. È possibile, tuttavia – sostiene S. TROIANOS, *Le fonti*, cit., 77 –, che l'opera didattica sia stata composta non dalla mano di Teofilo, bensì da quella di uno dei suoi allievi, che avrebbe unificato gli appunti desunti dall'insegnamento impartito dall'*antecessor*.

¹¹⁸ Cfr. A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 526.

L'avvento di simili lavori – redatti ovviamente in greco – rese più semplice l'applicazione del diritto della compilazione: ma ben presto neppure queste opere furono più sufficienti (*rectius*: comprensibili?¹¹⁹)¹²⁰ ed iniziò pertanto ad affiorare la volontà degli imperatori di emanare nuove raccolte di leggi, che si sostituissero al complicatissimo (per gli uomini del tempo) ordito del *Corpus iuris*. Una prima manifestazione di questa affiorante tendenza si verificò – all'incirca a metà dell'VIII sec. – con la promulgazione di una nuova codificazione in 18 titoli, nota con il nome di *Ecloga*¹²¹, che raggruppava disposizioni provenienti da Istituzioni, Digesto, Codice e Novelle nonché da costituzioni vergate da imperatori successivi a Giustiniano.

Due manuali di carattere generale vennero poi approntati sul finire del IX sec., per volere di Basilio il Macedone, diffusi sotto i nomi di *Prochiron* e di *Epanagoge*¹²²: ed è nelle prefazioni¹²³ a tali volumi che il monarca versò l'annuncio di una nuova complessiva compilazione in lingua ellenica, volta a 'purificare le antiche leggi'¹²⁴. Tuttavia, egli non riuscì nell'intento: sarà il figlio, Leone VI il Saggio, a provvedervi, ordinando a una commissione costituita *ad hoc* di compendiare tutte le quattro parti del *Corpus* in una nuova raccolta, strutturata secondo l'ordine del *Codex repetitae praelectionis*¹²⁵.

¹¹⁹ S. TROIANOS, *Le fonti*, cit., 89, che mette in luce come la stessa reperibilità delle opere, specie nelle provincie, fosse difficile.

¹²⁰ Ciò a causa di un ulteriore decadimento della scienza giuridica e della pratica in generale, che, palpitata al tempo dei cd. *antecessores* (ossia dei professori delle grandi scuole dell'impero d'oriente, operanti sino a qualche decennio dopo la morte di Giustiniano [a voler seguire S. TROIANOS, *Le fonti*, cit., 59 gli *antecessores* operarono solo contestualmente a Giustiniano, mentre i maestri di scuola successivi furono detti 'scolastici']: per una disamina del termine *antecessor* e una panoramica sulla loro produzione didattica v. G. FALCONE, *Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli 'antecessores'*, in *Introduzione al diritto bizantino*, cit., 147 ss.), risultava sin dall'VIII secolo languente: i corsi avevano assunto un taglio esclusivamente pratico, mentre le grandi opere di riflessione giuridica – appunto gli scritti degli *antecessores* – giacevano polverosi in qualche archivio abbandonato: J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 135.

¹²¹ Su cui v. T.E. VAN BOCHOVE, *Some Byzantine Law Books. Introducing the Continuous Debate Concerning their Status and their Date*, in *Introduzione al diritto bizantino*, cit., 240 ss.

¹²² Ampiamente T.E. VAN BOCHOVE, *Some Byzantine Law Books*, cit., 240 ss.

¹²³ V. T.E. VAN BOCHOVE, *Preluding the Basilica, but how? The final paragraph of the preface to the Prochiron reconsidered*, in *Subsecutiva Groningana*, IX, 2014, 267 ss.

¹²⁴ Si parla infatti di ἡ ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων. Ipotizza Z. CHITWOOD, *Byzantine Legal Culture and the Roman legal Tradition, 867-1056*, Cambridge, 2017, che «the recapitulation of Justinianic law was a component of a larger political program directed at the recovery of "Romanness" or *Romanitas* in the face of new threats to imperial legitimacy, represented in the West by rising power of the Carolingians and the Papacy and in the Balkans by the First Bulgarian Empire».

¹²⁵ V. M.L. BICCARI, *Prima traccia per una ricerca su 'Dopo il Tardoantico: la voce dei giuristi nella costruzione dei codici e e nella formazione dei giovani'*. *Giovanni Nomofilace*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, LXVIII, 2017, 253.

Ne uscirono¹²⁶ così i τὰ ἐξήκοντα βιβλία (meglio noti come τὰ βασιλικὰ νόμια), ossia i *Basilicorum libri*, suddivisi in 60 libri e svariati titoli. È ormai opinione diffusa che il materiale utilizzato dalla commissione provenisse proprio dalle opere post-giustiniane¹²⁷ fiorite all'indomani della compilazione (in particolare dagli *indices*¹²⁸), di cui sopra si è detto¹²⁹.

Ma ciò che interessa non sono tanto le clausole dei Basilici, che spesso riproducono pedissequamente il testo del frammento giustiniano¹³⁰, bensì il poderoso apparato esplicativo che vi fu apposto in calce¹³¹: infatti è probabilmente

¹²⁶ Il giorno di Natale dell'888? Così Z. CHITWOOD, *Byzantine Legal Culture*, cit., 33.

¹²⁷ V. H. DE JONG, *Using the 'Basilica'*, in ZSS, CXXXIII, 2016, 302.

¹²⁸ Per comprendere cosa fossero gli *indices* è d'uopo considerare come si svolgeva una normale lezione di diritto nel VI sec., dopo la promulgazione della compilazione: invero, ogni testo giuridico veniva letto due volte. Una prima, in cui esso veniva tradotto o parafrasato linea per linea, in greco, dal docente, onde consentire al discendente – ignaro dell'idioma latino – di comprenderne il significato. Questa prima lettura era detta *Index*. Ne seguiva una seconda lettura, a distanza di qualche giorno (tempo necessario all'alunno per metabolizzare il senso del passo), condotta secondo il metodo socratico della domande-risposte. I commenti che emergevano durante la lezione erano detti *paragraphai*. *Indices* e *paragraphai*, dunque, costituivano il nucleo originario (e principale) del materiale utilizzato, poi, per redigere i Basilici e per collazionare gli *scholia antiqua*: v., per le informazioni esposte, Z. CHITWOOD, *Byzantine Legal Culture*, cit., 155 s. Sul metodo di insegnamento si sofferma pure S. TROIANOS, *Le fonti*, cit., 57 ss.

¹²⁹ L'intero procedimento propedeutico alla stesura dei Basilici è ben compendiato in J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 137 ss., cui rinvio.

¹³⁰ Talvolta aggiungendovi però le innovazioni che il progresso giuridico aveva raggiunto (v. M.L. BICCARI, *Prima traccia*, cit., 256): un esempio su tutti – e proprio concernente la nostra materia – è l'eliminazione, a seguito dell'emanazione nella Nov. 18 da parte di Giustiniano (la quale aveva modificato la regola della quota mobile di legittima in quota fissa, portandolo nel suo minimo a 1/3), di ogni riferimento, nel Digesto, alla *quarta pars*, sostituita dal riferimento a 1/3.

¹³¹ Tra i problemi che si sono posti vi è da annoverare anche quello relativo al testo tanto dei Basilici quanto degli *scholia*: come è noto, un'edizione (cd. lipsiense) degli uni e degli altri, corredata di una traduzione latina posta accanto al testo greco, è stata curata dai fratelli Heimbach, cioè Karl-Wilhelm-Ernst Heimbach e Gustav-Ernst Heimbach, (*Basilicorum Libri LX*, pubblicati tutti a Leipzig tra il 1833 e il 1850, seguiti dall'apparato di commento: *Prolegomena et manuale Basilicorum*, edito nel 1860, particolarmente utile perché contiene l'indicazione della verosimile attribuzione degli estratti dei commenti giuridici dei secoli VI e VII ai presumibili autori): tuttavia tale edizione è stata elaborata sulla base di un testo greco incerto (e notevolmente lacunoso specie per gli *scholia*), che ben presto ha condotto gli studiosi a richiederne una nuova edizione. Ha preso così vita la versione curata da H.J. Scheltema *et al.* (*Basilicorum Libri LX*, Groningen, ser. A, 1955-1988, 8 voll. e ser. B, 1953-1985, 9 voll.: cd. edizione groningana, che ha tuttavia il difetto di aver pubblicato in volumi distinti i Basilici e i relativi *scholia*), pubblicata tra il 1953 e il 1988. Il travaglio e le tappe che hanno poi condotto dall'edizione heimbachiana a quella di Scheltema – passando per le integrazioni alla prima operate da Zachariae von Lingenthal, Ferrini e Mercati, grazie alla scoperta di codici palinsesti – sono ben illustrate da V.M. MINALE, *Arangio-Ruiz e i 'Basilici': uno scritto (quasi) inedito*, in *Index*, XXXIX, 2011, 107 ss. e spec. 114 ss. e F. GORIA, *I 'Basilici' e l'edizione di K.-W.-E. Heimbach*, posta quale introduzione alla ristampa anastatica dei *Basilicorum Libri LV* dei fratelli Heimbach, ristampa curata da M.A. Fino ed edita nel 2002. Utili considerazioni, in riferimento all'edizione di Scheltema, in J.H.A. LOKIN, *'Habent sua fata Basilica'*, in *Subsecutiva Groningana*, III, 1989, 1 ss., che ripercorre il lavoro del gruppo di Groningen, prendendo le mosse da un gustosissimo aneddoto che vede protagonista un incauto studente, 'colpevole' di aver risposto alla domanda «Cosa sono i Basilici?» con «Una fortezza parigina, presa d'assalto il 14 luglio 1789».

nel X sec., a opera di Costantino VII Porfirogenito, che il testo dei Basilici fu corredato di commenti, chiamati *scholia* e muniti di valore ufficiale¹³², desunti da materiale precedente¹³³, ossia dalle opere degli *antecessores* e degli scolastici operanti tra il VI e il VII secolo. Siffatte glosse sono note come *scholia antiqua*, per distinguerle da un altro corposo strato parafrastico, aggiunto successivamente, ma sulla base di materiali risalenti ad un arco temporale che va dal X al XII sec. (i cd. *scholia nova*): non tutti i predetti scoli, però, sono giunti, a causa del fatto che non sempre erano riportati nei vari manoscritti.

Ebbene, proprio agli *scholia antiqua* è bene volgere lo sguardo: questo non solo e non tanto perché in essi «si possono cogliere, ancor più che nella Compilazione giustiniana, le concezioni dogmatiche dell'epoca bizantina», quanto piuttosto perché «riproducono opere contemporanee o quasi a Giustiniano, che il più delle volte attingono a fonti precedenti, e questo ovviamente permette di comprendere non solo gli indirizzi e le tendenze della cancelleria imperiale rispetto al materiale classico usato, ma talvolta anche il diritto preclassico. In certi casi, i *Basilici* permettono di individuare le riforme, che alcuni istituti del diritto privato subirono, e capita che negli scoli si trovino riprodotte, seppur parzialmente, alcune formule della procedura classica, obliate nei testi inseriti nei *Digesta*»¹³⁴.

E ciò è viepiù rilevante se si pone mente alla circostanza che gli autori¹³⁵ delle opere compulsate per l'estrapolazione degli *scholia antiqua*¹³⁶ – risalenti, lo

Quanto a me, per questo lavoro, mi sono servito del testo heimbachiano, specie della traduzione latina, ma con occhio vigile che l'originale greco corrispondesse sempre all'*editio maior* groningenana.

¹³² V. R. LAURENDI, *Apporti della tradizione romanistica al diritto privato europeo*, in *Atene e Roma alle origini della democrazia moderna e la tradizione romanistica nei sistemi di 'Civil law' e di 'Common law'*, Torino, 2016, 114.

¹³³ Materiale che, secondo J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 143, proviene da opere differenti da quelle dalle quali è tratto il testo dei Basilici.

¹³⁴ V. R. LAURENDI, *Apporti*, cit., 114. Il giudizio è condiviso da M.L. BICCARI, *Prima traccia*, cit., 257 per la quale «è proprio attraverso i Basilici che talora è possibile comprendere il senso di certe scelte compiute dai compilatori giustiniani e il significato di talune norme giuridiche in maniera più chiara».

¹³⁵ Si potrebbe cadere nella facile tentazione di qualificare come scoliasti gli autori escerpiti, in analogia con quanto si usa fare per gli scrittori bizantini che, pressoché nel medesimo arco temporale, provvedevano ad annotare – appunto con *scholia* – le opere di Platone, Aristofane ecc. La differenza però è notevole, perché mentre «gli scoli a Platone, Aristofane e altri scrittori sono stati concepiti come tali dagli autori bizantini», viceversa «gli antichi scoli ai Basilici sonio porzioni di opere del passato progettate per l'insegnamento e la pratica forense. È pertanto fuorviante appellare 'scolisti' i giuristi del VI e VII secolo, giacché questi non erano estensori di scoli». V. J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 144.

¹³⁶ I quali dovevano essere quindi numerosi: non è stata accettata, infatti, in dottrina l'ipotesi avanzata da F. PRINGSHEIM, *Über die Basiliken-Scholien*, in *ZSS*, LXXX, 1963, 287 ss. secondo cui tutti gli *scholia antiqua* facevano parte di un'opera ermeneutica dell'Anonimo (uno degli *antecessores*), sotto forma di catena redatta tra il 570 e il 612: sul punto v. anche S. TROIANOS, *Le fonti*, cit., 186.

si ricorda, al VI e al VII sec. – dovevano probabilmente avere sotto mano copie dei volumi utilizzati dalle commissioni giustinianee¹³⁷: ne è riprova il fatto che in vari casi, frugando tra gli scoli aggiunti a Bas. 39.1 (ossia al titolo relativo al testamento inofficioso), ci si è avveduti di come i commenti presentassero, accanto al principio di diritto, anche l'esposizione del caso pratico su cui il giurista classico, escerpito dai tribonianei, aveva emesso il suo responso o formato la sua risoluzione, contribuendo così a chiarificare meglio il principio ritagliato dai compilatori e sfrondata proprio di quell'elemento fattuale, a volte imprescindibile per la sua comprensione.

Da non confondere con questi scoli, però, sono quelli definiti 'nuovi' (altresi detti *recentioria*), elaborati tra il X e il XII sec. e fioriti in seno a quella scuola di diritto creata a Costantinopoli all'incirca nel 1045, per volontà di Costantino IX Monomaco¹³⁸: siffatte glosse non possono ovviamente servire al nostro scopo. Esse riflettono il diritto bizantino tardo, nulla avendo a che vedere con il diritto classico della compilazione: tanto è vero che i predetti commenti non avevano più ad oggetto i frammenti della raccolta giustiniana, bensì le clausole dei Basilici, al tempo divenuti ormai l'unica codificazione in uso.

Il problema che si pone è, dunque, quello di individuare alcuni criteri che – plausibilmente – consentano di distinguere tra i due strati di annotazioni, in modo tale da enucleare solo gli scoli antichi ed evitare di conseguenza sovrapposizioni di disciplina con il diritto bizantino di epoca successiva, di cui sono espressione gli *scholia recentioria*.

Ebbene, un primo indizio volto a provare che si è dinnanzi ad uno scolio antico risiede nella presenza, accanto al commento, del nome dell'autore da cui il brano è estratto¹³⁹: conosciamo infatti i nomi di vari maestri che hanno operato tra

¹³⁷ Ne è convinto L. GAGLIARDI, *Studi sulla legittimazione*, cit., 49 ss. per il quale «gli autori degli scoli antichi commenta[vano] in molti casi ... proprio le opere originali degli antichi *prudentes*, dalle quale sono stati escerpiti i frammenti dei *Digesta*», con discussione anche della più rilevante bibliografia. Così sembra anche per M.L. BICCARI, *Prima traccia*, cit., 258 là dove ritiene che gli *antecessores* «il più delle volte attingono a fonti precedenti»: oltre l'autrice non va, ma è da credere che queste fonti non potevano che essere gli scritti dei giuristi classici (quantomeno dei giuristi della legge delle citazioni), e non già (e non solo) le compilazioni postclassiche e per J. DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN, *Lost and Found: on the Recovery of forgotten classical Institutions in early byzantine legal Texts*, in *Textual Transmission*, cit., 517. Diverso problema – acutamente avvertito dal Gagliardi – riguarda l'utilizzo che gli *antecessor* hanno fatto delle opere classiche vere e proprie ovvero di una loro versione o rielaborazione greca pregiustiniana basata, a sua volta, sull'originale latino d'epoca classica. La risposta al problema è assai misurata e sensata e val la pena riportarla per intero: «il dubbio specifico si presta ad ampie congetture e difficilmente a sensate generalizzazioni. È sicuramente ovvio che quanto più mediata si ritiene essere stata la tradizione dagli originali classici alle rielaborazioni degli *antecessores*, tanto meno di potranno ritenere affidabili i testi degli autori bizantini ai fini della ricostruzione del diritto classico» (p. 54).

¹³⁸ V. J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 144 s.

¹³⁹ H. DE JONG, *Using the 'Basilica'*, cit, 305 s.; T.E. VON BOCHOVE, *The 'Basilica' between 'Quellenforschung' and textual criticism*, in *Textual Transmission*, cit., 544.

il VI e il VII secolo, epoca – come noto – di redazione delle opere compulsate per l'estrazione degli scolii antichi: essi sono Stefano, Taleleo, Atanasio, Teodoro, Cirillo, l'Anonymus maggiore, l'Anonymus minore (anche detto Enantiofane), Anatolio, Isidoro, Teofilo, Doroteo e Cobidas¹⁴⁰. Tali esplicazioni sono dunque facilmente riconoscibili come commenti antichi, né vi è motivo di dubitare che l'ascrizione al tal *antecessor* sia errata. Infatti – salvo ovviamente errori nella tradizione manoscritta – l'aggiunta degli *scholia nova* a quelli più datati, effettuata nel XII secolo, avvenne «rispettando (anche nei contenuti) il testo e gli scolii (antichi)»¹⁴¹, senza dunque che vi siano prove o anche solo indizi di adulterazioni.

Un secondo criterio, meno sicuro rispetto al precedente, si impernia sullo scrutinio della modalità di citazione del passo commentato¹⁴²: mentre gli *scholia antiqua* richiamano – con il sistema dell'esplicazione lemmatica¹⁴³ o a catena (cd. *Kettenkommentare*¹⁴⁴) – direttamente la legislazione giustiniana, glossando quindi proprio un frammento del Digesto o una *lex* del *Codex* (ma anche, sottolinea de Jong¹⁴⁵, un intero titolo), quelli *recentioria* concentrano l'esposizione sulla clausola dei Basilici. Di talchè, pare potersi sostenere che ogni qual volta vi sia un riferimento di tal fatta, ossia proprio a una delle opere del *Corpus iuris*, lo scolio debba essere ricondotto a un *antecessor*. Tuttavia, non è inusuale che vi siano state delle commistioni: rileva acutamente il de Jong che «the specific reference to a Digest fragment is $\delta\gamma$. ($\delta\acute{\iota}\gamma\epsilon\sigma\tau\omicron\nu$), however it is also possible that the reference with $\delta\gamma$. or $\epsilon\nu\ \tau\tilde{\omega}\ \dots\ \tau\tilde{\omega}\nu\ \Delta\gamma$. $\beta\beta$. has been replaced by a reference that is customary for the Basilica text, i.e. by $\kappa\epsilon\phi$. or $\beta\beta$. $\tau\tilde{\omega}\nu\ \text{B}\alpha\sigma$., notwithstanding that this must nevertheless concern an *old* scholion»¹⁴⁶, cosicché nell'applicazione di siffatto criterio è d'uopo osservare grande cautela.

¹⁴⁰ Lista e una breve descrizione di vita e opere di tali autori in J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 121 ss.

¹⁴¹ V. J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 145. In parziale disaccordo mi sembra L. GAGLIARDI, *Studi sulla legittimazione*, cit., 49, nt. 45 per il quale «occorre ricordare che in gran parte gli scolii "antichi" furono oggetto di rielaborazioni successive, da parte di diverse generazioni di scoliasti della rinascenza macedone, prima di approdare in forma definitiva alle edizioni manoscritte a partire dall'undicesimo secolo, sicchè ci si domanda se uno scolio antico rielaborato sia da catalogare ancora come tale o se non sia piuttosto diventato "nuovo"».

¹⁴² H. DE JONG, *Using the 'Basilica'*, cit., 306 ss.; T.E. VON BOCHOVE, *The 'Basilica'*, cit., 544 s.: nel caso, lo scolio conterrà i lemmi $\delta\gamma$. (per $\delta\acute{\iota}\gamma\epsilon\sigma\tau\omicron\nu$) oppure $\delta\iota\alpha\tau$. (per $\delta\acute{\iota}\alpha\tau\alpha\zeta\iota\varsigma$), rispettivamente a indicazione di un frammento del Digesto o di una costituzione del *Codex*.

¹⁴³ Invero, «nei manoscritti gli scolii rimandano alle parole del testo mediante l'uso di numeri corrispondenti, che in greco sono espressi mediante lettere dell'alfabeto, o anche tramite segni, quali i simboli di sole, luna, pianeti, zodiaco. A volte vengono anche adoperati numeri e segni insieme, particolare che consente di affermare un'origine degli scolii da due distinti manoscritti antichi»: J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 143.

¹⁴⁴ Così li definisce J. DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN, *Lost and Found*, cit., 523.

¹⁴⁵ H. DE JONG, *Using the 'Basilica'*, cit., 306.

¹⁴⁶ H. DE JONG, *Using the 'Basilica'*, cit., 307.

Ulteriore dettaglio in grado di suggerire che si è in presenza di uno scolio antico è il riferimento, in seno al brano esplicativo, alle *partes* (τὰ συντάγματα) del Digesto¹⁴⁷, che possono apparire esclusivamente nei manuali e nelle opere redatte dagli antecessori per l'insegnamento¹⁴⁸. La spiegazione di questo criterio impone di illustrare succintamente le modalità didattiche impiegate nelle scuole.

Un nuovo programma d'insegnamento, infatti, venne stabilito da Giustiniano, all'indomani della promulgazione della compilazione, con la c. *Omnem*: gli studenti avrebbero dunque studiato i testi del *Corpus*, all'uopo suddivisi in *partes*, così come in *partes* era strutturato il vecchio *curriculum studiorum*, da cui peraltro provengono i nomi con cui – anche dopo Giustiniano – sono conosciute le prime 3 partizioni: e così i libri 1-4 del Digesto si chiamano τὰ πρῶτα, i libri 5-11 *de iudiciis* e i libri 12-19 *de rebus*. La quarta parte è nota come *umbilicum* e raggruppa i libri 20-27, che si pongono al centro dei *Digesta*. La parte quinta (libri 28-36), sesta (libri 37-44) e la settima (libri 45-50) non hanno invece un nome particolare. Nel regolamento del corso di studi i libri 20-33 sono detti anche *libri singulares*; la sesta e settima parte non erano oggetto, invece, di lezioni¹⁴⁹.

Orbene, il primo anno di corso i *dupondii* (ora detti *Iustiniani novi*), ossia le matricole, ricevevano lezioni sulle *Institutiones* e sui πρῶτα; al secondo anno si occupavano o della parte *de iudiciis* o della parte *de rebus*, a scelta, e dei libri 23, 26, 28 e 30. Le fatiche dei discenti si incanalavano, al terzo anno, nella parte *de iudiciis* ovvero *de rebus* non scrutinata l'anno precedente, nonché sui libri 20, 21 e 22 del Digesto. Il quarto anno coincideva con lo studio, in autonomia, dei libri della serie 23-36 non già vagliati nei precedenti anni (i quali dunque non era spiegati dai docenti), mentre il quinto era dedicato alle costituzioni del *Codex*¹⁵⁰.

Come si vede, solo alcuni libri venivano resi oggetto di lezione e quindi di commento scolastico: i libri vagliati erano detti τὰ πραττόμενα βιβλία (ed erano le serie 1-23, 26, 28 e 30: non invece i volumi 24, 25, 27, 29 e 31-36, compulsati dagli alunni in solitaria), gli altri invece τὰ ἐξτραόρδινα βιβλία¹⁵¹.

Ciò detto, si comprende allora che «quando dai frammenti superstiti di uno scritto sia possibile stabilire che questo prendeva in esame soltanto il primo gruppo di libri sopra menzionati, si è sicuramente di fronte al commentario di un *antecessor*. Indizio ancor più affidabile sono ovviamente le citazioni di passi del Digesto che presentano la suddivisione in *partes*»¹⁵²: invero, ogni qual volta vi sia

¹⁴⁷ H. DE JONG, *Using the 'Basilica'*, cit., 308.

¹⁴⁸ Erano queste le opere a cui gli *antecessores* si dedicavano con netta prevelanza: v. F.J. ANDRÉS SANTOS, *El valor*, cit., 445.

¹⁴⁹ J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 118 ss.

¹⁵⁰ J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 120.

¹⁵¹ J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 121.

¹⁵² V. J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 121.

la menzione della *pars* delle Pandette da cui il commento proveniva, è certo che l'opera escerpita aveva una destinazione scolastica e che dunque è da imputare ad un *antecessor*.

Un quarto criterio individuato dalla dottrina concerne l'utilizzo, nel testo greco, di termini latini: invero, «in early Byzantine law we find Latin words corresponding with the legislation of Justinian. Sometimes the words are written in the Roman alphabet»¹⁵³.

Quelli testè esposti sono i principali addentellanti utilizzati dagli studiosi per attribuire uno scolio allo strato antico: altri ve ne sono che consentono, all'opposto, di ascrivere l'annotazione allo strato nuovo, il che permette in ogni caso di escludere il nostro interesse verso quella glossa.

Tra questi, v'è ancora una volta il criterio nominalistico¹⁵⁴: gli *scholia recentiora* sono il frutto dello studio dei maestri della scuola di Costantinopoli fondata nell'XI secolo, i cui nomi sono Giovanni Xifilino (che nei manoscritti compare pure con il nome di Giovanni, Giovanni Nomofilace o solo Nomofilace), Costantino Niceno, Colarico Sextus, Gregorio Doxopater e Agioteodoro¹⁵⁵. In seconda battuta, opera il criterio del riferimento¹⁵⁶: in caso di rinvio alla clausola dei Basilici¹⁵⁷ è probabile – salvo le alterazioni già denunciate sopra – l'ascrizione del testo alla categoria degli *scholia nova*. Infine, la presenza di traslitterazione in caratteri greci di termini latini (i cd. '*exhellenismoi*') – secondo de Jong¹⁵⁸ – dovrebbe far propendere per l'attribuzione del testo a un giurista dell'XI secolo: ma questo criterio è altamente insicuro.

Alla luce di quanto esposto – e sempre con estrema cautela – ritengo utile osservare i passi della compilazione (vuoi del Digesto, vuoi del Codice) anche attraverso il prisma dell'interpretazione che di essi (*rectius*: del testo originale da cui il frammento è escerpito) è stata condotta dai maestri bizantini del VI e VII secolo: un loro esame potrebbe infatti condurre a una più piana comprensione di certi brani che fino ai nostri giorni hanno tormentato gli autori avvicinati allo studio della *querela inofficiosi testamenti*.

5. Sull'origine della '*querela inofficiosi testamenti*'.

¹⁵³ Così H. DE JONG, *Using the 'Basilica'*, cit., 311.

¹⁵⁴ H. DE JONG, *Using the 'Basilica'*, cit., 312.

¹⁵⁵ V. J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 145.

¹⁵⁶ H. DE JONG, *Using the 'Basilica'*, cit., 313.

¹⁵⁷ Nel caso lo scolio conterrà il lemma κεφ. (per κεφάλιον) che si riferisce proprio al capitolo del testo dei Basilici, ma anche θεμ. (per θέματα), ossia il paragrafo: v. T.E. VON BOCHOVE, *The 'Basilica'*, cit., 544.

¹⁵⁸ V. H. DE JONG, *Using the 'Basilica'*, cit., 313.

5.1. *Il collegio centumvirale: ipotesi dottrinarie sulla sua genesi.*

Si è anticipato, nell'esaminare la dottrina che si è occupata della *querela* di inofficiosità testamentaria, che fitte nubi aleggiano intorno alla genesi di questo rimedio giudiziale: alcuni, invero, optano per l'origine pretoria, facendo essenzialmente leva su di un discusso brano di Valerio Massimo (7.7.5), altri, al contrario, propendono per ascrivere l'introduzione dello strumento alla potestà 'creatrice' del collegio centumvirale. Tali dubbi sono, altresì, alimentati dalle incertezze che avviluppano il consesso dei *centumviri*: organo giudiziale la cui esistenza e operatività nella tarda età repubblicana e nell'età classica è saldamente radicata nelle fonti (specie per quanto riguarda la questione di inofficiosità¹⁵⁹), ma che pone importanti problemi circa la data di sua costituzione, nonché – aggiungo – la base d'elezione¹⁶⁰.

Ritengo dunque opportuno svolgere qualche considerazione su questo misterioso collegio giudicante, non prima però di aver anticipato che – a mio parere – la nascita del rimedio di inofficiosità non possa essere ricondotta, come ha fatto finora la letteratura, all'opera 'monisticamente intesa' dei soli *centumviri* o del solo pretore: mi sembra infatti – e questo tenterò di dimostrare nelle pagine che seguono – che la facoltà per certi congiunti del testatore di impugnare l'atto di ultima volontà che essi ritenevano lesivo sia stato determinato dall'operare congiunto e sinergico di entrambi gli organi della *civitas*, secondo ruoli certo differenti, ma ugualmente determinanti.

Inizio, dunque, dal collegio centumvirale.

Esso pone, come anticipato, un intricatissimo problema di datazione visto che «non è giunta a noi nessuna fonte che esplicitamente informi sull'argomento»¹⁶¹. La dottrina ha da sempre oscillato tra una collocazione cronologica antichissima ed una recenziere, ma con alterni riferimenti temporali, prestandosi i passi citati a sostegno delle varie teorie ad opposte letture.

Il testo su cui prevalentemente si soffermano gli autori è costituito dalla voce *Centumviralia iudicia* attribuita a Festo, ma conservatasi grazie a Paolo Diacono:

¹⁵⁹ Per quanto attiene l'inofficiosità testamentaria v. le testimonianze di Val. Max. 7.7.2; 7.8.1; 7.8.2; 7.8.4; Plin. Min. ep. 5.1; 6.33

¹⁶⁰ Rilevava in passato G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*. II, *Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948, 242 s. che «i dati che le fonti ci forniscono rispetto ad esso sono scarsi e frammentari, e che anche le poche notizie che abbiamo sono, nel complesso, tutt'altro che univoche, tanto che possiamo dire che tutto, intorno ad esso, è problematico: data di origine, modo di reclutamento, caratteristiche e formalità del procedimento dinanzi ai *centumviri*, e, infine, competenza stessa del tribunale centumvirale».

¹⁶¹ L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 485.

*Centumviralia iudicia a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romae triginta et quinque tribus, quae et curiae sunt dictae, terni ex singulis tribubus sunt electi ad iudicandum, qui centumviri appellati sunt: et, licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen, quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti*¹⁶².

La testimonianza pone in correlazione il collegio centumvirale con le tribù (ma anche con le curie, dettaglio su cui si tornerà) che costituiscono la base di nomina dei membri, in numero di tre per ognuna di esse: il riferimento della voce festina è a un numero di tribù pari a 35 (il quantitativo ammonterebbe, dunque, a centocinque componenti, ma per ragioni di comodità il collegio avrebbe adottato la nomenclatura 'centumviri'). Ciò significa che la glossa del lessicografo è stata redatta sulla scorta di informazioni posteriori al 241 a.C., anno in cui, appunto, le tribù divennero 35¹⁶³: di talché si è spesso evidenziato come in quell'occasione debba collocarsi la genesi del collegio.

Linfa a quest'ipotesi è stata conferita dal confronto con un altro brano, risalente al *liber singularis enchiridii* pomponiano:

Pomp. lib. sing. ench. D. 1.2.2.29: Deinde cum esset necessarius magistratus qui hastae praeessent, decemviri in litibus iudicandis sunt constituti.

Ivi il giurista si sta occupando della costituzione del (parallelo) collegio dei *decemviri stlitibus iudicandis*: tale magistratura, si legge nel passo, è stata creata per presiedere ai giudizi dell'*hasta*, simbolo per antonomasia del collegio centumvirale¹⁶⁴: ebbene, sulla scorta dei recenti studi condotti dal Gagliardi si è suffragata la tesi che il consesso in parola sia sorto poco dopo il 242 d.C., quindi all'incirca nel periodo di mutamento del numero della tribù, e in linea, pertanto, con la testimonianza festina relativa ai *centumviri*.

Più anodina la terza fonte che si occupa della genesi del collegio centumvirale, consistente in un brano gelliano:

Gell. 16.10.8: Sed enim cum 'proletarii' et 'adsidui' et 'sanates' et 'vades' et 'subvades' et 'viginti quinque asses' et 'taliones' furtorumque quaestio 'cum lance et licio' evanuerint omnisque illa duodecim tabularum

¹⁶² Paul.-Fest. voce *Centumviralia Iudicia* (Lindsay, 47).

¹⁶³ Cfr. L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 100; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 146.

¹⁶⁴ V. Gai 4.16: ... *festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.*

antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit, studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum vocumque earum, quibus utimur.

Si è preteso di dedurre dal lacerto surriportato l'attestazione di una collocazione cronologica del consesso centumvirale al tempo della *lex Aebutia*: l'esegesi del passo, tuttavia, pur se da condurre alla luce delle precedenti attestazioni, mi pare che comunque non possa deporre a favore della tesi ipotizzata: anzi, sembra proprio contrastarla. Gellio, infatti, descrive il progressivo esaurirsi di antichissimi istituti presenti nelle XII Tavole, tra cui annovera le *legis actiones*, l'antichissimo processo quiritario: ed anzi, l'obsolescenza di quest'ultimo *modus iudicandi* – in favore, come noto, del processo formulare – sarebbe stata totale, se non fosse per la sopravvivenza ad esso garantita dai giudizi condotti dinanzi ai centumviri, i quali – come si vedrà – possono essere aditi esclusivamente con una *legis actio sacramento*¹⁶⁵. Ebbene, nulla lascia intendere che il collegio in parola sia sorto proprio al tramonto della procedura azionale più antica, mentre al contrario tutto lascia supporre che esso già esistesse allorché venne emanata la legge Ebutia.

Se queste sono le fonti cui è dato attingere – alle quali va aggiunto un inciso di Dionigi di Alicarnasso¹⁶⁶, che invece, seppur ancora fragilmente, proverebbe un'origine arcaica del consiglio giudicante – molteplici sono state le interpretazioni e le supposizioni avanzate in dottrina.

Non pochi autori, infatti, si sono orientati per collocare cronologicamente il collegio intorno al 241 a.C. (sulla scorta essenzialmente dei riferimenti festino, pomponiano e gelliano, che paiono concordare per una datazione intorno alle metà del III sec. a.C.) a cominciare da Siccama¹⁶⁷ che per primo tra i moderni si occupò del problema e ritenne, pure, di liquidarlo velocemente, inconsapevole, tuttavia, delle lunghissime discussioni che ancora avrebbero interessato i testi in analisi.

Infatti la dottrina settecentesca e ottocentesca teorizzò una nascita in periodo arcaico o per opera (addirittura) di Romolo¹⁶⁸ o come trasformazione dell'antico senato¹⁶⁹, non a caso istituito nel numero di cento componenti, e collegando il

¹⁶⁵ Così anche G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*. II, cit., 244.

¹⁶⁶ Dion. Hal. 4.25.2

¹⁶⁷ S.T. SICCAMA, *De iudicio centumviralium libri II*, 1596. Leggo la ricostruzione dell'autore in L. GAGLIARDI, *Decemviri*, cit., 101, che, alla nota 5, ricorda come lo studioso fosse debitore di precedenti scrittori, tra cui A. Augustinus, che nel 1538 aveva redatto la voce *Aebutia* per l'opera *De legibus et senatus consultis*, edita a Roma, adottando, tuttavia, toni molto più dubitativi: invero lo scrittore si limitava solo a ipotizzare che la legge Ebutia avesse creato i *centumviri*, e ciò faceva ancorandosi al testo gelliano, di cui però già ho messo in luce l'ambiguità.

¹⁶⁸ F.D. SANIO, *Varroniana in den Schriften der romischen Juristen. Das Fragment des Pomponius 'de origine iuris'*, Leipzig, 1867, 121 ss.

¹⁶⁹ J.E. KUNTZE, *Excuse uber romisches Rechts*, Leipzig, 1869, 95.

resoconto di Festo ad una mutazione del collegio, cagionato dal cambiamento del numero delle tribù¹⁷⁰.

Sulla stessa scia, ma con collocazione temporale differente, si orientano anche Bethmann-Hollweg¹⁷¹ e Zumpt¹⁷², che fanno risalire la sua emersione alla legislazione di Servio Tullio, il primo, e alla compilazione decemvirale, il secondo.

Fu Mommsen¹⁷³ a recuperare l'idea di una più recente istituzione, avvalendosi ancora una volta della voce *festina*, e aprendo una lunga stagione di conformità al suo pensiero grazie anche all'opera di Wlassak¹⁷⁴. Il processualista austriaco, dapprima, sostenne che l'origine dei centumviri risalirebbe al terzo secolo a.C., per poi correggere la sua tesi e annetterne la genesi all'emanazione della *lex Aebutia* (dall'autore fatta risalire alla seconda metà del II sec. a.C.), in connessione con l'istituzione delle *quaestiones perpetuae*¹⁷⁵. Suggerisce lo studioso che molteplici sarebbero le analogie tra i giudizi centumvirali e quelli criminali-popolari: innanzitutto, entrambi si sarebbero svolti con il sistema del *sacramentum*, come testimonierebbe l'utilizzo di tale modalità introduttiva dell'azione dinanzi alla commissione della *quaestio de repetundis*, istituita nel 149 a.C.¹⁷⁶; poi, l'usualità con cui ci si riferisce alla *querela inofficiosi testamenti* – la quale è di competenza esclusiva del consesso centumvirale – nei termini di *quaestio inofficiosi*, termine tecnico del processo criminale per *quaestiones*.

In parziale disaccordo si pone la riflessione della Bozza¹⁷⁷ che, correlando la nascita del collegio al pieno affermarsi della libertà testamentaria, pone come termine la fine del terzo secolo a.C.; per il Luzzatto, invece, il tribunale centumvirale, stante il nesso con il sistema tributo ma anche la presenza (esclusiva) dell'*agere sacramento* e non (ad esempio) della *legis actio per condictionem*, dovè essere creato (forse per via legislativa) dopo l'istituzione dei comizi tributi ma alquanto prima della *lex Aebutia*, e quindi alla fine del IV o al principio del III sec. a.C.¹⁷⁸.

¹⁷⁰ Teoria sostenuta da O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionem*, Berlin, 1872, 247 ss.

¹⁷¹ M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der romische Civilprozess*, I, Bonn, 1864, 57 ss.

¹⁷² K.G. ZUMPT, *Ueber Ursprung, Form und Bedeutung des Centumviralgerichts*, Berlino, 1837-1838, 129 ss.

¹⁷³ T. MOMMSEN, *Disegno del diritto pubblico romano*, trad. it., Milano, 1893, 292. In verità, come ricorda L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 104, il grande maestro tedesco ha *in parte qua* valorizzato talune suggestioni sviluppate dall'Huscke e riprese dal Kreller.

¹⁷⁴ M. WLASSAK, *Romische Prozessgesetze*, I, Leipzig, 1888, 58 ss.

¹⁷⁵ M. WLASSAK, voce 'Centumviri', cit., coll. 1935 ss.

¹⁷⁶ V. M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 3.

¹⁷⁷ F. BOZZA, *Sulla competenza dei 'centumviri'*, Napoli, 1928, 1 ss.

¹⁷⁸ V. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*. II, cit., 246 s.

Tuttavia, in seguito tornò a riemergere un orientamento più arcaista. Esponenti di tale corrente furono La Rosa¹⁷⁹, Kunkel¹⁸⁰, e Kelly¹⁸¹, ma ancora una volta la discussione non si poté ritenere sopita e, da Behrends¹⁸² in poi, sono invalsi nuovamente gli orientamenti più recenti¹⁸³, propendendo per una collocazione cronologica in linea con il frammento di Festo e quindi a metà del terzo secolo a.C.

In realtà dalle fonti a nostra disposizione non possiamo ricavare dati certi per sostenere una tesi o l'altra e di conseguenza il pendolo continuerà ad oscillare. Tuttavia, come la più avveduta letteratura ha sottolineato, alcune ipotesi paiono più probabili di altre se messe in correlazione con i compiti affidati a questo collegio e con la ricostruzione dei motivi che hanno condotto alla sua nascita. Ritengo anch'io corretta questa metodologia, che potrebbe condurre a lumeggiare le ragioni alla base della particolarità di quest'organo e del ruolo che ha svolto nello sviluppo del concetto di inofficiosità del testamento e nella apposizione dello strumento sanzionatorio.

5.2. Funzioni e competenza del collegio centumvirale.

I centumviri svolgono un'attività essenzialmente giudiziaria e nella loro competenza rientra sicuramente (e forse solamente) la materia ereditaria¹⁸⁴. Nella monografia che dedica al tema, Lorenzo Gagliardi – come già prima di lui Francesca Bozza¹⁸⁵ – affronta l'argomento suddividendo l'analisi in due momenti temporali, prima dell'emanazione delle *leges Iuliae*, con cui Augusto ha abrogato il sistema processuale delle *legis actiones*, e dopo di esse.

Per il periodo anteriore, la competenza dei *centumviri* in ambito successorio è solidamente tramandata¹⁸⁶ e, causa una totale assenza di riferimenti al *iudex*

¹⁷⁹ F. LA ROSA, 'Decemviri' e 'centumviri', in *Labeo*, IV, 1958, 14 ss.

¹⁸⁰ W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung del romischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, Monaco, 1962, 115 ss.

¹⁸¹ J.M. KELLY, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976, 19 ss.

¹⁸² O. BEHRENDTS, *Die römischen Geschworenengerichtsverfassung*, Göttingen, 1970, 104 ss.

¹⁸³ Cfr. L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 99 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 144 ss.

¹⁸⁴ V. L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti*, cit., 350 ss.

¹⁸⁵ V. F. BOZZA, *Sulla competenza*, cit., 21 ss.

¹⁸⁶ Il Gagliardi si basa sulle testimonianze ciceroniane: la prima di esse è tratta da Cic. *leg. agr.* 2.16.44, in cui l'oratore rimbrotta gli astanti, chiedendosi come possano essere i *decemviri agris assignandi* (collegio di soli 10 componenti) a decidere sulla vocazione del popolo romano quale erede del regno d'Egitto, vocazione effettuata testamentariamente dal re Alessandro, quando invece per le eredità private il consesso giudicante è formato da non meno di 100 membri. Ancora, l'autore milanese fa leva su Cic. *orat.* 1.38.175 (cui va annesso il parallelo brano di Val. Max. 7.7.1) sul militare che, creduto morto, è stato diseredato dal padre e, una volta tornato a casa e appresa la

notizia del decesso del genitore, ha dovuto incardinare un giudizio centumvirale per ottenere l'eredità paterna, nel frattempo accettata dagli eredi estranei istituiti nel testamento del *de cuius*; Cic. *orat.* 1.39.176, ove viene ricordata un'acerrima contesta scoppiata tra Marcelli e Claudii per l'eredità del figlio di un liberto, dagli uni rivendicata *iure stirpis*, dagli altri *iure gentilitatis*; Cic. *orat.* 1.39.177, concernente l'eredità di uno straniero, residente a Roma, morto intestato; Cic. *orat.* 1.39.180, passo che si occupa della notissima *causa Curiana*, salita agli onori delle cronache perché discussa dai due più importanti oratori del tempo, ossia Q. Mucio Scevola e Licinio Crasso. Per parte sua, poi, il Gagliardi aggiunge pure Cic. *orat.* 1.40.183, causa devoluta ai *centumviri* (a mente del successivo Cic. *orat.* 1.56.238) volta a determinare i diritti ereditari di un figlio di secondo letto di un *civis*, chiamato all'eredità quand'ancora la prima moglie non aveva ricevuto la comunicazione ufficiale di divorzio. Ausilio a tali fattispecie – e quindi suffragio alla teoria esposta – viene tratto anche da tre controversie, tutte incardinate sicuramente dinanzi ai *centumviri*, a noi note grazie a Valerio Massimo: di Val. Max. 7.7.1. già si è dato conto, e ora è d'uopo aggiungere Val. Max. 7.7.2 (su cui ampiamente si discuterà più avanti), 7.8.1 e 7.8.4. Il Gagliardi, il cui pensiero mi sembra pienamente condivisibile alla luce delle risultanze letterarie, conclude asserendo che, quindi, la competenza centumvirale in materia successoria per il periodo anteriore al 17 a.C. «è attestata e certa. Le fonti che ne parlano, riportando anche vari esempi concreti, sono, come abbiamo visto, numerose e riguardano tanto casi di controversie *ab intestato*, quanto casi di controversie testamentarie». Cfr. L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 123.

unus in siffatta categoria di controversie¹⁸⁷, probabilmente di carattere esclusivo¹⁸⁸. Da questa iniziale considerazione ricava che tutti i passi afferenti a questioni di

¹⁸⁷ L'unico testo che potrebbe porre in dubbio questa asserzione è tradizionalmente individuato in un cenno di Pomponio, tratto dal diciottesimo commentario ad *Quintum Mucium* del giurista, serbato in D. 40.7.29.1, ove viene riprodotta proprio un'opinione dell'insigne giureconsulto repubblicano: *Quintus Mucius scribit: pater familias in testamento scripserat «si Andronicus servus meus heredi meo dederit decem, liber esto». deinde de his bonis coeperat controversia esse: qui se lege heredem aiebat esse, is eam hereditatem ad se pertinere dicebat, alter, qui hereditatem possidebat, aiebat testamento se heredem esse. secundum eum sententia dicta erat, qui testamento aiebat se heredem esse. deinde Andronicus quaerebat, si ipsi viginti dedisset, quoniam secundum eum sententia dicta est, futurusne esset liber an nihil videatur sententia, qua vicit, ad eam rem valere? quapropter si viginti heredi scripto dedisset et res contra possessorem iudicata esset, illum in servitute fore. Labeo hoc, quod Quintus Mucius scribit, ita putat verum esse, si re vera lege ab intestato heres fuit is qui vicit: nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus heres ex testamento, nihilo minus eum paruisse conditioni ei dando et liberum fore. sed verissimum est, quod et Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur: non interesse, quo genere quisque dominus eius fieret et ideo hunc quoque ea lege contineri, secundum quem sententia dicta est, et liberum futurum eum, qui ei dedisset pecuniam. hunc autem, id est possessorem hereditatis, cui data esset summa, si victus esset hereditatis petitione, cum ceteris hanc quoque pecuniam victori restituere debere. In particolare, il tratto *nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus heres ex testamento* (che nel testo ho sottolineato con il carattere tondo) ha fatto pensare a una competenza concorrente del *iudex unus* in ambito ereditario: di questo si è persuaso, tra gli altri, M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I, cit., 201 ss., ma il suo pensiero non è condivisibile. Dapprima J.M. KELLY, *Studies*, cit., 16 si è opposto a tale lettura, sostenendo che Quinto Mucio non si stesse riferendo al giudice privato, bensì a uno dei giudici del collegio centumvirale, che si sarebbe fatto corrompere (così l'autore: «no more can be got out of the text than the idea that the party has been defeated through the wrongdoing of a judge, not of the judge»). Più oltre si è spinto L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 125, il quale, valorizzando il fatto che l'*iniuria iudicis* compare accanto alla menzione dell'opinione di Labeone e non già di Quinto Mucio, afferma che la parte ove si riferisce del *iudex unus* non sarebbe da ascrivere – cronologicamente – al periodo anteriore alle *leges Iuliae*, bensì a quello posteriore (cioè al tempo labeoniano), quando però è certo che il collegio centumvirale concorresse in materia ereditaria (salvo che per la *querela inofficiosi testamenti*) con il giudice uno del processo formulare (ma anche con il giudice della *cognitio extra ordinem*). Di talché, scrive Gagliardi, è probabile che «Mucio parlasse di (o si riferisse a) una sentenza emessa dai *centumviri*, allora unico organo competente in materia. Labeone, che scrive un secolo dopo, esamina probabilmente la medesima fattispecie, ma alla luce delle nuove leggi in materia di procedura e ritiene (o ipotizza) che il caso in esame sia deciso da un *iudex unus*. Poiché la corruzione era assai diffusa tra i *iudices uni*, Labeone si pone il problema dell'opponibilità al terzo della sentenza emessa da un giudice parziale». Sul testo, più in generale, si è occupata la dottrina che ha ragionato sul tema del *litem suam facere* da parte del giudice, su cui v. anzitutto R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano, 2004, 329, nt. 116, con ampio ragguaglio bibliografico, cui adde A. SALOMONE, 'Iniuria iudicis' tra assistenza nella lite, assunzione del giudizio ed appello del terzo, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 832 ss. e M. FUENTESECA, *El enigmático signicado de 'litem suam facere'*, in *IURA*, LXIII, 2015, 29 ss.*

¹⁸⁸ Così L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 123 ss.; F. BOZZA, *Sulla competenza*, cit., *passim.*; *contra*, invece, nutrita letteratura, ma più datata, tra cui si annoverano Bethmann-Holwegg, Chénon, Wlassak, Luzzatto e Kaser: per ogni riferimento rimando a L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 115 e nt. 8. Peraltro bisogna intendersi sul senso da attribuire al concetto di esclusività: esso infatti è passibile di una duplice declinazione, a seconda che si intenda esclusività nel senso che i *centumviri* erano l'unico organo giudicante nella materia ereditaria (posizione che è discussa nel testo e che è

contenuto ereditario, pur se non riferiti esplicitamente ai *centumviri*, dovevano comunque essere stati da loro giudicati e pertanto «le fonti che direttamente espongono quale procedura veniva adottata nei processi ereditari, indirettamente illustrano quale fosse la procedura seguita nei processi centumvirali¹⁸⁹».

La prima testimonianza utile è, dunque, escerpita dalle Verrine di Cicerone:

Cic. in Verr. II 1.45.115: Si quis testamento se heredem esse arbitraretur quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret et ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, iure et maiores nostri et nos semper usi sumus¹⁹⁰.

L'Arpinate afferma come, per agire in giudizio onde far valere il proprio titolo ereditario, l'azione da utilizzare fosse la *legis actio (sacramento) in rem*; dunque il sistema giudiziario era l'antico processo quiritario. In alternativa la via di accesso al giudice poteva passare anche attraverso una *sponsio preiudicialis*¹⁹¹ e si vedrà come questa variante si rivelerà di estrema importanza nella fenomenologia dell'azione di inofficiorità testamentaria.

risolta in senso positivo, sulla scorta del pensiero di Gagliardi e della Bozza) ovvero esclusività nel senso che i *centumviri* erano competenti solo in materia ereditaria, dovendosi rigettare le ipotesi che vogliono il nostro organo deputato anche a dirimere controversie di altro contenuto, in particolare *vindicationes* reali ovvero liti di libertà e servitù. Su questo secondo aspetto, è appena il caso di rilevare che molti dissensi hanno animato il dibattito dottrinale, diviso tra chi ritiene che il collegio centumvirale fosse competente solo per la materia ereditaria (principalmente Mommsen, Bozza, Kelly, Gagliardi), chi lo reputa legittimato ad esprimersi sulle *actiones in rem* riguardanti tanto l'eredità quanto i diritti reali (principalmente Kunkel, Biscardi, de Francisci, Behrends), e chi invece allarga fino alle liti di libertà (principalmente Schneider, Wlassak e Jörs). Marginale è invece rimasta un'ulteriore teoria, secondo cui i *centumviri* avrebbero giudicato di tutte le materie di *ius civile* (ipotesi avanzata da Zepernick e Heffter). Non è mia intenzione, qui, occuparmi del tema, che – ai fini di questa ricerca – può dirsi trascurabile, per cui mi limito a un rinvio a L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 164 ss., evidenziando che per l'autore i *centumviri* non erano competenti né per le *vindicationes* reali né per le cause di libertà, «salvo che esse non fossero state pregiudiziali, o comunque connesse con una controversia ereditaria» (p. 196).

¹⁸⁹ L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 128.

¹⁹⁰ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, 202 accosta a questo testo Cic. *leg. agr. 2.17.44: Primum cur <de> populi Romani hereditate xviri iudicent, cum vos volueritis de privatis hereditatibus viros iudicare?* Interessante il principio che ne trae, nascosto in una sorta di *obiter dictum*: per l'autore infatti il riferimento alla volontà del popolo che avrebbe disposto che delle eredità private si occupassero i *centumviri* non potrebbe che essere stata manifestata «evidentemente con legge, poiché questa era la forma in cui la volontà popolare si esprimeva». Per Pugliese dunque, a quanto pare capire, non sarebbe impossibile che il collegio dei *centumviri* fosse stata introdotto tramite *lex publica*: vi è però da controbattere che nessuna menzione abbiamo a tal riguardo, né a ciò può fungere da puntello la fantomatica *lex Glitia*, come già *retro* si è cercato di illustrare.

¹⁹¹ Cfr. B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, 1987, Torino, 90 ss.

Nessun riferimento, invece, alla *formula*, sebbene al tempo di Cicerone essa fosse già la forma processuale predominante: un addentellato in tal senso non potrebbe essere rinvenuto nel riferimento allo *sponsio*, che secondo taluni lascerebbe presumere una contrapposizione tra una più vecchia procedura, spendibile con il *lege agere* dinanzi ai *centumviri* ed una più nuova, *per sponsionem* e con applicazione della *formula*¹⁹², poiché da un lato la *sponsio*, quale strumento per mutare un'azione reale in personale, può ben essere perseguita con una *legis actio sacramento in personam*, mentre, dall'altro lato, va evidenziata «l'importanza della frase conclusiva *maiores nostri et nos semper usi sumus*, dalla quale si ricava che la possibilità di ricorrere a questa *sponsio praeiudicialis* per la materia ereditaria, risaliva a tempi assai antichi. Ciò impedisce di pensare che la *sponsio* fosse in questo caso lo strumento del processo formulare»¹⁹³.

A tale testimonianza vanno aggiunti due passi tratti dalle *Institutiones* gaiane in cui il giurista antoniniano fugge ogni dubbio in merito, ribadendo come la *sponsio* prelude ad un *legis actio sacramento* che a questo punto va considerata esclusiva.

Gai 4.95: *Ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus; eaque sponsio sestertium CXXV nummorum fieri solet propter legem crepereiam.*

Ciò che va sottolineato è che non si poteva prescindere dal ricorso al *sacramentum* quand'anche il *petitum* fosse la decisione del giudice circa il fatto dedotto nella *sponsio*¹⁹⁴. Davanti al collegio centumvirale si agiva (quindi) esclusivamente con le antiche *actiones* del processo quiritario e ciò era valevole non solo per il periodo anteriore alle *leges Iuliae*, ma anche, come si evince nuovamente da Gaio, per quello successivo alla formale abrogazione delle stesse tramite provvedimento autoritativo.

Gai 4.30-31: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem*

¹⁹² Cfr. M.A. VON BETHMANN-HOLWEGG, *Ueber die Kompetenz des Centumviralgerichts*, in ZSS, V, 1825, 358 ss.

¹⁹³ Così L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 131.

¹⁹⁴ Il passo è incentrato sulla previsione di una somma fissa da indicare per la *sponsio praeiudicialis*, pari a centoventicinque sesterzi: cifra che corrisponde «precisamente» a 500 assi, ossia al quantitativo pecuniario che costituiva l'oggetto del *sacramentum* nei giudizi di valore maggiore, pari o superiore a 1000 assi. V. F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, I, Roma, 1971 [rist. anast. ed. Pisa, 1886], 20.

Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus. Tantum ex duabus causis permissum est [id legis actionem facere] lege agere, damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est; sane cum ad centumuiros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum uel peregrinum; damni uero infecti nemo uult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat aduersarium suum, idque et commodius ius et plenius est.

L'antico processo connotato da tratti di inaccettabile rigidità divenne invisibile al popolo e dunque si decise di eliminarlo e sostituirlo con il più flessibile processo formulare. Furono conservati tuttavia due casi in cui la vecchia procedura si perpetuava: il *lege agere damni infecti* (anche se non si sa con quale *legis actio*¹⁹⁵: che fosse la *pignoris capio*?) e, appunto, il *lege agere* davanti ai *centumviri* (dapprima, come visto, *in rem*, di poi anche *in personam*, mercé la *sponsio praeiudicialis*¹⁹⁶)¹⁹⁷. Ben presto tuttavia il primo cadde in completa desuetudine, sostituito dalla snella procedura della *cautio damni infecti*, introdotta dal pretore¹⁹⁸: ciò non avvenne – significativamente – per il processo centumvirale, a cui era

¹⁹⁵ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano. I. Le origini*, Catania, 1980, 99.

¹⁹⁶ Rileva sul punto G. GULINA, '*Lege agere damni infecti*' e '*pignoris capio*'. *Esegesi e logica di Gai.*, 'inst.' 4.31, in *RDR*, VI, 2006, 2, nt. 6 che «si apprezza bene, in tal caso, il portato della eccezione giuliana di sopravvivenza della *legis actio*: in età classica (le pretese reali erano ormai conosciute con la *formula petitoria*) si provocava l'accertamento pregiudiziale conseguente la deduzione dell'impegno pretestuosamente costituito ricorrendo ancora al *sacramentum*, in luogo tanto dell'*actio* formulare *ex stipulatu*, quanto di una *legis actio* speciale, che nelle applicazioni ordinarie dell'*agere in rem per sponsionem* dovette, da subito o quasi, portare al superamento effettivo del *sacramentum*, anche *in personam*, nell'ambito dei giudizi reali».

¹⁹⁷ Non si può peraltro non sottolineare che del *lege agere damni infecti*, quale rimedio esperito *per certa uerba* anche dopo il 17 a.C., non fa menzione Gellio nel già ricordato testo delle *Notti Attiche* 16.10.8, ove la sopravvivenza dell'antico rito è limitata al solo giudizio centumvirale.

¹⁹⁸ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 99.

ammesso accedere litigando solo *per certa verba*¹⁹⁹, dopo una prima fase svolta davanti al pretore urbano o a quello peregrino²⁰⁰.

¹⁹⁹ È vero, però, che Gaio si esprime nel senso che, anche dopo i provvedimenti augustei, fu 'permesso' di agire *per legis actiones* davanti ai *centumviri*, ma non 'imposto': ... *permissum est lege agere*. Tuttavia, mi oriento nel senso di sostenere che solo al *lege agere* si poteva ricorrere per adire il tribunale centumvirale a mente del successivo (ma, nella mia trattazione, precedente) passaggio di 4.95, laddove si dice, come visto, che la *sponsio* pregiudiziale, quale modo di attivazione giudiziale di una pretesa *in rem*, risultava perseguibile esclusivamente con la *legis actio sacramento in personam*. Sarebbe quindi incomprensibile, almeno ai miei occhi, sostenere che una pretesa di carattere reale fosse attivabile tramite la formula, se si fosse agito 'direttamente', ossia tramite la *petitio hereditatis* formulare, mentre solo con il rito quiritario se si fosse adoperata la *sponsio*: è noto che per Gaio due erano le modalità attraverso le quali un soggetto poteva rivendicare la proprietà su beni non in suo possesso: ossia la *formula petitoria* e la *sponsio* pregiudiziale (v. Gai. 4.91: *Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsonem, si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur iudicatum solvi, si vero per sponsonem, illa, quae appellatur pro praede litis et vindiciarum*). Tra le due doveva esserci uniformità, quanto al rito, se si agiva davanti ai *centumviri*: invero, in questa sede Gaio stesso ne avrebbe registrato la diversità, mentre, al contrario, rimane silente.

²⁰⁰ Assai dibattuta è la ragione della presenza, nel brano gaiano, del riferimento al *praetor peregrinus*, che potrebbe destare qualche perplessità: la devoluzione al collegio centumvirale delle liti ereditarie (materia in cui contendevano i *cives*, cioè coloro che potevano essere titolari di beni) e l'utilizzo delle *legis actiones* (procedura riservata per lo più ai *cives*) per l'adizione del tribunale dei cento doveva lasciar spazio al solo pretore urbano. Le spiegazioni sono state varie: a quella tradizionale di M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I, cit., 201 ss. e II, cit., 185, nt. 5, a mente della quale la competenza del pretore peregrino si sarebbe radicata in una proroga delle sue attribuzioni dipendente dalla volontà delle parti (*cives*) in causa – resa probabilmente possibile dalla legislazione augustea –, si contrappose l'idea di F. SERRAO, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954, 120 ss. (con recensioni di G. TIBILETTI, in *Athenaeum*, XXXIII, 1955, 387 ss. e di F. BONIFICIO, in *IURA*, VI, 1955, 236 ss.): l'autore sostenne che, all'epoca delle riforme giudiziarie augustee, sarebbe venuta obliterandosi la distinzione tra i due pretori, con la conseguenza che il peregrino avrebbe potuto conoscere da allora in avanti le cause svolgentesi tra *cives*, dapprima in via eccezionale (dalla *lex Aebutia*, secondo il Serrao), di poi in modo generalizzato. Tale ipotesi è sostenuta dal rilievo che, in età repubblicana, la denominazione del pretore peregrino (in ciò seguendo il Mommsen) sarebbe stata quella di *praetor qui inter peregrinos ius dicit*, mentre in epoca imperiale avrebbe assunto la nomenclatura di *praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit*, quantomeno a partire dall'*edictum Augusti de aquaeductu Venafrano*, collocabile temporalmente tra il 17 e l'11 a.C. Ragionando, poi, su Gai 4.31, usato dall'autore come puntello della sua ipotesi, egli ne sostiene la veridicità, sottolineando come fosse probabile che «la narrazione gaiana si ricoll[egasse] ad una disposizione delle *lex Iulia iud. priv.* Al momento in cui questa veniva emanata l'intervento del pretore peregrino nelle controversie *inter cives* era un fatto ormai consolidatosi attraverso quasi un secolo». Con le riforme del 17 a.C. Augusto si trovò dinanzi al problema di regolare la fase *in iure* del processo centumvirale e di quello *per damnum infectum*, con due alternative: o adeguare la competenza a quella in vigore per il processo formulare (e quindi sposare la promiscuità) ovvero stabilire la competenza esclusiva del pretore urbano. «La prima alternativa – continua Serrao – corrispondeva allo sviluppo in atto. La legge dovette esplicitamente attribuire alternativamente ad entrambi i magistrati dell'*ordo* la competenza alle due *legis actiones*, lasciando la scelta alle parti. In tal modo restavano esclusi gli altri pretori e con essi il presidente del tribunale centumvirale, che Augusto stesso dovette istituire: il *praetor hastarius*» (p. 177). La tesi prospettata ha incontrato varie critiche: già il Bonificio, nella sua recensione dell'opera del Serrao contenuta nel volume di *Iura* del 1955, la riteneva inaccettabile, a causa dell'uso promiscuo delle due titolature del pretore peregrino nella letteratura sia repubblicana che imperiale. Inoltre, alimento alle perplessità circa la ricostruzione del Serrao provengono, ora, dal ritrovamento e dalla pubblicazione

Delineata la competenza del tribunale centumvirale – e messane in luce la particolarità ‘procedurale’ – per il periodo precedente la legislazione augustea, è necessaria qualche notazione anche per il successivo.

La competenza rimane incentrata sulla materia ereditaria²⁰¹ ma va segnalata la coesistenza della giurisdizione centumvirale con quella del *iudex unus* da una

nel 2005 del trattato tra Roma e Licia relativo al divieto di commercio di *merces illicitae*, siglato nel 46 a.C. ed inciso su tavola bronzea. Ivi compare la menzione del pretore peregrino, nella titolatura (in greco, ma che traslitterata in latino recita) *praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit*. A mente della posizione di Serrao tale nomenclatura venne introdotta solo da Augusto, e ciò quindi confligge con la risultanza delle clausole del trattato: si è supposto, quindi, di retrodatare l'introduzione della nuova formula onomastica. Per A. RAGGI, *'Praetor qui inter peregrinos et cives ius dicit' nel trattato tra Roma e i Lici (46 a.C.)*, in *'Eparcheia', autonomia e 'civitas' Romana. Studi sulla giurisdizione criminale dei governatori di provincia (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, a cura di D. Mantovani e L. Pellicchi, Pavia, 2010, 45 ss., la modifica sarebbe avvenuta nel 46 a.C. o in atti precedenti. Subito dopo si affacciò la riflessione di quei romanisti, come G. NICOSIA, *Dalla creazione di un secondo pretore giurisdicente alla progressiva autonomizzazione della 'iurisdictio peregrina'*. *Corso di diritto romano*, Catania, 1994-1995, e ora in *Silloge. Scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998, 679 ss., che reputano verosimile che fin dall'inizio l'ordinamento avesse riconosciuto al pretore peregrino la competenza a *ius dicere* tra *cives*, almeno in determinati casi individuati da leggi o dal suo proprio editto magistratuale: nel corso del tempo la delimitazione di competenze si sarebbe fatta più ferrea, fino a sfociare in una rigida divisione con le leggi giulie; tuttavia ciò non sarebbe accaduto per le due ipotesi superstiti di utilizzo delle *legis actiones*, in cui è plausibile – secondo l'autore – che Augusto avesse lasciato in vita anche la preesistente competenza del pretore peregrino. Peraltro, sottolinea acutamente il Nicosia (p. 698), «pur dopo la formale abolizione delle *legis actiones*, si continuò ... a far ricorso all'*agere sacramento in rem* per l'attuazione della *in iure cessio* a fini negoziali. E in riferimento appunto alla *in iure cessio*, in particolare alla più frequente tra le sue applicazioni a fini negoziali, quella volta ad attuare un trasferimento di proprietà, Gaio ci attesta che la competenza a soprintendere ad essa spettava sia al *praetor urbanus* che al *praetor peregrinus*», come prova Gai 2.24. Più recentemente L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 416 ss. e anche in *I collegi giudicanti*, cit., 363 ss. ha supposto che non fossero del tutto impossibili le liti ereditarie tra Romani e stranieri (*Latini Iuniani*), così come non dovè essere improbabile l'ammissione di stranieri (muniti di *ius commercii*) alla liturgia quiritaria: di talchè «la menzione del pretore peregrino a proposito della cause centumvirali si pote[va] spiegare anche con il fatto che se la causa era tra due romani, la fase *in iure* si svolgeva davanti al pretore urbano, mentre se era tra un romano e uno straniero, aveva luogo presso il pretore peregrino» (così in L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti*, cit., 363).

²⁰¹ V. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I., cit., 210. Molteplici sono le fonti che l'attestano: v. Quint. *or.* 3.10.3; Quint. *or.* 7.4.11 e 20; Svet. *rhet.* 30.5; Sen. *contr.* 7; Plin. *Min. ep.* 5.1; Plin. *Min. ep.* 6.33. Tralasciamo per il momento il riferimento alle fonti 'giuridiche', argomento che sarà trattato successivamente: basti qui solo segnalare che la menzione dei *centumviri* compare nel Digesto solo 3 volte (una volta in Scevola, terzo libro dei *responsa*, D. 5.2.13 e due volte in Paolo, entrambe estrapolate dalle *quaestiones*, D. 5.2.17 pr. e D. 34.3.30) e nel Codice solo 2, in ambo i casi in (retrospettive) costituzioni giustiniane: v. *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* C. 3.31.12 pr. e *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* C. 6.28.4.2, entrambe dell'anno 531. Si aggiunga solo un inciso conservato nelle *Pauli Sententiae* 5.16.2, e 3 riferimenti in Gaio 4.16, 4.31 e 4.95. Come si nota, l'attenzione delle riflessioni prudenziali per il collegio centumvirale è estremamente scarsa: è un dato che la più parte del Digesto 5.2 sia composta delle opere dei tre grandi giureconsulti severiani, operanti in un'epoca in cui verosimilmente l'attività del collegio dovè andare via via spegnendosi, e che dunque minore sia stata l'occasione per questi giuristi di occuparsi di liti devolute ai *centumviri*, ma non può non sottolinearsi, in ogni caso, la grande scarsità dei riferimenti, specie tenendo conto della grande importanza che esso aveva rivestito almeno fino al primo ventennio del

parte e quella del giudice *extra ordinem* dall'altra, forse tra loro regolate – come qualcuno ha supposto – in ragione del valore della domanda dedotta in giudizio²⁰².

La presenza di un'attività giudicante del giudice privato 'formulare' in ambito successorio è restituita dall'attestazione della promessa, da parte del pretore, della dazione di una *formula iudicii*²⁰³ per la *hereditatis vindicatio*²⁰⁴ nonché (per taluni) dalla menzione del *iudex* in vari passi del Digesto²⁰⁵.

A fronte di questi dati si sono sviluppate molteplici interpretazioni.

Il sec. d.C. (ne sono riprova il l'epistola di Plinio il Giovane 6.12.2, ove il notissimo avvocato qualifica i *centumviri* come la sua *harena*, e un frammento di Tacito, tratto dal *Dialogus de oratoribus* 38.2, in cui lo storico rileva che le cause dinanzi al predetto consesso erano, in tarda età repubblicana, così splendenti da oscurare ogni altro giudizio, e che ancora al suo tempo erano le principali). Si potrebbe tuttavia obiettare che, a causa del venir meno del collegio alla fine dell'età severiana, i compilatori abbiano eliminato dai frammenti dei giuristi raccolti per la realizzazione delle Pandette ogni riferimento ai *centumviri* (interpolando quindi i relativi passi, con l'emendazione rappresentata dalla sostituzione dell'allusione ai *centumviri* con quella al *iudex unus*): ma a ciò sarebbe semplice obiettare che delle menzioni sono pur sempre sopravvissute, cosicché sarebbe altresì necessario dolersi di una certa imperizia nei compilatori: imperizia che mi sentirei di scartare, specie perché 2 dei tre passi del Digesto 'incriminati' sono confluiti nel medesimo titolo, l'unico che – peraltro – poteva astrattamente contenere la menzione del collegio dei cento uomini.

²⁰² Cosicché ai *centumviri* fossero devolute solo le cause di maggior valore, forse 100.000 sesterzi come ipotizza O. LENEL, *Das 'edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927, 525 ss. Nega questa possibilità L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti*, cit., 351, nt. 38 (e prima in ID., *'Decemviri'*, cit., 326 ss.): l'opinione è stata poi condivisa da M. VARVARO, *Una congettura sull'applicazione del 'praeiudicium quanta dos sit'*, in *AUPA*, L, 2005, 271 ss. e in particolare 280.

²⁰³ L'espressione è la più corretta secondo D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, 15 s. secondo cui «*formula*, nel linguaggio giuridico romano, nonostante sia termine usato volentieri da antichi e moderni in senso ristretto, non si riferisce soltanto alle azioni, ossia al programma di giudizio, bensì a tutti i rimedi processuali. È di volta in volta il sostantivo che l'accompagna (o che dobbiamo sottintender) a chiarire di quale rimedio si tratti. Abbiamo così la *formula iudicii*, appunto il programma di giudizio (sinonimo, anche se non sovrapponibile, ad *actio* e *iudicium*). Accanto a essa le fonti parlano di *formula praeiudicialis*, *formula stipulationis*, *formula interdicti*. *Formula* nel senso di programma di giudizio (*actio*, *iudicium*) è perciò un'ellissi di *formula iudicii*».

²⁰⁴ Sulle cui caratteristiche v. R. QUADRATO, voce *Petizione di eredità (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1983, 608 ss.; S. DI PAOLA, *Saggi in materia di 'hereditatis petitio'*, Milano, 1954, *passim*; G. LONGO, *L' 'hereditatis petitio'*, Padova, 1933, *passim*. Sulla formula della petizione di eredità v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I., cit., 210. Essa doveva essere press'a poco questa: *C. Aquilius iudex esto. Si paret hereditatem P. Maevii ex iure Quiritium A. Agerii esse neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito*. V. D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 39. Nota era pure una formula per la rivendica di una parte soltanto dell'eredità, nel qual caso «l'*intentio* sarà stata così modificata: '*S. p. hereditatem q.d.a. pro quadrante* [nel caso di rivendica di 1/4] ...' Se la quota era incerta il tenore dell'*intentio* sarà stato: '*Quantam partem paret in ea hereditate q. d. a. Agerii esse e. i. Q. ...*'». Ho conservato, nella trascrizione del testo, il rapporto tondo/corsivo voluto dall'autore che, nell'introduzione, specifica che «il diverso carattere impiegato nella stampa indica visivamente i limiti di attendibilità delle varie ricostruzioni: il carattere tondo è riservato alle parole la cui presenza nelle *formulae* è attestata con certezza; il carattere corsivo a quelle la cui presenza è verosimile» (p. 24).

²⁰⁵ V. L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 222.

Per Wlassak²⁰⁶ sussisteva una perfetta alternatività tra i vari organi giudicanti, ma tale idea è la necessaria conseguenza del pensiero del processualista austriaco che negava, anche per il periodo precedente al 17 a.C., l'esclusività della competenza dei *centumviri*.

Di differente opinione la Bozza²⁰⁷ che, invece, propende per un ininterrotto difetto di giurisdizione del *iudex unus* privato per le cause ereditarie civili. Come armonizzare però i riferimenti al giudice privato e soprattutto il ricordo della formula?

Quanto ai primi, essi, per la studiosa, sono da limitare ad un momento cronologicamente e logicamente successivo a quello della pronuncia centumvirale chiamata a statuire quale dei due *sacramenta* fosse giusto e quale ingiusto e, indirettamente, statuendo sull'appartenenza dell'eredità. Se infatti il soccombente avesse spontaneamente restituito i beni in contesa non sarebbe sorto alcun problema; qualora, invece, non avesse ottemperato all'ordine giudiziale, si sarebbe resa necessaria una valutazione della causa tramite *arbitrium litis aestimandae* da attuarsi presso il giudice unico dell'*ordo iudiciorum privatorum*.

Risolto il dubbio palesato dai riferimenti al *iudex*, rimane la problematica legata alla menzione della formula per la *vindicatio hereditatis*. L'autrice asserisce che ogni fonte utilizzata per sostenerne l'esistenza è tratta dal commento all'editto provinciale, segno della legittimità di tale procedura nelle provincie ma non necessariamente a Roma.

Marrone²⁰⁸, in assonanza sia con Wlassak che con la Bozza, ipotizza che ci fosse una competenza esclusiva dei *centumviri* ma che il pretore dopo avere introdotto la formula abbia concesso anche al giudice privato di conoscere le controversie successorie.

Una categoria di liti, tuttavia, non sarà mai giudicata dal giudice uno, come anche recentemente condiviso da Lorenzo Gagliardi²⁰⁹: la *querela inofficiosi testamenti* rimarrà appannaggio del prestigioso consesso dei *centumviri*, mentre non giungerà mai alla giurisdizione del giudice uno dell'*ordo iudiciorum privatorum*, tant'è che il Pugliese è giunto a definire, oltre che praticamente, «anche teoricamente inconcepibile»²¹⁰ una '*querela formulare*'.

²⁰⁶ M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, cit., 206 ss.

²⁰⁷ F. BOZZA, *Sulla competenza*, cit., 47 ss.

²⁰⁸ M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 40 s.

²⁰⁹ Cfr. L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 227; ne sono convinti anche F. EISELE, *Zur 'querela inofficiosi testamenti'*, cit., 256 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo formulare. I. Introduzione- Nozioni fondamentali-I soggetti del processo*, Torino, 1948, 240; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 708, nt. 18; M. MARRONE, '*Querela inofficiosi testamenti*', cit., *passim*; E. RENIER, *Étude*, cit., 279 ss.

²¹⁰ Così G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I.*, cit., 210, nt. 174.

Nel I sec. a.C. peraltro il tribunale centumvirale si rinnovò: esso, infatti, subì un ampliamento, fino a raggiungere i 180 componenti, e fu suddiviso in quattro sezioni, ciascuna (forse) presieduta da uno dei *decemviri stlitibus iudicandis*, mentre, «solo in casi eccezionali, una questione, ritenuta di particolare importanza, era decisa dall'intero collegio riunito, sotto la presidenza del pretore astario»²¹¹ e «per decisione di quest'ultimo», secondo quello che viene definito il *quadruplex iudicium*²¹².

A poco a poco, tuttavia, a partire da estemporanei interventi augustei²¹³, prende piede la facoltà per i querelanti di rivolgersi al *princeps*: molteplici sono le

²¹¹ Sulla figura del pretore astario si è più volte soffermato Giovanni Gulina, in nutriti contributi che in varia maniera toccano l'istituto della *querela inofficiosi testamenti*: v. G. GULINA, *'Lege agere damni infecti'*, cit., 18 ss.; ID., *La 'querela inofficiosi testamenti'*, cit., 261 ss.; ID., *Ancora sulla testimonianza*, cit., 555 ss.; ID., *Il pretore*, cit., 233 ss. In sostanza, il Gulina suppone che in età classica la *querela* fosse esperibile o in via principale o in via incidentale: nel primo caso, la fase *in iure* si sarebbe celebrata davanti al pretore urbano o peregrino; nel secondo caso, dianzi il pretore astario; a tale conclusione giunge valorizzando soprattutto la testimonianza di Plin. *ep.* 5.9.2-5: *Sedebant iudices, decemviri venerant, obversabantur advocati, silentium longum; tandem a praetore nuntius. Dimituntur centumviri, eximitur dies me gaudente, qui umquam ita paratus sum ut non mora laeter. 3 Causa dilationis Nepos praetor, qui legibus quaerit. Proposuerat breve edictum, admonebat accusatores, admonebat reos exsecuturum se quae senatus consulto continerentur. 4 Suberat edicto senatus consultum: hoc omnes qui quid negotii haberent iurare prius quam agerent iuebantur, nihil sc ob advocatorem cuiquam dedisse promississe cavisse. His enim verbis ac mille praeterea et venire advocatones et emi vetabantur; peractis tamen negotiis permittebatur pecuniam dumtaxat decem milium dare. 5 Hoc facto Nepotis commotus praetor qui centumviralibus praesidet, deliberaturus an sequeretur exemplum, inopinatum nobis otium dedit.* Il pretore Licinio Nepote, che presiedeva una *quaestio perpetua* (per L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti*, cit., 360, forse la *quaestio de repetundis*), aveva emanato un editto, disponendo l'applicazione, nel suo tribunale, di un senatoconsulto, forse il Claudiano del 47 d.C., che imponeva alle parti di giurare di non aver corrisposto denaro ai propri difensori quale retribuzione per l'attività di patrocinio. Plinio riferisce che, in conseguenza dell'editto di Licinio Nepote, il pretore astario, durante un processo centumvirale, aveva disposto la sospensione del dibattimento, al fine di comprendere se il senatoconsulto evocato dal collega dovesse trovare applicazione anche nella causa che si stava discutendo dinanzi a lui. Per il Gulina, il momento processuale in cui il pretore astario si pone il problema del giuramento della parti non poteva che essere quello della fase *in iure*, segno che dunque egli aveva una qualche competenza in materia d'inofficisità o comunque attinente al giudizio davanti al tribunale centumvirale. Mi sento, tuttavia, di concordare con L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti*, cit., 360 s., il quale afferma che, sebbene l'argomentazione dello studioso sia «originale e stimolante», essa «va a confliggere con la statuizione di Gai 4.31, che sembra essere stata espressa dal giurista antoniniano appositamente allo scopo di affermare in modo chiaro – evitando ogni possibilità di confusione per i discenti – che la fase *in iure* dei processi centumvirali aveva luogo dinnanzi ai pretori urbano e peregrino e non dinnanzi all'astario, che per il resto invece sovrintendeva proprio a tali processi». Ne consegue che il lacerto pliniano andrebbe interpretato nel senso che «il pretore astario fosse il magistrato effettivamente competente a emanare l'editto che eventualmente imponesse alle parti il giuramento nella fase *in iure* dei processi centumvirali. Tuttavia, tale giuramento – qualora fosse stato reso obbligatorio – avrebbe avuto luogo presso i pretori urbano e peregrino, titolari della fase *in iure* di tali processi».

²¹² Cfr. L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti*, cit., 358.

²¹³ V. Val. Max. 7.7.3 e 7.7.4.

attestazioni relative ad un esperimento fuori dall'ambito dell'*ordo* di *querelae inofficiosi testamenti*²¹⁴, aspetto, codesto, su cui si ritornerà.

Risale a un periodo tra Vespasiano e Antonino Pio, in ogni caso, l'istituzione di un organo giudicante *extra ordinem*, noto con il nome di *septemviri*, che dovette occuparsi di *querela inofficiosi testamenti*, forse in sede d'appello²¹⁵.

²¹⁴ Un'indicazione in M. MARRONE, 'Querela inofficiosi testamenti', cit., 67 ss.

²¹⁵ Il collegio dei *septemviri* rappresenta tuttora un mistero. Ciò è essenzialmente dovuto alla carenza di fonti che trattano della sua esistenza e della sua competenza, riducendosi il nostro patrimonio conoscitivo all'*Index Florentinus*, nonché alle *inscriptiones* di tre passaggi di Paolo estrapolati dal *liber singularis de septemviralibus iudiciis* (D. 5.2.7: *Quemadmodum praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus. et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit: is si comminatus tantum accusationem fuerit vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit, ad heredem suum accusationem transmittet: idque divus Pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit. quid ergo si in potestate non fuerit, an ad heredem actionem transmittat? et recte videtur litem praeparasse, si ea fecerit quorum supra mentionem habuimus*; D. 5.2.28: *Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. Hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*; D. 5.2.31: *pr. Si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est. Et placuit posse, ut fiat successioni locus. 1. Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentum querellam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus ex liberis an extraneis vel municipibus. 2. Si heres extiterit ei, qui eo testamento institutus est quod de inofficioso arguere volo, non mihi nocebit, maxime si eam portionem non possideam vel iure suo possideam. 3. Diversum dicemus, si legaverit mihi eam rem, quam quis ex eo testamento acceperat: nam si eam adgnoscam, repellar ab accusatione. 4. Quid ergo si alias voluntatem testatoris probaverim? Puta in testamento adscriperim post mortem patris consentire me? Repellendus sum ab accusatione*). Da ultimo si è interessato dell'argomento l'Arcaria che, attraverso una rilettura dei passi indicati, unitamente alla valutazione di attestazioni sia di carattere giuridico sia di impronta letteraria, ha proposto una collocazione temporale nuova del collegio, nonché una sua funzione particolare nell'ambito dell'attività giudicante *extra ordinem* in merito alla questione di inofficiosità. L'autore prende le mosse da una rassegna della dottrina sul punto rigettando le tesi di coloro (Mommsen e Haloander su tutti) che ritenevano la dizione «*de septemviralibus iudiciis*» dovuta ad un errore ascrivibile ad un copista che ha modificato un'originale rubrica del tenore «*de centumviralibus iudiciis*», passando poi ad analizzare le differenti ricostruzioni circa la sua struttura e le sue competenze. Sulla scorta dei passi paolini asserisce che «i *septemviri* fossero un collegio giudicante *extra ordinem* in materia di inofficiosità testamentaria e ... operante unicamente a Roma» sostenendo che il riferimento ai *municipes* di D. 5.2.31 abbia natura glossematica. Individuata così la sua giurisdizione, si occupa in seguito della datazione del consesso. Non ritenendo convincente il collegamento tra l'organo in questione e la commissione giudicante istituita da Vespasiano nel 70 d.C. per alleggerire il carico di lavoro dei *Cviri*, essendo la seconda creata «in frangenti eccezionali e sulla base di necessità estemporanee» mentre il primo è connotato da stabilità e durata, propone come *dies a quo* l'età degli Antonini sulla scorta di passi di Aulo Gellio e dello Pseudo Quintiliano delle *Declamationes Minores*, nonché di due frammenti di Marcello. Infatti «se si tiene presente che l'esistenza dei *septemviri* era già nota a Marcello e che tale giurista fece parte del *consilium* di Antonino Pio, redigendo la gran parte del *libri digestorum* durante i primi anni del principato dei suoi successori Marco Aurelio e Lucio Vero, risulta a mio avviso avvalorata l'idea ... che è proprio al principato di Antonino Pio che va fatta risalire l'istituzione del collegio settemvirale». Per quanto riguarda, infine, la sua collocazione nell'organizzazione giudiziaria antoniniana, rifiuta l'idea di una concorrenza con il *iudex unus*, con differente cognizione legata al valore della controversia, asserendo che il *iudex* giudicava in primo grado, mentre i *septemviri* fungevano da organo

Per l'età classica, invero, le due giurisdizioni – quella centumvirale e quella cogniziale – procedono, secondo i più, parallelamente, per poi la competenza dell'imperatore prendere il sopravvento a seguito dell'inacidimento del collegio dei *centumviri*.

5.3. *Motivi della sopravvivenza del rito quiritario.*

Resta ora da indagare, atteso quanto sopra esposto, per quale ragione sia sopravvissuto l'antico rito quiritario per i giudizi centumvirali: e la domanda, almeno per la prima scansione temporale (ossia per il periodo anteriore al 17 a.C.) coincide con questa: quale motivazione ha spinto a mantenere tale *agere* come unica via di accesso al giudice nelle cause ereditarie?

L'interrogativo formulato non è dei più semplici: invero, si sa – ed è Gaio a dircelo nel § 30 del IV Libro delle sue *Institutiones* – che le *legis actiones* non erano più confacenti, già ben prima del I sec. a.C., all'allargamento e alle mutazioni che avevano interessato sia i rapporti 'sostanziali' sia quelli 'processuali' strettamente intesi. Nota è infatti la rigidità e meccanicità del procedimento utilizzato per consentire al giudice di pronunciare una sentenza: rigidità che si rifletteva poi sugli stessi poteri del *iudex*, che nell'esercizio della sua funzione incontrava «precisi limiti ... giacché doveva attenersi strettamente ai termini della controversia, quali emergevano dai formulari recitati dalle parti *in iure*» tant'è che egli poteva solo «vagliare le affermazioni o negazioni espresse con quei formulari e scegliere tra esse, senza poterle correggere, né modificare»²¹⁶, assolvendo al mero compito di 'giudicante' e giammai di 'decidente'²¹⁷.

competente in grado di appello, ma non avverso le sentenze del suddetto *iudex*. «Si può infatti immaginare che competenti a conoscere in sede d'appello avverso le sentenze emanate dai *centumviri* fossero proprio i *septemviri*, cioè un organo giurisdicente strutturato non a caso in maniera collegiale come quello, appunto il tribunale centumvirale, le cui pronunce andava a riformare. La struttura collegiale del tribunale settemvirale non sarebbe stata infatti frutto dell'arbitrio di Antonino Pio, bensì una precisa scelta organizzativa» dettata «dall'opportunità di affidare il giudizio di secondo grado avverso delle sentenze pronunciate in primo grado da un organo collegiale ad un altro organo ugualmente collegiale». F. ARCARIA, '*Septemviralia iudicia*', cit., 51 ss. Cfr. anche M. MARRONE, voce '*Septemviri*', cit., 42; L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 350 ss e ID., *I collegi giudicanti*, cit., 352 ss.

²¹⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I, cit., 423.

²¹⁷ Distinzione assai felice che leggo – anche se riferita al rapporto tra *iudex* e giuristi nel diritto classico, ma che mi pare possa essere utile anche per il periodo precedente – in M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques des l'Antiquité*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli, 1999, 157 ss.

La risposta più soddisfacente (anche se altre possono essere le ragioni, quantomeno concomitanti) è stata avanzata dal Kelly²¹⁸, seguito sul punto dal Gagliardi, che, recuperando un tormentatissimo passo delle *Institutiones* di Gaio, ha sottolineato come solo nel processo per *legis actiones* (e poi, significativamente, solo in quello *extra ordinem*) fosse ammessa la 'condanna in forma specifica'.

Gai 4.48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat.*

L'intelligenza del frammento non è semplice come potrebbe apparire ad una prima lettura perché l'inserimento del *sed* tra *solebat* ed *aestimata* è opera dei moderni, mancando invece nella lezione del manoscritto veronese²¹⁹. L'aggiunta è resa necessaria per il corretto intendimento del testo e per una più fluente scorrevolezza, ma essa ne tradisce una sorta di precomprensione, quasi si volesse vedere nella testimonianza la conferma ad un'opinione precostituita: non tutti quindi hanno accettato la manipolazione indicata.

²¹⁸ J.M. KELLY, *Studies*, cit., 29 ss. Le altre spiegazioni articolate in dottrina non sono soddisfacenti: per P. LOTMAR, *Kritische Studien in Sachen der Contravindication*, München, 1878, 76 ss. viene in luce la circostanza che la formula – almeno alla sua nascita – è istruzione e direttiva confezionata dal pretore per il giudice, che si poneva evidentemente in una posizione di subordinazione, mentre direttive e istruzioni l'organo giurisdicente non avrebbe potuto impartire ai *centumviri*, collegio assai onorevole; per H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, 325 ss. la ragione andrebbe individuata, invece, nel carattere particolarmente prestigioso del tribunale centumvirale al quale non poteva che addirsi la sola procedura 'venerabile' delle *legis actiones*; per altri (ossia M. WLASSAK, voce '*Centumviri*', cit., *passim*, seguito da altri autori, ricordati in L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 137, nt. 60) il problema risiedeva nell'assenza di una *datio iudicis*, stante il carattere permanente del collegio centumvirale, che dal pretore non doveva mutuare alcuna *potestas decidendi*.

²¹⁹ Che resa in caratteri tipografici è:
...iu/dexnonipsamremcondemnatcumquoactumest/sicutolimfierisolebataestimatarepecuniam
um/condemnat ... Nei medesimi termini v. L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 139.

La traduzione italiana, curata da M. BALZARINI, *Le istituzioni di Gaio. Traduzione italiana*, Torino, 1998, 177 segue l'impostazione tradizionale e contiene il *sed*: essa recita: «La condanna di tutte le formule che la contengono è espressa in una somma pecuniaria. Ne consegue che, anche quando pretendiamo un bene corporale, come un fondo, uno schiavo, un vestito, dell'oro o dell'argento, il giudice non condanna il convenuto a restituire la cosa, come accadeva un tempo, ma lo condanna al suo valore pecuniario».

Va precisato, infatti, che l'interpretazione del brano è stata condotta, dalla dottrina, lungo due direttrici fondamentali²²⁰: da un parte, stanno quegli studiosi²²¹ che leggono nelle parole del giurista antonino la contrapposizione tra ciò che accadeva 'prima' (ossia nel processo quiritario) e ciò che accadeva 'dopo' (nell'agone formulare), nel primo caso essendo consentita la condanna *in ipsam rem*, nel secondo caso no (e sono costoro che propendono per la succitata sofisticazione del passo, ipotesi primariamente avanzata dal Goeschen²²²); dall'altra parte, vi è la schiera di coloro che non percepiscono alcun conflitto tra le due procedure, al punto che esse sarebbero perfettamente uniformi, secondo una supposizione rimontante a Nicolau e Collinet²²³.

Non è mia intenzione dilungarmi nello spoglio di tutti gli enunciati ermeneutici fioriti intorno a questo brano, già da altri ottimamente compendiate: mi

²²⁰ Oltre, peraltro, a un florilegio di altre interpretazioni minori, tra cui quella di G. BRINI, *Della condanna nelle 'legis actiones'*, Bologna, 1878, 1 ss., calibrata sul semplice inserimento di una virgola dopo *aestimata re*, con la conseguenza che in realtà neppure nelle *legis actiones* sarebbe stata ammessa una condanna *in ipsam rem*, ma il soccombente sarebbe stato solo *iudicatus*, con la precisazione tuttavia che in caso di controversia 'reale' la mancata restituzione spontanea avrebbe convertito il bene in denaro, e A. ROMANO, *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna pecuniaria arcaica*, Milano, 1986, 108 ss., che ritiene che la condanna sarebbe stata diversa a seconda che il bene fosse infungibile (condanna *in ipsam rem*) ovvero fungibile (condanna pecuniaria con *aestimatio*).

²²¹ Tra cui si annoverano L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 146; V. ARANGIO-RUIZ, *Romanisti e latinisti*, in *Studi di diritto e di economia in onore di F. Mancaloni*, Sassari, 1938, 15 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938, 139, nt. 19; C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano. Note critiche e spunti ricostruttivi*, Milano, 1947, 48; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 429 ss.; M. KASER - K HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 105. Per un più ampio ragguaglio bibliografico v. R. FIORI, *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 70 s., nt. 7 e M. FALCON, *'Ipsam rem condemnare' in Gai 4.48*, in *Il giudice privato*, cit., III, 527 s., nt. 16.

²²² Cfr. Gai 4.48 in F.L. GOESCHEN, *'Institutionum commentarii quattuor ex membraniis deleticiis'*, Berolini, 1842, 337.

²²³ Cfr. M. NICOLAU - P. COLLINET, *Gaius, Institutes IV, 48. La Condamnation pécuniaire sous les actions de la loi*, in *RIDA*, 1936, 751 ss. Gli autori citati hanno suggerito una differente modalità di sofisticazione del brano, proponendo di inserire il 'sed' davanti a *sicut*: esso, presente nella versione originale, era stato omessa da un malaccorto copista il quale, andando a capo, avrebbe – secondo i due studiosi – dimenticato di trascrivere la congiunzione avversativa: visto, però, che l'*aestimata* – termine davanti al quale Goeschel raccomandava di inserire il *sed* – era collocato in mezzo alla frase, la caduta del lemma non poteva che essere avvenuto ad inizio riga e quindi, guardando sempre al Veronese, davanti a *sicut*. Abbracciano la posizione dei due studiosi in parole, e quindi – in sostanza – la tesi dell'uniformità delle due procedure svariati autori, tra cui U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'*, in *ZSS*, LXVII, 1951, 358; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 233 ss.; A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Sem. Compl.*, I, 1989, 175 ss., oltre a F. BUONAMICI, *La storia*, cit., 74 s.; L. WENGER, *Institutionem des römischen Zivilprozessrecht*, München, 1925, 137, nt. 19 (tesi condivisa solo in questa edizione, tedesca, mentre in quella italiana, ricordata più su accoglie l'ipotesi tradizionale); E. LEVY, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, in *ZSS*, LIV, 1934, 604; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 117 ss.

limite ad evidenziare come la più recente dottrina dia linfa con i propri scritti alla posizione tradizionale, che intravede una contrapposizione tra l'esito dell'azione reale della liturgia quiritaria e quello dell'agone formulare.

Ancora recentemente si è sostenuto infatti che «Gaio, pur essendosi espresso in modo non del tutto preciso, volesse senz'altro opporre, nella sua spiegazione istituzionale, un regime previgente a uno successivo, formatosi come evoluzione storica del primo, e in qualche modo in opposizione a quello»²²⁴.

L'asestamento su siffatto ordine di idee, peraltro, impone di adottare una qualche modifica del testo gaiano: che una tale alterazione debba, in realtà, essere raggiunta mercé l'introduzione del *sed* (tra *solebat* ed *aestimata*) ovvero attraverso il semplice inserimento di un segno d'interpunzione²²⁵ non è qui il caso di dirimerlo, anche se più mi sembra confacente ad un approccio conservativo del brano quest'ultima via emendativa.

Se dunque codesto è lo spirito del passo, indubbiamente infelice ne è tuttavia la trasposizione lessicale: è ben noto infatti che nell'antico processo quiritario la pronuncia del giudice non aveva mai ad oggetto il bene della vita in contesa, bensì la *'iustitia'* dei *sacramenta* resi dalle parti in causa²²⁶, sicché, tutt'al più, solo indirettamente egli avrebbe potuto statuire sull'appartenenza della *res* e conseguentemente disporre l'obbligo di restituzione²²⁷.

²²⁴ M. FALCON, *'Ipsam rem condemnare'*, cit., 581.

²²⁵ Come crede sufficiente L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 146 s., che adduce tre differenti alternative: in prima battuta, suggerisce di inserire un *'.'* tra *solebat* ed *aestimata*; secondariamente, propone un *';*' da interporre tra i due termini anzidetti, per poi non dubitare, infine, che al suo posto anche un *':'* avrebbe potuto rendere il testo pienamente comprensibile. Nell'autore, peraltro, la convinzione dell'esistenza di una condanna *in ipsam rem* è così radicata da indurlo ad affermare, di contro – tra gli altri – al Burdese, che «nel processo svolto nelle forme della *legis actio sacramento in rem* non si emanava la condanna pecuniaria».

²²⁶ Il ricorso al *sacramentum* – sottolinea G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 130 s. – infatti «aveva l'effetto di trasportare la contesa sul terreno religioso e sollecitare l'intervento divino a favore di uno dei due contendenti. Ora, infatti, era la divinità che doveva decidere quale dei due contendenti avesse giurato il vero e quale fosse da considerare spergiuoro», al punto quindi che tale giudizio, proprio poiché divino, «non riguardava direttamente il merito della controversia, bensì la falsità o meno del giuramento ... ed è perciò che, anche quando il *iudicium* sarà umano, oggetto della decisione del *iudex* resterà sempre, con caratteristica sfasatura, questo punto: il *sacramentum* di quale dei due contendenti fosse *iustum* e, rispettivamente, *iniustum*».

²²⁷ In connessione a tale caratteristica strutturale si pone il problema dell'esistenza stessa di un potere del terzo, *iudex privatus*, di imporre al soggetto soccombente l'obbligo di consegna della cosa controversa, almeno da quando esso divenne un 'giudice privato', un privato cittadino non ammantato di alcun potere pubblico: forse diverso doveva essere all'origine, volendo accettare quell'ipotesi per cui il processo – monofasico – era condotto e deciso dal *rex*. Invero, le fonti – letterarie – paiono suggerire che inizialmente i soggetti privati si rivolgessero al re per la risoluzione delle reciproche vertenze: preciso è Cicerone, nel *De republica* 5.2.3, nell'informarci che i cittadini si recavano dal re perché a quel tempo non vi era alcun privato che svolgesse il compito di *iudex* o quello di *arbiter*, e altrettanto diligente è nell'evidenziare come Numa soprattutto si fosse distinto nell'esercizio del ruolo giudicante, anche se notevoli meriti vanno ascritti – sempre per l'Arpinate (*rep.* 2.21.38) – a Servio Tullio, che, mentre era ancora in vita Tarquinio Prisco, *regio ornato ius*

Mi sembra si possa concordare con Pugliese, quindi, là dove afferma che «pare ... plausibile l'ipotesi che Gaio, dicendo *ipsam rem condemnare*, non pensasse alla condanna in senso tecnico ma piuttosto all'oggetto non pecuniario della pronunzia del giudice, la quale in effetti verteva sull'*ipsa res* e rendeva lecito l'atto anche violento con cui il vincitore si volesse impossessare della cosa, mentre non comprendeva, a differenza della sentenza formulare, una *condemnatio pecuniaria*», di talché ciò su cui il giurista fermò l'attenzione «non fu la condanna, né il problema della sua esistenza o meno nelle *legis actiones* o in quella *sacramenti in rem*, bensì l'oggetto della pronunzia del giudice, pronunzia che egli, influenzato dal modello del processo formulare, macchinalmente identificava con la condanna»²²⁸: il modo di soddisfazione del vincitore si sostanziava dunque, almeno tutte le volte in cui egli non fosse stato reso assegnatario del possesso interinale del

dixisset; analogamente, Servio Tullio appare ritratto come giudice – *rectius* come il soggetto cui spetta la funzione di *reddere ius* – anche in Liv. 1.41.5, mentre per Dionigi d'Alicarnasso egli fu il 'riformatore' del processo civile fino ad allora unicamente condotto innanzi al *rex*: scrive l'Alicarnassense *in loco* 4.25.2 che Servio separò le cause pubbliche da quelle private, specificando che solo per le prime rimase inalterata la conduzione 'reale' del procedimento, mentre all'inverso la cognizione delle doglianze private venne conferita a giudici privati, che dovevano attenersi – nell'esecuzione dell'incarico – alle direttive fissate dal re medesimo. Proprio il riferimento a queste 'direttive' impartite dal re ai suoi 'delegati' costituì, secondo R. ORTU, *Alle origini del 'iudicium privatum'*, in *Il giudice privato*, I, cit., 150 ss., il primo nucleo della bipartizione del processo, che si inverterà definitivamente nel periodo successivo, probabilmente in età decemvirale: una ponderata lettura del testo dello storico cario legittimerebbe la conclusione che «per la risoluzione delle controversie in materia di illeciti privati la conduzione delle liti doveva uniformarsi ai suoi dettami normativi e forse poteva essere ancora diretta dal *rex*, mentre l'emanazione della sentenza doveva ricadere nella competenza dei giudici privati». Per un'«originarietà» della bipartizione si è espresso invece – ed è posizione fin troppo nota – Moritz Wlassak, strenuo sostenitore, tra le altre cose, della genesi privata e arbitrale del processo romano, che si sarebbe sviluppato a seguito di una sovrapposizione del controllo 'pubblico' (operato cioè dagli organi della *civitas*) ad un primitivo procedimento arbitrale: da tale sovrapposizione sarebbe scaturita la fase *in iure* della liturgia processuale, mentre la fase *apud iudicem* rimase di 'competenza' privata, dovendo la sentenza esser emessa da un *iudex privatus* o da un *arbiter* (la tesi è stata per la prima volta esposta M. WLASSAK, *Die Litiskontestation in Formularprozess*, in *Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig, 1888, 55 ss.). Per una disamina approfondita non posso che rinviare a M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, cit., 1 ss., nonché a R. ORTU, *Alle origini*, cit., 134 ss. e a S. RANDAZZO, *Bipartizione del processo e attività giudicante. Un'ipotesi di lavoro*, in *Il giudice privato*, I, cit., 43 ss.

²²⁸ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I, cit., 432. A ben guardare la bontà di una simile impostazione è suffragata dal fatto che pure Alberto Burdese, che, come detto, era fautore della tesi per cui non era possibile la condanna *in ipsam rem* neppure nel processo quiritario, riteneva – tramite argomentazioni diverse da quelle proposte dal Pugliese – che «trattandosi di *legis actio sacramento in rem* ... è ipotizzabile che il giudicato sui *sacramenta* sin da antico, tanto più in quanto proveniente dal magistrato cittadino (*rex* o *praetor*), costituisse di per sé autorizzazione (implicita) del vincitore, cui non fosse assegnato il possesso interinale, a prendersi anche con la forza la cosa»: v. A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 197. Nel senso di un'atecnicità del parere gaiano v. L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 154.

bene²²⁹, nella materiale apprensione della *res* (cd. autotutela)²³⁰, legittimata ed anzi autorizzata dalla pronuncia giudiziale accertativa della giustizia del *sacramentum* prestato.

Ciò detto, potrebbe però sorgere il dubbio – più che lecito – che l'esito 'reale' della controversia quiritaria fosse da Gaio limitato alle azioni *in rem*, cioè alle *vindicatioes* che avevano ad oggetto un *corpus aliquod*: con la conseguenza che un'ampia fetta di controversie, ossia quelle tutelate e introdotte dal *sacramentum in personam*, non potevano che concludersi – a rigore – senza la condanna *in ipsam rem*²³¹. Non è problema di poco conto, se sol si considera che, come attestato dallo stesso scolastico antonino, usuale era incardinare l'azione dianzi al collegio centumvirale passando prima attraverso la stipula di una *sponsio praeiudicialis* e quindi il canale di veicolazione della causa nella fase *in iure* era proprio il *sacramentum in personam*: il che renderebbe la motivazione addotta dal Kelly e dal Gagliardi obsoleta per il tempo in cui la *querela inofficiosi testamenti*, agita davanti al tribunale centumvirale, si consolidò (I sec. a.C.).

Tuttavia, muovendomi sulle orme di Carlo Pelloso, credo che una tal lettura del passo gaiano debba essere rigettata: lo studioso patavino, nella sua ponderazione

²²⁹ È noto, infatti, che il pretore – stando alla liturgia quiritaria narrata da Gai 4.16 – dopo aver intimato alle parti di rilasciare il bene portato in giudizio e oggetto di contesa (*mittite ambo rem*: tale pronuncia, secondo G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I, cit., 295 determinava il venir meno del possesso in capo a colui che ne aveva la materiale disponibilità, dimodoché «la cosa non si trovava più nel possesso di nessuno») e aver assistito alla prestazione dei *sacramenta*, disponeva il possesso interinale della cosa, assegnandolo sulla base di due criteri: ossia a colui per il quale il *fumus boni iuris*, diremmo oggi, appariva più fondato (è il cd. *vindicias dicere*), ovvero ancora a chi che avesse meglio garantito l'eventuale restituzione in caso di soccombenza (con i *praedes litis et vindiciarum*). V. F. BUONAMICI, *La storia*, cit., 30 ss. Ancora G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I, cit., 295 ss., reputa che i due criteri anzidetti, almeno nella fase più antica, non stavano probabilmente sullo stesso piano, essendo portato il magistrato a risolvere la *lis vindiciarum* tendenzialmente in favore del contendente che desse maggiori garanzie: questo perché «poter dare *praedes* idonei significava godere di credito, avere cioè persone disposte a rischiare e questo doveva contare per l'attribuzione del possesso interinale». Ciò detto, in caso di assegnazione del possesso interinale, seguita da vittoria nella lite, il suddetto possesso si sarebbe per così dire 'consolidato': anche per tale via quindi si può giungere a spiegare il senso della condanna *in ipsam rem*: la sentenza è 'in natura' tutte le volte in cui statuisce sull'appartenenza di beni assegnati interinalmente al vincitore, quando quest'ultimo, prima del processo, non godeva della materiale disponibilità degli stessi. Da segnalare che l'uso di assegnare le *vindiciae* non v'era in caso di *sacramentum in personam* perché in esso non v'era la necessità, a differenza del rito *in rem*, di portare *in iure*, il bene conteso o un suo simbolo: dimodoché «il convenuto avrebbe continuato a tenere [la cosa] presso di sé in attesa del *iudicatum*», come sottolinea G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, 54.

²³⁰ Che in ogni caso, per quanto detto alla nota precedente, comunque non dovè essere esito diffuso, poiché – sulle orme di G. PUGLIESE, *Il processo civile*. I, cit., 437 – «il decreto del magistrato» che assegnava tale possesso interinale del bene «poteva influire in linea di fatto sul giudice, valendo come una specie di presunzione favorevole al possessore» sicché è da reputare che «spesso la vittoria arridesse a chi aveva già il possesso e quindi non vi fosse bisogno di atti esecutivi».

²³¹ Questione adombrata da G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I, cit., 432 e 437 s.

intorno a Gai 4.48 – che lo conduce, per inciso, a considerare più corretta la posizione tradizionale che predica una contrapposizione tra un ‘prima’ e un ‘dopo’²³² – sottolinea che «è da escludere che Gaio intenda riferirsi solo ad una comparazione tra *legis actio sacramento in rem* e rivendica con *formula petitoria*: vero è, infatti, che uno dei due poli della contrapposizione è espressamente indicato in termini di ‘*omnes formulae*’ dotate di *condemnatio*, sicché è doveroso pensare che, sul versante opposto del sistema delle *legis actiones*, fossero richiamati anche i riti predisposti per rapporti di debito-credito», tant’è infatti che «*petere rem* non è espressione sintomatica solo di diritti reali, ma allude ad un *petitum* (ergo, ad un *desiderium*) in cui sia inclusa una *res* a prescindere dal titolo e dal tipo di pretesa»²³³: la conclusione cui l’autore giunge, forte di una innovativa lettura di Tab. 1.8, è che «l’autorizzazione magistratuale (implicita) all’esercizio privato di forme di auto-soddisfazione non [è] circoscritta alla sola *iudicatio* conclusiva dell’*agere sacramento in rem* (ossia al provvedimento magistratuale definitivo conseguente a processo contenzioso in contraddittorio, laddove Tab. 1.8 contempla, come già messo in chiaro, proprio per il caso specifico di assenza, l’*addictio*), ma altresì a quella dell’*agere sacramento in personam*, sempreché relativo a un *corpus aliquod*, quale è – come rammenta Gaio – uno schiavo, un fondo, una veste, oppure dell’oro e dell’argento»²³⁴.

L’autotutela legittima, volta alla materiale apprensione della *res* oggetto del giudizio, che – come si è visto – sembra celarsi dietro il riferimento alla condanna *in ipsam rem* di Gai 4.48 – lascia aperto, a questo punto, un ulteriore interrogativo: e cioè quale interesse poteva muovere l’attore-querelante a pretendere la dazione

²³² Cfr. C. PELLOSO, ‘Giudicare’ e ‘decidere’ in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, a cura di L. Garofalo, 2012, 120 s., nt. 112.

²³³ V. C. PELLOSO, ‘Giudicare’ e ‘decidere’, cit., 124, nt. 115. La raffinata ricostruzione del Pellosi continua, con il rilievo, in seconda battuta, che «va rimarcato come il principio della condanna *in ipsam rem* fosse, anche in regime di *legis actiones*, non universale, come denuncia la presenza della forma verbale *solebat*. Se così è, Gaio verrebbe a dire che quando il *petitum* mediato non concerneva un *corpus aliquod* (ossia un *incertum* come un *facere* o come un *damnum decidere*) la condanna *in ipsam rem* era esclusa; quando il *petitum* mediato concerneva un *corpus aliquod* (o perché lo rivendicava o perché lo si pretendeva a fronte di un credito), la condanna era *in ipsam rem*». Quanto alla modalità di esecuzione della ‘sentenza in natura’ l’autore si accoda alla posizione del Pugliese, ammettendo che «la sentenza riguardante (sempre indirettamente) un *corpus aliquod* avrebbe autorizzato il creditore vittorioso o il *dominus* non possessore a impossessarsene anche con la violenza», mentre in caso di distruzione della *res* avrebbe «fatto ricorso alla *manus iniectio* per l’importo determinato già previamente in sede di sfida sacramentale».

²³⁴ V. C. PELLOSO, ‘Giudicare’ e ‘decidere’, cit., 123 ss. Non è d’accordo, invece, L. GAGLIARDI, ‘Decemviri’, cit., 163 s. il quale – senza direttamente soffermarsi sulla possibilità che una ‘sentenza in natura’ venisse emessa anche nel caso di *sacramentum* personale – afferma che «quando alla *sponsio* si faceva ricorso, pur non rigettandosi del tutto il sistema delle *legis actiones*, che restava applicato nella forma *sacramento in personam*, tuttavia si sacrificavano i vantaggi della condanna in forma specifica».

dei beni costituenti l'eredità e a non accontentarsi, invece, della loro stima, onde lucrarne l'equivalente monetario (esito che avrebbe poi verosimilmente aperto la strada alla 'procedibilità' *per formulas* della *querela*)²³⁵.

²³⁵ Preciso che, tuttavia, sono state avanzate varie critiche alla teoria di Kelly, ripresa dal Gagliardi e qui condivisa e ampliata: in particolare, J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 155 taccia di superficialità la posizione dell'autore britannico circa il suo «tratamiento de la condena en las *legis actiones*, sobre todo teniendo en cuenta que es uno de los puntos más debatidos y confusos del derecho procesal», poiché – nelle lettura che lo studioso spagnolo fornisce di Gai 4.48 – «no se deduce que en las fases posteriores de la aplicación de la *legis actiones* ... la condena no fuera pecuniaria»; secondariamente, poi, Kelly omette di specificare per quale ragione altri strumenti del processo formulare (es. la formula arbitraria ovvero i *praeiudicia*) non potesse consentire all'attore di ottenere il medesimo risultato. Orbene, ritengo che tali eccezioni non siano dirimenti: quanto alla prima, io credo che la condanna nel processo per *legis actiones* potesse essere tanto 'in natura' (e quindi legittimasse, stando a Pugliese, la nota autotutela privata) quanto 'per equivalente' (e quindi determinata, se si vuole con Burdese, tramite *arbitrium liti aestimandae*), perlomeno tutte le volte in cui il bene in contesa fosse perito. Mi sembra chiaro, invece, che nel lacerto gaiano vi sia ritratta una contrapposizione tra un prima o un dopo: e se per il dopo siamo certi che una sentenza 'in natura' – quale esito di un giudizio introdotto con una formula recante in sé la *condemnatio* – non può esistere, *a fortiori* essa deve sussistere per la fase anteriore. Quanto, invece, alla seconda obiezione, credo che non spetti ai fautori della teoria di Kelly l'onere di dimostrare l'infondatezza dell'eccezione, ma sarebbe spettato all'autore spagnolo addurre i motivi per cui un *praeiudicium* o un'azione arbitraria avrebbe potuto surrogare la *legis actio*. Per parte mia, tengo solo a precisare che ovviamente la posizione di Kelly, Gagliardi e mia è congetturale e non è aliena da lati deboli: il principale si incardina, a mio modo di vedere, sul fatto che una *petitio hereditatis* formulare venne sicuramente introdotta in età classica, con la conseguenza che, così facendo, l'attore – non potendo conseguire i beni in esito alla pronuncia, ma al più il loro equivalente monetario – farebbe venir meno la ragione 'sacrale' alla base della sopravvivenza dell'antico rito, divenuto esclusivo solo per il processo d'inofficioritas. Ecco che allora mi pare di poter aggiungere, ma – ripeto – anche codesta è asserzione congetturale, che sulla persistenza della liturgia quiritaria può aver influito il fatto che da sempre si era agito tramite quel rito per approdare ai *centumviri*: il collegio era (verosimilmente) nato in un'epoca in cui – quand'anche un incipiente agone formulare stava sbocciando nell'attività pretoria – il rito 'canonico' era quello *per legis actiones*, di talché una certa vischiosità nel meccanismo di adizione del collegio può aver fatto sì che esso si conservasse anche dopo le leggi augustee. Ciò impone, probabilmente, di retrodatare la nascita del collegio centumvirale a prima del 241 a.C. – data desunta dalla voce festina *centumviralia iudicia* – perché a quell'epoca il processo *per formulas* era già avanti nel suo sviluppo, se solo si considera che è del 242 a.C. la creazione del *praetor peregrinus*: se questa fosse stata l'epoca di istituzione del tribunale dei cento verosimilmente non si sarebbe utilizzato un rito processuale che stava virando verso l'obsolescenza. Del resto, mi sento di concordare con D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 19 ss. e con la sua analisi del differente retroterra culturale che sta a monte delle due liturgie processuali, quella *per legis actiones* e quella formulare: invero, scrive l'autore che «la differenza tra i due modi di risolvere le controversie ... deve essere considerata il riflesso (ovviamente, non senza deformazioni) di più generali e profonde differenze d'ordine culturale, politico ed economico che separano la Roma città in formazione e città arcaica, in cui ebbe origine il *lege agere*, dalla Roma città egemone dell'Italia e del Mediterraneo, nella quale si affermò il processo formulare». Il passaggio tra i due *modi procedendi* è adeguatamente apprezzabile, stando allo studioso, se lo si guarda dal profilo 'culturale' che è particolarmente indicato «per dar conto di fenomeni, come appunto quelli giuridici, che sono in primo luogo d'ordine culturale e ideologico». E così, «è indubbio ... che molte caratteristiche del *lege agere* ... sono coerenti con una civiltà a "oralità primaria", vale a dire con una cultura che non conosce la scrittura, quale era quella precivica e arcaica romana in cui il *lege agere* germinò». Opportuna è tuttavia la precisazione che Roma conobbe in realtà assai presto la scrittura, ma essa rimase un modo di trasmissione delle conoscenze molto marginale: di talché, residuando sufficienti

Ebbene, mi sembra condivisibile – anche se non del tutto senza riserve – l’opinione del Gagliardi, il quale fornisce due spiegazioni.

Innanzitutto, va tenuta in debito conto la conformazione dell’*hereditas*, formata non solo da cespiti patrimoniali ma anche dai *sacra* che si perpetuavano in prima battuta attraverso i beni. Era dunque necessario che trovasse accogliamento l’esigenza del presunto erede/querelante all’ottenimento del possesso delle *res*, cui la ‘condanna in forma specifica’ era preordinata²³⁶.

Il secondo motivo è rappresentato dal fatto che «un’eredità può anche avere un contenuto economico negativo, che può tuttavia non costituire un deterrente alla sua accettazione, da parte di chi voglia preservare il buon nome della famiglia o l’onore del defunto: fermo restando che dall’accettazione insorgono in capo all’erede l’onere e l’obbligo di rispondere anche *ultra vires* dei debiti ereditari»²³⁷.

elementi di oralità, è possibile considerarla una società ‘a oralità primaria’. La pervasività dell’elemento orale nelle società arcaiche – rintracciabile pure nell’antichissima letteratura greca, in particolare omerica – ha portato gli studiosi a parlare di ‘psicodinamica dell’oralità’, termine coniato da W.J. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 1986, 59 ss. Su queste basi, continua Mantovani evidenziando che «ritmicità, ridondanza, paratassi, agonismo, enfasi sono caratteri del pensiero e dell’espressione orale che si rintracciano senza difficoltà nelle *legis actiones* e che, si può immaginare, corrispondevano al modo di pensare e di esprimersi “verbomotico” degli esperti – probabilmente i pontefici – che le coniarono». Di tutt’altra formazione erano le *formulae*, riflettenti all’opposto «una civiltà letteraria, qual era diventata Roma nel IV-III sec. a.C. La scrittura ristrutturava il pensiero: consente di organizzarlo ed esprimerlo per paratassi, in modo essenziale e impersonale, e questi caratteri si ritrovano senz’altro nelle *formulae* d’azione».

²³⁶ L. GAGLIARDI, ‘*Decemviri*’, cit., 162; più recentemente una disamina dell’influenza dei *sacra privata* nella configurazione e nello sviluppo dell’*hereditas* e del *testamentum* è stata condotta da A. MAIURI, ‘*Sacra privata*. Rituali domestici e istituti giuridici in Roma antica’, Roma, 2013, spec. 105 ss.; più antichi, ma sempre importanti, G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione della ‘hereditas’ alla luce del regime dei ‘sacra’*. (Cic. ‘*De legibus*’, 2, 19-20, 47-49), in *SDHI*, XXI, 1955, 223 ss.; G. FRANCIOSI, *I creditori e l’obbligo dei ‘sacra’*, in *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, 643 ss.; ID., ‘*Usucapio pro herede*’. *Contributo allo studio dell’antica ‘hereditas’*, Napoli, 1965, 73 ss.; U. ZILLETTI, voce ‘*Sacra*’, in *NNDI*, XVI, 1969, 304 ss.; A.J.B. SIRKS, ‘*Sacra*, succession and the ‘*lex Voconia*’, in *Latomus*, LIII, 1994, 273 ss. Rileva, poi, G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall’età arcaica al Principato*³, Torino, 1995, 62 s. che «i *sacra privata* si trasmettevano in antico per discendenza di padre in figlio e la loro osservanza era considerata dal costume assolutamente doverosa. La famiglia romana arcaica costituiva una comunità religiosa incardinata sul culto degli antenati della linea paterna (*di parentes*). La perpetuazione dei *sacra* era preoccupazione costante del *pater familias* il quale, quando non aveva eredi naturali, poteva assicurarsi la discendenza e con la essa la perpetuazione del culto e il mantenimento della proprietà attraverso l’*adrogatio*». Se questo è certo per il periodo più antico, una notevole importanza essi rivestivano anche in età tardorepubblicana: ne è testimonianza Val. Max. 7.7.2, quando – nel riportare le motivazioni che gli eredi scritti avrebbero potuto frapporre al querelante figlio pretermesso nel testamento paterno, lo scrittore rappresenta che il preterito era passato al culto domestico del padre adottivo, così rompendo il legame con i *sacra* della famiglia d’origine, ossia della famiglia del padre naturale. Ovviamente questa motivazione è dirimente per il periodo più arcaico e quindi per il sorgere dello strumento: meno convince, a mio parere, per il periodo classico ove l’attestazione dell’esistenza di un *petitio hereditatis* formulare – con condanna, quindi, esclusivamente pecuniaria – mina un po’ alla base la sostenibilità di questa tesi.

²³⁷ L. GAGLIARDI, ‘*Decemviri*’, cit., 162

5.4. Alcune brevissime conclusioni.

Non resta, a questo punto, che trarre le somme di quello che si è fin qui detto: nell'epoca anteriore all'emanazione delle *leges Iuliae* il collegio centumvirale era competente per le controversie in materia ereditaria e tale attività giudiziaria aveva carattere esclusivo non sussistendo la possibilità di rivolgersi al *iudex unus*²³⁸.

La procedura che si seguiva era quella arcaica delle *legis actiones* e a questa modalità non si venne mai meno, neppure dopo l'introduzione del più flessibile strumento della formula. Ulteriore prova di tale configurazione si riscontra nella perpetuazione dell'*agere per certa verba* davanti al collegio anche per il periodo successivo all'abrogazione del processo quiritario, rendendo il procedimento centumvirale una vera e propria *enclave* di sopravvivenza dell'antico mai sfiorata dalle novità che originarono dall'attività giurisdizionale del pretore.

Il motivo principale di tale perpetuazione del rito quiritario è stato individuato, sulla scorta del pensiero di Kelly e di Gagliardi, nella possibilità per il giudice adito tramite una *legis actio sacramento in rem* (ma anche *in personam*, dopo la *sponsio praeiudicialis*, come ho ritenuto di sostenere, sulla scorta del pensiero di Carlo Pelloso) di emettere una condanna *in ipsam rem*²³⁹, ossia – meglio – nella facoltà per il litigante *per certa verba*, risultato vincitore, di soddisfarsi direttamente mercé l'apprensione materiale dei beni oggetto del giudizio, secondo una procedura di autotutela privata autorizzata e legittimata: autotutela che poteva coincidere anche con l'uso della violenza; ciò ovviamente tutte le volte in cui il pretore non avesse conferito il possesso interinale dei beni dell'*hereditas* al querelante, nel qual caso egli avrebbe semplicemente mantenuto la loro materiale disponibilità, così traendo comunque una soddisfazione 'in natura' della propria pretesa.

Un tale esito – ossia, specificamente, l'ammissibilità di un'autotutela personale accordata in epilogo al processo – non sembra confacesse alla liturgia formulare, la quale, alla violenza nel recupero delle *res*, aveva definitivamente sostituito la quantificazione ed elargizione al vincitore del loro valore pecuniario²⁴⁰.

²³⁸ L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 128.

²³⁹ Contra J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 155.

²⁴⁰ Era invece possibile – e non può essere un caso – per la *cognitio extra ordinem*: rileva infatti A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 180 che «nell'ambito delle *cognitiones extra ordinem* già operati nel corso dell'età del Principato» si ebbe una mutazione «per l'affermarsi, in tale ambito, del libero ricorso ad una condanna avente direttamente ad oggetto un comportamento del convenuto diverso dal pagamento di una somma di denaro, a causa della discrezionalità di intervento dell'organo pubblico che emana la sentenza ed ha il potere di farla eseguire, ove possibile, *manu militari*: ciò che la tecnica del processo formulare, e il carattere privato dell'organo giudicante, non permettevano, non trova qui ostacoli».

Sul motivo per cui, infine, il querelante mirasse ad ottenere i beni e non la loro monetizzazione, è possibile che un tale interesse si radicasse nella particolare conformazione dell'*hereditas* – all'origine composta anche dai *sacra*, intrasferibili disgiuntamente dalle *res* – nonché, forse, nella volontà dell'attore di preservare il buon nome della famiglia del *de cuius*.

5.5. Le ragioni dell'esclusività della competenza giudiziaria in materia ereditaria, per l'età precedente alle XII 'Tabulae', e in materia di inofficiosità, per l'età successiva.

Atteso quanto sopra, è d'uopo tentare di comprendere – a ben vedere – il motivo per cui di queste controversie ereditarie (di tutte, prima delle *leges Iuliae*, solo di quelle d'inofficiosità testamentaria, dopo) non poteva occuparsi il *iudex unus*, quantomeno dopo l'istituzione del tribunale centumvirale²⁴¹.

Si è sin qui visto come il collegio centumvirale limitasse la sua cognizione all'ambito ereditario, dapprima in via esclusiva, poi in concorrenza sia con il *iudex unus* (come attestato dalla presenza della formula per la *vindicatio hereditatis*, ma con la sintomatica esclusione delle liti di inofficiosità) sia con il giudice della *cognitio extra ordinem* che ne prenderà definitivamente il posto al momento della sua scomparsa.

Emerge chiaro il vincolo indissolubile che lega i *centumviri* e il diritto successorio: ritengo quindi opportuno soffermarmi brevemente su questo aspetto, anche per tentare di fornire una risposta al quesito da cui – a ben vedere – avevo preso le mosse, ossia la data di costituzione del collegio centumvirale; prima ho elencato le principali teorie, senza tuttavia esporre il mio convincimento, che è adesso il caso di illustrare.

In connessione a questo, sorgono tre problemi che richiedono primariamente una risposta.

Perché un nuovo organo giudiziario? Perché un organo collegiale?²⁴² Perché un giudice²⁴³ solo della materia ereditaria?

²⁴¹ Ammette, infatti, la competenza del *iudex unus* per il periodo precedente L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti*, cit., 350.

²⁴² Tali domande non sono state poste interamente da me, ma tutti si sono interrogati sul punto. Cfr. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 156

²⁴³ Che avessero funzione solo giudicante e non d'altro tipo (es. legislativa) lo si ricava dall'accenno, contenuto nella voce festiva *Centumvitalia iudicia*, all'attività giurisdizionale (il consesso, per il lessicografo, sarebbe stato creato *ad iudicandum*), nonché dalle molte attestazioni nelle fonti, in cui l'attività dei *centumviri* è solo ed esclusivamente correlata con la decisione di cause ereditarie.

La conclusione più recente cui la dottrina è pervenuta riconduce l'origine del collegio allo sviluppo della libertà testamentaria, che proprio nel terzo secolo a.C. – epoca in cui anche la più recente riflessione romanistica colloca, sulla scorta di Festo e Aulo Gellio la nascita del tribunale centumvirale – pervenne alla sua più completa realizzazione, attraverso la definitiva affermazione del *testamentum per aes et libram*.

L'intuizione si deve a Jobbè-Duval²⁴⁴, ma fu la Bozza che insistette sul punto sostenendo come la sua istituzione fosse da connettere al «grande sviluppo e [alla] completa affermazione del testamento, nella libertà di testare»²⁴⁵, che portano l'ordinamento a una reazione a tutela degli *heredes sui*: ne sono testimonianza, a detta della studiosa, l'emanazione della *lex Furia testamentaria* e della *lex Voconia*, le quali «se pure non raggiunsero lo scopo per la loro imperfezione, mostrano tuttavia l'intenzione del legislatore»²⁴⁶.

A causa della delicatezza e dell'importanza delle questioni che, in sede di impugnazione del testamento, avrebbero potuto sorgere, si decise – ma l'autrice non spiega se la decisione venne attualizzata o meno con una legge – di «sottrarre queste liti al *iudex privatus* per affidarle alla decisione di un tribunale che desse maggior affidamento e che per lo stesso numero dei componenti fosse imparziale e non corruttibile»²⁴⁷. La Bozza sottolinea acutamente come con la creazione dei centumviri lo Stato sia intervenuto direttamente nell'ambito del giudizio al fine di far osservare il diritto privato, ponendo un vincolo giurisdizionale ai contendenti che avrebbero dovuto rivolgersi esclusivamente a tale giudice in caso di epilogo patologico della vicenda successoria.

Un giudice, sottolinea ancora la studiosa, che era espressione – a scampo di partigianerie consortili – di tutto il popolo, dato che il collegio non era «né esclusivamente patrizio, né assolutamente plebeo»²⁴⁸: era dunque un tribunale popolare, la cui genesi non poteva quindi porsi prima dell'epoca del pareggiamento delle classi, avvenuto nel 367 a.C., con l'ammissione dei plebei alla magistratura consolare.

Sulla stessa scia si pone il pensiero di Ribas Alba²⁴⁹ che condivide l'analisi della romanista italiana, apportandovi alcune innovazioni che mi sembrano di non poco momento.

²⁴⁴ Cfr. É. JOBBÉ-DUVAL, *Explication du n. 173 du livre 1 du 'De oratore' de Ciceron*, in *RHD*, XXVIII, 1904, 537 ss. e in *RHD*, XIX, 1905, 1 ss.

²⁴⁵ F. BOZZA, *Sulla competenza*, cit., 15.

²⁴⁶ F. BOZZA, *Sulla competenza*, cit., 16.

²⁴⁷ F. BOZZA, *Sulla competenza*, cit., 42. Idea poi fatta propria anche da M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 42 ss. e ID., *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., 57 s.

²⁴⁸ F. BOZZA, *Sulla competenza*, cit., 17.

²⁴⁹ J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 153 ss.

Egli prende le mosse dalla constatazione che la libertà testamentaria si affermò nel III secolo a.C. ma conservò sempre un carattere particolare all'interno del fenomeno ereditario e in generale del diritto di famiglia, come emergerebbe dalla permanenza dell'istituto della prodigalità e dei requisiti per l'adozione: la libertà dunque, pur inoculata nei predetti ambiti giuridici, non era da reputarsi completa, visti i forti interessi extra-giuridici che essa poteva toccare²⁵⁰.

Percepito dunque come eccezionale, questo stato di cose richiedeva la creazione di un organo *ad hoc*: fu pertanto la libertà testamentaria a provocare l'apparizione del tribunale (in funzione calmieratrice?) e l'autore ritiene di individuare come causa scatenante il *testamentum per aes et libram*.

Tuttavia, sostiene che ci fu un'ulteriore ragione che contribuì alla creazione del nuovo organo e alla sua destinazione alla materia ereditaria. Le liti successorie erano caratterizzate da notevole difficoltà e di tale complessità è testimonianza non solo il celeberrimo passo ciceroniano tratto dal *De oratore* (1.38.173)²⁵¹, dalla travagliatissima storia esegetica, che ne ha fatto il fulcro delle teorie volte a riconnettere ai centumviri una competenza molto lata²⁵² fino a comprendere tutte le *vindicationes* del *ius civile* e le azioni di stato, ma anche da un passaggio di Quintiliano²⁵³ che ricorda come le azioni ereditarie dovessero essere sollecite e accurate. Perciò «es probable que se entendiera como una necesidad contar con unos jueces estables que reunieran conocimientos especializados»²⁵⁴: la specializzazione e la stabilità sarebbero sintomatiche di una maggior competenza sulla materia ereditaria e di una maggior attendibilità delle sentenze. L'idea non va,

²⁵⁰ J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 156.

²⁵¹ Cic. *or.* 1.38.173. Il passo recita: *Nam volitare in foro, haerere in iure ac praetorum tribunalibus, iudicia privata magnarum rerum obire, in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac iure certetur, iactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, adlutionum, circumlutionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium iura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, qua re denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae*. Sul punto, oltre a Wlassak, v. L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 166 ss.; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 74 ss.; F. BOZZA, *Sulla competenza*, cit., 24 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 150 ss.; J.M. KELLY, *Studies*, cit., 10 ss. La dottrina citata, escluso Wlassak, è compatta nel ritenere che «la lunga elencazione delle materie che possono essere oggetto di esame da parte dei *centumviri* (*usucapionum-versentur*) ha un valore esemplificativo e fa riferimento alle numerose e svariate questioni di diritto che possono venire in discussione nel corso di una lite ereditaria». L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 75.

²⁵² M. WLASSAK, voce *'Centumviri'*, cit., coll. 1940 ss.

²⁵³ Quint. *or.* 4.1.57. Il testo dice: *Nam id sine dubio ab omnibus, et quidem optime, praeceptum est, verum aliquatenus temporum condicione mutatur, quia iam quibusdam in iudiciis, maximeque capitalibus aut apud centumviros, ipsi iudices exigunt sollicitas et accuratas actiones, contemnique se nisi in dicendo etiam diligentia appareat credunt, nec doceri tantum sed etiam delectari volunt*.

²⁵⁴ J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 157.

a mio parere sottovalutata, sebbene non se ne possa fare la ragione unica dell'istituzione del collegio, ma un effetto, se vogliamo, indiretto.

L'autore continua la sua esposizione soffermandosi sul problema della collegialità e lo risolve tramite il rilievo che il fenomeno ereditario riveste carattere essenzialmente pubblicistico²⁵⁵, come dimostra l'arcaico *testamentum calatis comitiis* la cui esistenza era strettamente collegata con l'assenso espresso dal comizio curiato, cioè, al tempo, dalla *civitas* o meglio dall'organizzazione gentilizia della comunità²⁵⁶. Del resto, già Moritz Wlassak²⁵⁷ aveva implicitamente illuminato il lato 'pubblicistico' del giudizio centumvirale, instaurando un paragone tra le *quaestiones perpetuae*, devolute alla cognizione dell'assemblea delle centurie, e la *querela* di inofficioritas: suggestione suffragata (ancora) da Quintiliano²⁵⁸, che avvicina il giudizio capitale criminale a quello gerito davanti al tribunale dei centumviri, e da Tacito²⁵⁹, che «menciona de forma contigua las alegaciones de defensa del reo en el proceso penal y el informe ante el tribunal centunviral»²⁶⁰

Sviluppando anche qui tesi già implicitamente contenute nel pensiero della Bozza, il Ribas-Alba sostiene l'inadeguatezza cui sarebbe andato incontro un *iudex privatus*, la cui nomina era subordinata ad un accordo delle parti contendenti, nell'affrontare una controversia nella quale si discuteva un assetto di interessi non esclusivamente privato²⁶¹.

Si è giunti al cuore del nucleo costitutivo dei centumviri che hanno visto la luce in relazione al mutare della vicenda successoria in senso sempre più dispositivo ma mai privatizzandosi interamente e di conseguenza richiedendo un organo giudicante predisposto dall'ordinamento a tutela di un interesse anche proprio.

Su posizioni analoghe si attesta, da ultimo, Gagliardi²⁶² che ritiene esatta l'intuizione della Bozza, pur accogliendo 'con beneficio d'inventario'²⁶³ il punto da cui la studiosa italiana prendeva le mosse, ossia l'affermazione solo nel corso del terzo secolo a.C. della *libertas testandi*, poiché – per lo studioso milanese – è dubbia

²⁵⁵ J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 158.

²⁵⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 125.

²⁵⁷ V. M. WLASSAK, voce 'Centumviri', cit., coll. 1935 ss.

²⁵⁸ Quint. or. 4.1.57.

²⁵⁹ Tac. dial. 7.1, cui adde Plin. Min. ep. 5.1.7.

²⁶⁰ Cfr. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 159.

²⁶¹ J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 159. L'autore sostiene infatti che «la naturaleza arbitral del procedimiento formulario exigía un juez privado elegido o aceptado por las partes. En los litigios hereditarios, particularmente en la reclamación por testamento inoficioso, se dirimía un interés no solo privado».

²⁶² L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 485 ss.

²⁶³ L'autore non affronta il tema ma si limita a sollevare il dubbio poiché l'affermazione che «in antico non potesse fare testamento chi avesse avuto *heredes sui* ... non è affatto un dato acquisito alle nostre conoscenze». L. GAGLIARDI, *Decemviri*, cit., 498.

«la questione se veramente in antico non potesse fare testamento chi avesse avuto *heredes sui*, il che non è affatto un dato acquisito alle nostre conoscenze»²⁶⁴.

Egli collega l'origine dei centumviri – proprio come il Ribas-Alba – all'introduzione del *testamentum per aes et libram* che 'privatizzò' l'atto di ultima volontà, cui la *mancipatio familiae* non era ancora pervenuta mantenendo «canoni pubblicistici»²⁶⁵. Il risultato non poteva ritenersi confacente all'interesse della *civitas* dato che «la successione ereditaria in antichità era vissuta come un momento di passaggio di patrimoni che interessavano l'intera cittadinanza»²⁶⁶ e la reazione si sostanziò nella creazione del collegio centumvirale permettendo il recupero del controllo che in antico era esercitato *ex ante*, mentre ora solo *ex post*²⁶⁷.

La conclusione, pienamente condivisibile, risiede nella consapevolezza da parte dei Romani che «non potevano esserci due momenti privati nelle successioni, ma uno soltanto. Se privato era diventato l'atto di ultima volontà, l'elemento pubblico doveva essere recuperato nell'eventuale lite ereditaria che in seguito fosse insorta»²⁶⁸.

5.6. Esempi di casi 'problematici' discussi dianzi il collegio centumvirale: *Quint. or. 4.2.5* e *Plin. Min. ep. 5.1. Cenni*.

²⁶⁴ Cfr. L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 498.

²⁶⁵ L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 499.

²⁶⁶ L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 498.

²⁶⁷ Scrive L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 500 che all'esito dell'affermazione del *testamentum per aes et libram* e dunque della segretezza delle disposizioni ivi contenute «insorgeva ... per la collettività la necessità di reimpadronirsi di quel controllo. Se esso mancava nella fase costitutiva del rapporto successorio, doveva risorgere pienamente almeno nei casi in cui la successione fosse entrata nella fase patologica, ovvero processuale. Quindi, nei casi in cui le disposizioni segrete dei testatori, frutto dell'autonomia privata, avessero dato adito a liti, la collettività avrebbe dovuto tornare a occuparsene con pieno diritto. Ogni discussione sulla trasmissione dei patrimoni, in quanto momento cittadino, meritava di essere deciso dalla città. E la città diventavano, in quel momento, e a quel limitato scopo, i centocinque cittadini, democraticamente nominati in egual numero da ciascuna tribù. Era questa l'origine dei *centumviri*, collegio giudicante che rappresentava simbolicamente il popolo romano, quasi fosse stato ancora quello dei comizi e dei soldati riuniti per la battaglia, dei vecchi testamenti ormai in disuso». Il riferimento, in quest'ultimo caso, era tanto al *testamentum calatis comitiis* quanto al *testamentum in procinctu*, forma arcaica di nomina di un successore condotto secondo rigide norme rituali e svolte dinanzi il comizio curiato, il primo, e atto contenente solo disposizioni a titolo particolare, il secondo. V. M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*. I, Torino, 1966, 29 ss. Non dissimile l'impostazione di L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di G. Rossetti, Torino, 2017, 43, secondo la quale «il tribunale centumvirale ..., con competenze esclusivamente in materia successoria, ha un carattere non strettamente privatistico, ma eminentemente politico, in quanto destinato ad esercitare un controllo sulla destinazione *mortis causa* del patrimonio familiare, e a proteggere il vincolo agnaticio»: per inciso, ella reputa altresì che il collegio sia sorto nel 241 a.C.

²⁶⁸ L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 502.

Il pensiero testè esposto rappresenta il punto d'arrivo attuale della riflessione sulla genesi del collegio, che ne individua gli elementi connotanti nello sviluppo della libertà di testare, da un lato, e nella rilevanza pubblicistica della vicenda successoria, dall'altro. Tuttavia tale ricostruzione non rende sufficientemente ragione del potere di cui era ammantato il nuovo organo giudiziario e delle sentenze davvero straordinarie che pronunciava. Le sue pronunce si ponevano, in taluni dei casi riportati, in contrasto con la disciplina del diritto civile, così come elaborata dalle XII tavole e un tale dettaglio va, a mio parere, vigorosamente sottolineato perché nessun altro organo giudicante in Roma può dirsi investito di un simile potere, escludendo, per ovvi motivi genetici, il giudice delle *cognitiones extraordinariae*.

Un caso davvero esplicativo in tal senso è riferito da un breve accenno di Quintiliano ad una disputa incardinata presso il collegio centumvirale:

Quint. or. 4.2.5: ... *ut apud centumviros: 'filius an frater debeat esse intestatae heres' ...*

Il giudice è chiamato a statuire sulla successione ad una donna morta senza aver redatto testamento o a seguito della declaratoria di nullità dell'atto. Esuliamo per un momento dalla questione, che ha interessato la dottrina²⁶⁹, della riconducibilità del passo alla tematica della *querela inofficiosi testamenti*, e si analizzino i termini della controversia. Il lessico di Quintiliano pare giuridicamente corretto e univoco come dimostra l'utilizzo di *heres* e di *intestata*²⁷⁰, per cui non credo si possa dubitare della fedeltà alla terminologia del *ius civile*.

In contesa per il patrimonio della donna ci sono due soggetti: il figlio e il fratello. La contrapposizione non è di poco conto se si scruta il differente vincolo parentale che lega la defunta ai due. Infatti il fratello è, con molta probabilità, *agnatus*²⁷¹ della stessa e di conseguenza può vantare un titolo successorio rilevante per il *ius civile*. Una posizione affatto opposta caratterizza il figlio che, sicuramente, vista l'età in cui vive e opera Quintiliano, non è in nessun caso annoverabile tra i successori della madre. Bisognerà aspettare ancora qualche decennio prima che il diritto dia riconoscimento alla parentela naturale della madre con la prole sotto il profilo della rilevanza successoria²⁷².

²⁶⁹ Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 37; L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 46 s.; L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 211.

²⁷⁰ Analogamente L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 210 per il quale «il testo è quanto mai lineare. La parola *intestatus* non ha nessun possibile altro significato se non quello di colui che non ha redatto testamento».

²⁷¹ Cfr. L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 46.

²⁷² Formale riconoscimento si avrà con il senatoconsulto *Orphitianum* del 178 d.C. Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 711.

Tuttavia il fatto stesso di porre su di un piano di astratta parità i due soggetti desta una riflessione perché, applicando il diritto, la soluzione della disputa sarebbe automatica, dovendo prevalere l'unico, tra i due, che può vantare un titolo, cioè il fratello. La circostanza che i centumviri siano chiamati a giudicare significa che si poneva una situazione di dubbio, giustificato dalla concepibilità della vittoria tanto dell'uno quanto dell'altro. Non abbiamo notizia della sentenza ma, ragionando in via puramente ipotetica, se immaginassimo un esito positivo per il figlio, dovremmo sostenere che per esso il titolo a succedere non può che venire dalla pronuncia giudiziale, al contempo negatrice di una prerogativa fondata sul *ius civile* e attributiva ad un soggetto che agli occhi dell'antico diritto quiritario non è successibile. La decisione opposta, al contrario, rende la testimonianza intellettualmente stimolante perché si porrebbe in aperta antitesi con il *ius civile* derogandolo esplicitamente. Ma come è possibile che un giudice, per quanto eminente e prestigioso, sia legittimato a ignorare il diritto e a devolvere l'eredità secondo canoni alternativi, dando rilievo ad un vincolo giuridicamente irrilevante?

Un secondo esempio si ricava dall'epistola che Plinio scrive all'amico Annio Severo sulla vicenda del testamento di Pomponio Galla²⁷³. Ella disereda il figlio Asudio Curiano in favore dello stesso Plinio e di altri eminentissimi uomini, generando la reazione del discendente il quale dapprima chiede all'oratore di giudicare la bontà della diseredazione, poi, scontento della risposta, intenta un'azione contro gli eredi scritti. Il giudice è ancora il collegio centumvirale. Anche qui alla luce del *ius civile* Curiano non può vantare nessuna pretesa sul patrimonio materno perché non è successibile della donna, salvo ipotizzare un matrimonio *cum manu* che renderebbe la madre sorella del figlio e dunque, i due, astretti da un legame agnazio rilevante, la cui configurabilità è esclusa da Di Lella²⁷⁴ che considera siffatta modalità di nozze come desueta.

Se il discendente adisce il giudice significa che, in via astratta, sussistono possibilità di vittoria, assolutamente inesistenti per il *ius civile*. Di nuovo siamo costretti ad immaginare un potere amplissimo del collegio, in grado di assegnare i beni in deroga alla disciplina applicabile, in totale noncuranza del dato positivo che renderebbe inutile l'iniziativa del figlio. Il processo poi non perverrà ad una

²⁷³ Plin. Minor. ep. 5.1.

²⁷⁴ Cfr. L. DI LELLA, 'Querela', cit., 48 ss. Per lo studioso la *manus* è già all'inizio del Principato di applicazione solo eccezionale. Esso analizza i tre modi attraverso cui essa poteva essere acquistata: *confarreatio*, *coemptio*, *usus*. La prima risulta già in recessione al tempo di Cicerone e quasi scomparsa al tempo di Tiberio che dovendo provvedere alla nomina del *Flamen dialis* trovò solo tre patrizi nati da nozze confarreate. Analoga sorte tocca alla *coemptio* che Gaio affronta come mero ricordo storico, mettendone in luce gli effetti esclusivamente indiretti. Lo stesso giurista antoniano infine presenta l'*usus* come già scomparso da tempo «in parte per opera di leggi, in parte per desuetudine». V. adesso R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto della Roma preclassica*, Napoli, 2018, 349 ss.

decisione sul punto stante l'accordo transattivo intervenuto tra Curiano e gli eredi scritti, elaborato nei suoi termini da Plinio.

Rimane il fatto della sua concepibilità e della dubitabilità del suo esito, totalmente inspiegabile se non si ammette l'esistenza di un potere eversivo del *ius civile* in funzione evolutiva in capo ai centumviri.

5.7. *La tesi di J.M. Kelly sull'origine gentilizia del collegio centumvirale: alcune osservazioni di critica e altri spunti.*

I casi riportati destano notevole stupore e, a mio parere, sono testimonianza di una latitudine estesissima della potestà del collegio, unica nel panorama degli organi giudiziari romani. Una simile constatazione deve indurre ad indagare la ragione giustificatrice di questo stato di cose.

All'uopo si rende a questo punto necessario confrontarsi con la tesi – molto affascinante – del Kelly.

L'autore, che si mostra convinto di un'origine assai antica del collegio centumvirale, aggancia la nascita del tribunale dei cento alle aspettative ereditarie dei *gentiles*, annoverate nelle leggi delle XII Tavole e ancora esistenti in età tardorepubblicana, giusta i vari rimandi che ad esse opera Cicerone²⁷⁵. Sebbene la *gens* – come organizzazione latamente familiare – presenti tratti di indubitabile mistero e di incertezza, di essa non si può negare, secondo il Kelly, la caratterizzazione nei termini di una «blood relationship, real or presumed because of identity of name, and such was in the same generic category as *curia* and *tribus*, as originally understood»: essa aveva sicuramente un collegamento con la *curia*, probabilmente rappresentato dal fatto che quest'ultima era composta da un certo numero di *gentes*; prova ne sarebbe il racconto tradizionale, per cui le tre tribù originarie (*Ramnes*, *Tities*, *Luceres*)²⁷⁶ sarebbero state suddivise al loro interno ciascuna in dieci curie. Ma, continua lo studioso, «even when the purely kinship-based *tribus* became rather a local political division, the new *tribus* must still have contained a very strong element of kinship, and the disappearance of all connection between *curia* and *tribus* seem most unlikely».

Atteso questo, Kelly volge l'attenzione alla voce festina *Centumviralia iudicia* (Lindsay, 47), che qui riproduco per comodità nella sua prima parte

²⁷⁵ J.M. KELLY, *Studies*, cit., 22 ss.

²⁷⁶ Che già di per sé, stando ad A. PICCIRILLO, voce '*Tribus*', in *NNDI*, XIX, Torino, 1957, 823, «erano l'espressione dello stato gentilizio», anche se «con l'evolversi, l'ampliarsi, il mutarsi di questo, esse scomparvero sostituite da altre di diversa struttura e funzione».

Centumviralia iudicia a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romae triginta et quinque tribus, quae et curiae sunt dictae, terni ex singulis tribubus sunt electi ...

Ivi si nota che la base d'elezione dell'organo giudiziario è individuata nelle tribù, le quali però, scrive Festo-Paolo Diacono, sono anche dette *curiae*: il lessicografo, tuttavia, non starebbe informando sulla nascita del collegio, bensì su di una sua modifica intervenuta nel 241 a.C., modifica che avrebbe comportato, implicitamente, una modifica 'di facciata' della base d'elezione dell'organo, in uno al cambiamento delle tribù, non più intese come emanazione delle famiglie che le componevano, ma come distretto politico-territoriale.

Così però non era in origine ove, come detto, le tribù avevano un'articolazione di carattere familiare, essendo formate dalle *gentes*: il collegio sarebbe stato composto da membri prelevati dall'organizzazione gentilizia della città, che si rifletteva in origine (oltre che nelle *curiae*) anche nelle tribù. Quando queste mutarono, rimasero ugualmente la base di composizione dell'organo: «the court belongs to the very oldest *stratum* of Roman legal history, long before the *tribus* could be said to have lost all trace of internal kinship ... the possibility remains perfectly open to the *centumviri* were drawn from the *tribus* for the *original* reason (however subsequently diluted in practice) that a court so formed would necessarily cover a wide spread of *gentes*»²⁷⁷.

Il riferimento alle tribù nell'inciso festino andrebbe riletto come rimando alle *curiae*: Festo-Paolo Diacono avrebbe infatti usato *tribus* «in an explanatory way, as being perhaps a more familiar expression to his readers, but added that the particular kind of 'tribe' he meant in this context was actually called a *curia*»: con la conseguenza che la corte centumvirale era scelta non dalle tribù «in the strict sense», ma dalle *curiae*. La base del consesso sarebbe dunque di carattere familiare e ciò spiegherebbe perché la competenza si limitasse al solo diritto ereditario, il quale presenta un connotato fortemente familiare e gentilizio.

Concludendo, l'autore reputa di individuare la chiave della giurisdizione dei centumviri «in the residual right of the *gentiles* to inherit upon the failure of *sui heredes* or *proximi adgnati* on intestacy. ... In such a case the party that stands to gain in one of the families making up the collection of family units organized in *tribus* and *curiae*, and the function of the centumviral court ... is ... to keep a watch on the *gens* in question, whether to ensure that its members get their lawful due, or to ensure that they do not get what is not due to them»²⁷⁸.

La posizione su esposta presenta alcune brillanti intuizioni, ma anche alcuni punti deboli. L'aver posto in luce lo strettissimo collegamento tra il diritto ereditario

²⁷⁷ J.M. KELLY, *Studies*, cit., 22.

²⁷⁸ J.M. KELLY, *Studies*, cit., 25 s.

e la tutela delle aspettative ereditarie intrafamiliari e intragentilizie è indubbiamente uno spunto corretto, che permette di illuminare debitamente le ragioni di nascita dei centumviri: ma l'interpretazione del passo festino è forse troppo ardita.

La sovrapposizione di tribù e curie non è nuova in Festo: analizzando la voce *curia*²⁷⁹ si nota che il lessicografo dà una definizione bicipite di tale termine, poiché da un lato ne mette in luce il carattere di luogo amministrativo, dall'altro la connotazione di articolazione del popolo. In riferimento a quest'ultima aggiunge che le curie furono aumentate da 30 (le originarie curie romulee) a 35, assumendo i nomi delle Sabine rapite: è noto tuttavia che non vi fu un aumento a 35 del numero delle curie, bensì delle tribù. Peraltro, anche nello Pseudo Asconio si intravede questo scivolamento: nella glossa *ad Verr.* 1.14²⁸⁰, dopo aver ricordato le etimologie delle tre tribù arcaiche, l'autore afferma che esse passarono da 30 a 35, ma specifica, in ciò confondendo curie e tribù, che quest'ultime acquisirono il nome delle Sabine (le fonti²⁸¹ ci dicono, al contrario, che furono le *curiae* a prendere il nome dalle Sabine, all'atto della stipula della pace tra Romani e Sabini); così pure nel *Commentum Cornuti* in *Pers. Sat.* 1.20²⁸², raccolta di annotazioni all'opera di Persio, il glossatore si sofferma sulle tre tribù arcaiche, ma ad esse si riferisce chiamandole '*curiae*'.

È immaginabile quindi che una confusione si fosse generata già in antico: che poi essa, quanto al *de verborum significatu*, sia da ascrivere a Festo ovvero, come a me pare più plausibile, a Paolo Diacono, non è possibile dire.

Se dunque è difficile trovare un ausilio alla teoria di un'origine 'gentilizia' del collegio centumvirale nel lessico festino, ciò non significa che essa debba essere esclusa.

²⁷⁹ Fest. voce '*Curia*' (Lindsay, 42): *Curia locus est, ubi publicas curas gerebant. Calabra curia dicebantur, ubi tantum ratio sacrorum gerebatur. Curiae etiam nominantur, in quibus uniuscuiusque partis populi Romani quid geritur, quales sunt hae, in quas Romulus populum distribuiti, numero triginta, quibus postea additae sunt quinque, ita ut in sua quisque curia sacra publica faceret feriasque observaret, hisque curiis singulis nomina Curiarum virginum inposita essere dicuntur, quas virgines quondam Romani de Sabinis rapuerunt.*

²⁸⁰ Cfr. Pseud. Ascon. *ad Verr.* 1.14: *Quinque et XXX tribus. At per hoc totus populus R. Principio tres fuerunt: Titienses una, a Tatio rege; Ramnes altera, a Romulo; Luceres altera, a Lucomone sive Lucero sive a luco, quem lucum Asylum vocaverat Romulus: post de nominibus Sabinarum plures dictae, quibus precatricibus parentum bellum maritorumque finitum est: ad postremum XXX et V factae. Obtinuerunt autem nomen aut a tributo dando aut quia primo tres fuerunt, unde etiam 'tribuni' dicti.*

²⁸¹ V. Cic. *rep.* 2.14; Liv. 1.13.6-8; Serv. *ad Aen.* 8.638; Ps.-Aur. *Vict. vir. ill.* 2.11-12.

²⁸² Testo così declinato: *TITOS tres enim curiae fuerunt primo Romae, Titiens, Samnes, Nuceres. Titiens a Tito Tatio rege Sabinorum particeps in regno Romuli, Samnes a Romulo qui Romam condidit, Nuceres a Nucismone qui aliquando Romulo auxilium dedit. Alii a Luco Luceres nominarunt.*

Mi sembra infatti corretto, giusta una lettura di un passo di Aulo Gellio²⁸³, istituire un legame strettissimo tra le *curiae* e le *gentes* supponendo dunque che «l'appartenenza alle varie curie fosse, in linea generale, fondata sui legami familiari e sul lignaggio»²⁸⁴. Il sistema delle curie²⁸⁵, poi, era alla base di un organo che rivestiva in antico un ruolo di non secondaria importanza: il comizio curiato.

Tralasciando i problemi di differenziazione tra comizio curiato e comizio calato afferenti, probabilmente, alla modalità di convocazione²⁸⁶, davanti ad esso si compivano numerosi atti importanti per la comunità tra cui la nomina del *rex*, come emerge dalle testimonianze di una misteriosa *lex curiata de imperio*, l'indicazione dei *dies fasti* e *nefasti* che scandivano il tempo e la vita della collettività, la pronuncia sulla guerra e sulla pace e la partecipazione alla nomina dei magistrati ausiliari del re.

A questi compiti di chiara rilevanza pubblicistica si sommarono altri atti di interesse prettamente familiare e tuttavia ugualmente celebrati dinanzi al popolo riunito per *gentes*. Il riferimento è alla *detestatio sacrorum*²⁸⁷, all'*adrogatio* e al *testamentum calatis comitiis*. Quest'ultimo è unanimemente considerato l'antesignano del testamento classico (o almeno della sua disposizione capitale, ossia l'*heredis institutio*), frutto dell'evoluzione della più risalente *adrogatio*.

È significativo che i due atti più antichi afferenti alla dimensione ereditario-successoria dovessero compiersi pubblicamente davanti all'assemblea rappresentativa della struttura gentilizia, quasi a sottintendere la necessità non solo di una comune conoscenza ma quasi di un assenso proveniente dall'organo emanazione delle varie stirpi. La materia ereditaria è fin dall'inizio connotata a quanto sembra da questi due elementi: la pubblicità e la persistenza del sangue.

Preso atto di simili considerazioni non credo sia del tutto assurda l'idea che l'originaria base d'elezione del collegio centumvirale fosse il sistema delle curie e non quello delle tribù, e che esso fosse dunque eletto su base gentilizia: la forte connessione individuata tra il diritto successorio e gli interessi superindividuali indicati ne sarebbe, ai miei occhi, idonea giustificazione.

²⁸³ Gell. 15.27.

²⁸⁴ *Lineamenti di storia del diritto romano*², a cura di M. Talamanca, Milano, 1989, 44.; M. KASER, *Storia del diritto romano*, Milano, 1967, 23; P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*², Roma, 1962, 48.

²⁸⁵ Su cui v. da ultimo C. PELLOSO, *Ricerche sulle assemblee quiritarie*, Napoli, 2018, *passim*.

²⁸⁶ Cfr. *Lineamenti*, cit., 45; F. CÀSSOLA - L. LABRUNA, *Linee di storia delle istituzioni repubblicane*², Napoli, 1979, 179. V. poi C. PELLOSO, *Ricerche*, cit., 88 ss.

²⁸⁷ Di quest'atto sappiamo poco o nulla. Esso consisteva nella dichiarazione formale e solenne che un *civis* faceva davanti al comizio per rinunciare ai *sacra familiaria*. Era tuttavia subordinato ad un'indagine del collegio pontificale volta ad accertare che l'uscita del soggetto dalla famiglia non comportasse estinzione del culto che si rifiutava. Cfr. G.I. LUZZATTO, voce '*Detestatio sacrorum*', in *NNDI*, Torino, 1968, 570; *Lineamenti*, cit., 47

Il passo di Festo, a questo punto, non andrebbe interpretato come attestante la nascita del collegio centumvirale, bensì come sua modifica, avvenuta nel 241 a.C.: modifica, quindi, non solo numerica, ma anche di base d'elezione; come si è acutamente sottolineato, infatti, «solo ammettendo che la composizione del tribunale dei *centumviri* di cui ci informa Festo non sia originaria, si spiega la coesistenza di due contrastanti caratteri del *iudicium centumvirale*, dotato per un verso di un aspetto di arcaicità e per un altro verso di un aspetto democratico e quindi più recente»²⁸⁸.

Invero, a dispetto di quanto sostiene la dottrina ora maggioritaria, il tribunale centumvirale presenta tratti di innegabile arcaicità: l'utilizzo della liturgia quiritaria – e, si badi, non di tutte le *legis actiones*, ma solo della più antica forma, quella sacramentale – per la sua adizione e l'uso di conficcare l'*hasta* – che, abitualmente sostituita, nelle *vindicationes*, dalla *festuca*, «qui invece, malgrado fosse un simbolo antichissimo, viene mantenuta»²⁸⁹ – nel terreno dove il collegio si riuniva sono elementi indiziari forti nel senso dell'antichità della sua nascita.

La stessa denominazione, poi, non può essere stata una 'semplificazione' e un 'arrotondamento' di centocinque in cento, come si legge in Festo: già Franca La Rosa ha sufficientemente dimostrato che ciò non corrisponde all'uso dei Romani, che indicavano un organo collegiale – almeno alla sua nascita – sempre riferendosi al numero esatto dei componenti, come accadeva con i *vigintisexviri*²⁹⁰.

In origine, dunque, essi dovevano essere cento: il che depone per una sua creazione in periodo molto antico, anche se non è possibile dire se esso fu l'evoluzione dell'originario senato romuleo.

Ecco che l'alta antichità potrebbe – ma sottolineo potrebbe – riannodarsi con il comizio curiato, di cui magari il tribunale dei cento poteva essere una sorta di collegio ridotto, una *longa manus* competente in ambito giudiziario (con 'delega' esclusiva per la materia ereditaria).

La riconduzione del collegio alle *gentes*²⁹¹, inoltre, permetterebbe di spiegare la 'disinvoltura' con cui i centumviri trattavano le cause successorie, consci della 'naturale' appartenenza della materia alla struttura gentilizia che, come in antico necessariamente presiedeva al compimento degli atti ad essa afferenti, così ora sanziona comportamenti non rispettosi dell'essenza del fenomeno ereditario o

²⁸⁸ Cfr. F. LA ROSA, '*Decemviri*', cit., 30.

²⁸⁹ Cfr. F. LA ROSA, '*Decemviri*', cit., 29.

²⁹⁰ Cfr. F. LA ROSA, '*Decemviri*', cit., 34 s., nt. 69.

²⁹¹ Il che non sarebbe comunque in contrasto con il carattere 'democratico' dell'organo, se è vero quanto riferiscono F. CASSOLA - L. LABRUNA, *Linee*², cit., 180, secondo i quali al comizio curiato, che del nostro collegio a questo punto rappresenterebbe un riflesso, a partire da un certo momento «furono ammessi a parteciparvi non più solo i gentili con i loro clienti, ma tutti i cittadini di pieno diritto, anche *alieni iuris*; si discute sui tempi dell'ammissione dei plebei, avvenuta certo da tempo immemorabile, ma non originaria».

accoglie mutamenti che il sentire sociale nel corso del tempo riteneva doverosi²⁹²: solo così, mi pare, potrebbero trovare giustificazione gli episodi in precedenza riportati da Quintiliano e da Plinio il Giovane.

È superfluo evidenziare come quest'ipotesi – al pari di quella di Kelly – sia congetturale: tuttavia, troppi sono gli elementi che stridono nella ricostruzione che la dottrina maggioritaria opera della genesi del collegio centumvirale, oramai assestata su una datazione individuata nella metà del III sec. a.C.

6. *Sull'attività del pretore: Val. Max. 7.7.5.*

Si è fin qui ampiamente discusso della genesi e della competenza del collegio centumvirale: ma, come si è anticipato in precedenza, un importante ruolo giocò, nella creazione del rimedio dell'inofficiosità testamentaria, anche il pretore (sia urbano che peregrino, a mente di Gai 4.31); un ruolo, tuttavia, meno marcato, ma ugualmente determinante.

È noto, però, che per una parte della dottrina la *querela inofficiosi testamenti* sarebbe strumento processuale di creazione esclusivamente pretoria, di contro a quanto sin qui detto: credo sia dunque opportuno, adesso, svolgere qualche considerazione in merito, onde lumeggiare il motivo per cui tale impostazione non mi persuade.

L'attestazione di un ruolo attivo del pretore nella 'tematica' che definiamo di inofficiosità del testamento si rinviene in un noto passo di Valerio Massimo su cui la dottrina ha scritto molto e che ha fornito la base d'appoggio principale²⁹³, se non esclusiva, per la riconduzione della querela all'opera 'monistica' del magistrato giurisdicente.

²⁹² Mi discosto qui dall'opinione di Kelly che considero non soddisfacente. L'autore è portato ad emendare ermeneuticamente il passo di Festo poiché incline a vedere «the key to the centumviral jurisdiction in the inheritance cases in the residual right of the gentiles to inherit upon the failure of *sui heredes* or *proximi adgnati* on intestacy». J.M. KELLY, *Studies*, cit., 25. Contro la teoria di Kelly si è espresso J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 154 s. che, sulla scorta di Cicerone, considera le *gentes* già in recessione nell'età tardo-repubblicana privando di fatto il collegio della base elettorale e tacciando di superficialità il tentativo di leggere tra le pieghe del passo in analisi un riferimento alle curie.

²⁹³ Cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 414. Lo studioso si basa proprio su questo passo per rigettare le teorie volte ad accreditare un'origine centumvirale della *querela inofficiosi testamenti* e per suffragare al contrario «che la querela si svolse dalla *bonorum possessio cum re* che il pretore concedeva in origine ai parenti più prossimi, diseredati o preteriti, contro gli eredi civili ai quali denegava la *legis actio*». Cfr. M. WLASSAK, voce '*Centumviri*', cit., 1943 ss.; F. VON WOESS, *Das römische Erbrecht*, cit., 178 ss.

Val. Max. 7.7.5: *Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adolescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. mouit profecto Pisonem patria maiestas, donum uitae, beneficium educationis, sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, qui <a> cum patre septem fratres impie exheredatos uidebat*²⁹⁴.

La testimonianza va divisa in due parti.

Nel primo segmento è restituita la *constitutio* del pretore urbano C. Pisone, che ricoprì tale ruolo nel 70 a.C.²⁹⁵. Il magistrato accogliendo la *querella* di Terenzio, padre di otto figli, di cui almeno uno poi dato in adozione e proprio da costui diseredato, con la quale si chiedeva una forma di tutela contro la diseredazione, gli accorda la *bonorum possessio* dei beni del discendente, evidentemente divenuto *sui iuris* e in grado di fare testamento. In contemporanea al provvedimento possessorio nega agli eredi testamentari l'autorizzazione a *lege agere*.

In termini giuridici l'intervento pretorio si impernia sulla concessione di una *bonorum possessio* (e correlativa *missio in bona*²⁹⁶) e sulla mancata concessione agli eredi scritti dell'azione di petizione dell'eredità: di *bonorum possessio cum re* quindi si tratta²⁹⁷.

²⁹⁴ Sul testo si sono soffermati: M. WLASSAK, *'Praescriptio' und bedingter Prozess*, in ZSS, XXXIII, 1912, 140 s.; G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 414 ss.; E. RENIER, *Étude*, cit., 81 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 33, nt. 32; ID., *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., 80 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 671; G. NICOSIA, *Studi sulla 'deiectio'*, Milano, 1964, 150 e nt. 42 e 43; A. WATSON, *The law of succession*, cit., 70, nt. 6, 80, 112, nt. 1; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 68 ss.; A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, 121 ss.; G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 290 s.; L. VACCA, *In tema di 'bonorum possessio contra tabulas'*, in BIDR, XIX, 1977, 169; P. VOCI, *Storia della 'patria potestas' da Augusto a Diocleziano*, in IURA, XXXI, 1980, 37 ss.; J.L. MURGA, *Derecho romano clásico*, Zaragoza, 1980; I. BUTI, *Il 'praetor' e le formalità costitutive del processo formulare*, Napoli, 1984, 242; C. MASI DORIA, *'Bona libertorum'. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, 109; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 162; L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 264 ss.; D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, cit., 19 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 27 ss.; G. GULINA, *Il testamento inofficioso*, cit., 89 ss.

²⁹⁵ Cfr. G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 290; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 68, nt. 69; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 27 nt. 45. Tuttavia per R. FARANDA, *Introduzione a Detti e fatti memorabili di Valerio Massimo*, Torino, 1987, 35, l'episodio narrato dallo scrittore sarebbe da collocare all'epoca di Tiberio, poiché in esso sarebbe «vicinissimo lo spirito casistico delle *Controversiae* senechiane». La tesi, però, non ha prove di alcun tipo.

²⁹⁶ V. G. GULINA, *Il testamento inofficioso*, cit., 90 e nt. 3.

²⁹⁷ Singolare la ricostruzione di L. VACCA, *In tema*, cit., 169: per la studiosa «il caso riferito da Valerio Massimo, relativo alla *egregia constitutio* del pretore Pisone, andrebbe ... ricondotto alla determinazione dei casi di inofficiosità del testamento: si può ipotizzare, infatti, che, secondo una tendenza destinata ad affermarsi definitivamente nel periodo del principato, il tribunale dei *centumviri* avesse superato il limite rappresentato da una espresa *exhereditatio* contenuta nel

Il testamento è valido ed efficace come si desume dalla collocazione del testo nella parte che Valerio Massimo dedica agli atti di ultima volontà *quae rescissa sunt legitime facta*.

L'intervento del pretore di conseguenza 'sorpassa' un atto produttivo di effetti, accogliendo l'istanza di un soggetto che non può vantare un vincolo agnatizio, civilmente rilevante, col defunto: la fattispecie, pertanto, rientra pienamente nel paradigma dell'inofficiorità testamentaria che all'inizio del lavoro ho delineato.

Come detto, questo è il principale puntello utilizzato da quella parte della dottrina che ascrive all'attività pretoria la genesi della *querela*: prima del La Pira, già ricordato, era stato il Wlassak a formulare quest'ipotesi, ritenendo che l'organo giurisdicante avesse iniziato, dapprima raramente, poi sempre più frequentemente, a concedere la *bonorum possessio contra tabulas* ai parenti più stretti del defunto, tutte le volte in egli reputava integrata l'inofficiorità. L'indagine sulla questione veniva condotta o da lui stesso o da un suo delegato, ma poteva essere dirottata anche ai centumviri, cui il 'querelante' avrebbe avuto accesso dopo aver stipulato una *sponsio* – imposta al convenuto erede scritto dallo stesso pretore – condizionata al carattere inofficioso del testamento²⁹⁸.

Ma siffatta lettura non convince.

L'episodio ritratto nel suo volume aneddótico dallo scrittore presenta dei dettagli di rilevante interesse.

Il primo di questi è, indubbiamente, l'utilizzo del termine *querella*, che riconduce immediatamente alla *querela inofficiosi testamenti*: e v'è stato chi (anche recentemente), nel lemma in parola, ha proprio voluto leggere l'archetipo dell'azione di inofficiorità²⁹⁹.

Tuttavia, mi sembra che possano essere articolate due eccezioni: da un lato, infatti, il sostantivo *querella*, lungi dal rappresentare il significato tecnico di rimedio di impugnazione di un testamento, godeva anche di un senso più lato, essendo la 'doglianza', la 'lamentela'³⁰⁰ che poteva ben essere avanzata da un

testamento, sicché i *cognati*, e soprattutto i *liberi* diseredati, potevano chiedere che il testamento fosse dichiarato *inofficiosum* e dopo di ciò ottenere la *bonorum possessio 'sine tabulis'*. La posizione è criticata – a mio modo di vedere, fondatamente – da L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 265, nt. 391, secondo cui alla ricostruzione della Vacca può essere opposta «la considerazione che nel testo è affermato che il pretore denegò l'azione agli eredi testamentari che volevano opporsi al suo provvedimento di *bonorum possessio*. Se ci fosse stata una previa decisione centumvirale, quegli eredi non avrebbero voluto *lege agere*, stante il principio della preclusione processuale automatica nel sistema delle *legis actiones*».

²⁹⁸ V. M. WLASSAK, voce '*Centumviri*', cit., coll. 1943 ss. La tesi è ottimamente confutata da L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 261 ss. che adduce vari argomenti.

²⁹⁹ Cfr. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 162, ma anche G. GULINA, *Il testamento inofficioso*, cit., 93.

³⁰⁰ V. L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 266; G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 290.

privato nei confronti del magistrato, onde sperare di ottenerne l'accoglimento: di talché, non necessariamente nell'uso terminologico anzidetto è lecito rintracciare i prodomi della *querela inofficioris testamenti*; da un altro lato, non si può non evidenziare come noi conosciamo l'episodio solo *de relato*, attraverso il filtro della penna di Valerio Massimo, il quale dunque potrebbe essere stato suggestionato, nel resoconto del provvedimento pretorio, dalla *querela inofficioris testamenti* vera e propria che, all'epoca di attività dello scrittore³⁰¹, era ben più avanti nella strutturazione: in ciò può aver giocato un ruolo la circostanza che in altri famosi episodi raccolti nel capitolo settimo del settimo libro dei *Facta et dicta memorabilia* Valerio Massimo conserva il ricordo di processi centumvirali sicuramente riferibili all'azione di inofficioritas testamentaria.

Una seconda considerazione muove dall'analisi del tipo di *bonorum possessio* accordata al padre naturale: essa – evertendo un testamento valido per il *ius civile* – vanta tratti analoghi alla *bonorum possessio contra tabulas* (analoghi, si badi, sul piano effettuale, di certo non su quello strutturale e degli elementi costitutivi); ma tale *bonorum possessio* non era ancora stata 'codificata'³⁰² alla data del 70 a.C.³⁰³, come emerge dalla ricostruzione dell'editto pretorio dell'epoca.

L'intervento ha dunque carattere di una *bonorum possessio decretalis*³⁰⁴, concessa in via straordinaria ed eccezionale come, d'altra parte, si arguisce dall'aggettivo *egregia* con cui Valerio Massimo qualifica la *constitutio*. Essa rappresenta un caso singolarissimo, non sussumibile in nessuno strumento dell'epoca³⁰⁵ e per questo si ritagliò il posto nell'elenco di detti e fatti memorabili

³⁰¹ Stando a R. FARANDA, *Introduzione*, cit., 13 lo scrittore visse a cavallo tra il I sec. a.C. e il I d.C.: «circa i limiti della vita dell'autore si potrebbe con molta approssimazione dedurre o piuttosto vagamente suggerire come data di nascita un anno che va dal 25 al 20 a.C. e come termine della sua vita una data che sia senz'altro posteriore al 31, come si è potuto stabilire in base alla caduta e all'esecuzione di Seiano», di cui lo storico fa menzione nel proprio testo.

³⁰² V. C. MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., 93 ss., a mente della quale «in definitiva nel primo secolo a.C. non si può parlare ancora ... di una *bonorum possessio contra tabulas* diretta a tutelare categorie specificamente individuate, come avverrà per gli emancipati e comunque per i *liberi se preteriti*». Analogamente, v. L. DI LELLA, *Querela*, cit., 54 ss.

³⁰³ Né, a seguire G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 290 poteva essere una «*b.p. sine lege aut sine testamento*, perché il testamento non solo esiste, ma è anche civilmente valido ... e perché non si fa luogo ad alcuna indagine comparativa fra più aspiranti all'eredità per operare una scelta, come è nello spirito e nella funzione di questa forma di *b.p.* di età ciceroniana». Cfr. anche P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 134.

³⁰⁴ Cfr. L. GAGLIARDI, *Decemviri*, cit., 265. Per Negri si tratta di una *bonorum possessio decretalis*, ma già *contra tabulas testamenti*, rifacendosi all'opinione di Von Woess e Voci: v. G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 290. Coppola Bisazza in un breve intervento sul punto si esprime in termini di innovatività del provvedimento sottintendendo una sua natura decretale, ma lo qualifica esplicitamente come *bonorum possessio contra tabulas*. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 27.

³⁰⁵ Cfr. L. DI LELLA, *Querela*, cit., 70.

dell'autore, il cui inserimento nella raccolta tradisce un'adesione alla *ratio* ispiratrice del provvedimento di cui dà conto la seconda parte del testo.

Ma più che nella *bonorum possessio*, già di per sé notevole, a mio modo di vedere l'elemento davvero rivoluzionario risiede nella *denegatio actionis*³⁰⁶, ossia nel respingimento delle azioni di petizione dell'eredità³⁰⁷ esperite (o esperibili, non cambia) dagli unici eredi. Il pretore non solo devolve i beni ereditari ad un soggetto non successibile civile, ma addirittura oltrepassa la volontà del defunto negando asilo alle prerogative giuridicamente fondate di coloro che, soli, avevano titolo a succedere.

Nella seconda parte del testo Valerio Massimo si premura di spiegare le ragioni che sorressero il provvedimento e destarono la sua ammirazione.

Il pretore accordò riconoscimento alla richiesta di Terenzio poiché quest'ultimo innanzitutto era il padre del defunto e come tale gli diede la vita e l'educazione, ma anche perché la sua diseredazione causava l'esclusione dei sette fratelli³⁰⁸.

Vanno sottolineati due aspetti.

Il primo è che il rimedio viene concesso al padre in quanto tale, per il semplice fatto di esserlo e, solo come conseguenza, per aver cresciuto il defunto fino all'adolescenza. È attestazione chiara dell'inclinazione per il riconoscimento della parentela meramente naturale e cognatizia che il sentire sociale ormai riteneva centrale e di cui richiedeva sanzione giuridica. Non c'è nessuna esposizione di meriti particolari di Terenzio che avrebbero giustificato l'attribuzione dei beni a lui a svantaggio degli eredi scritti (o anche solo del padre adottivo³⁰⁹), c'è solo il rilievo della totale noncuranza del rapporto padre-figlio da parte di quest'ultimo,

³⁰⁶ In accordo L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 265 che parla di provvedimento di «particolare originalità». Cfr. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 162. *Contra* L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 69 per il quale sembra che «l'eccezionalità del provvedimento sia consistita non tanto nella *denegatio actionis*, quanto soprattutto nel fatto che con esso veniva a superarsi l'ostacolo di una espressa *exhereditatio* del padre da parte del figlio».

³⁰⁷ Non è contenuto nel passo alcun riferimento all'azione intentata dagli eredi scritti ma è da supporre che essi volessero esperire il rimedio vindicatorio. Cfr. G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 290.

³⁰⁸ È riconoscimento della rilevanza 'successoria' del vincolo meramente cognatizio e della cd. 'famiglia naturale': tale accreditamento della famiglia naturale «in posizione paritaria o addirittura prevalente rispetto a quella della famiglia agnatizia doveva indubbiamente cominciare a delinearsi già nell'ultimo secolo della Repubblica, trovando la sua giustificazione nel criterio generale della determinazione del *bonum et aequum*»: così L. VACCA, *In tema*, cit., 166.

³⁰⁹ Rileva correttamente G. GULINA, *Il testamento inofficioso*, cit., 90 che il figlio morì *adulescens*: «l'argomento è importante ai fini della lettura dell'episodio, nella parte in cui l'eventuale brevità del tempo in cui il figlio ereditando era stato nella potestà adottiva, prima di acquisire lo *status* di autonomia che è presupposto della possibilità di formare un testamento, consente di apprezzare la conservazione massima del significato del vincolo con il genitore naturale, destinato altrimenti, con il passare degli anni, a stemperarsi in favore dei rapporti costituiti nell'ambito della famiglia adottiva».

noncuranza percepita dal pretore come intollerabile al punto da giustificare una misura tanto eccezionale.

Il secondo aspetto riguarda il riflesso che la diseredazione opera sulla posizione giuridica dei fratelli naturali, la cui esclusione è esplicitamente definita come 'empia'. La scelta del lessico non è, io credo, casuale ma perfettamente conforme a quello che poi sarà definito *officium pietatis*, segno che il concetto di inofficiosità³¹⁰ emerse a livello di coscienza sociale e a piccoli passi si affermò anche in ambito giuridico, dapprima mediante la concessione di rimedi in via straordinaria³¹¹, poi in maniera definitiva.

Una conclusione credo si possa trarre.

Riesaminando il testo si nota che sono presenti una diseredazione *impia* quindi ingiustificata e la lesione di un'aspettativa successoria (non giuridicamente riconosciuta, ma affettivamente sperata) facente capo ad un padre naturale.

Non c'è, però, ancora, la *querela inofficiosi testamenti*³¹², perché il rimedio concesso in questo caso discende 'esclusivamente' dalla discrezionalità di un magistrato particolarmente disposto ad assicurare una tutela con un provvedimento eccezionale³¹³.

A marcare questo risultano militano tutte le testimonianze successive: in esse, come si vedrà, non si fa parola di alcun rimedio *ad hoc* creato dal pretore, mentre vi è l'attestazione di un ruolo fondamentale svolto dal consesso centumvirale.

³¹⁰ La riconduzione all'ambito della tematica dell'*officium pietatis* è condivisa anche da L. DI LELLA, 'Querela', cit., 70.

³¹¹ V. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 670, il quale ipotizza che all'inizio «la invalidazione del testamento» fosse «attuata, in un primo tempo, dal pretore, che *causa cognita* nega le azioni ereditarie all'erede istituito».

³¹² Analogamente G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 414. Secondo l'illustre studioso all'epoca dei fatti, da lui collocati intorno al 67 a.C., la querela come «azione per sé stante» non esiste ancora ma è «confusa» con la *bonorum possessio*. Tuttavia il provvedimento pretorio in esame contiene «tutti i principii che regoleranno più tardi la querela»: la rilevanza esclusiva del vincolo cognatizio e la suddivisione procedurale in tre passaggi «1) la querela del cognato, 2) la *causae cognitio* da parte del pretore, 3) la concessione propriamente detta della b.p.». La conclusione cui perviene l'autore è che «da questa *bonorum possessio* attribuita dai pretori, sul finire della repubblica, ai cognati preteriti o diseredati nel testamento dei loro congiunti, si svolse, dunque la querella inofficiosi testamenti».

³¹³ Non sono d'accordo con J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 162 laddove reputa che «es decir, el texto de Valerio Máximo postula implícitamente la existencia de un remedio ordinario que podría haberse aplicado a este supuesto de hecho. Ese remedio no podía ser sino la *querella inofficiosi testamenti*». Se, infatti, l'impugnazione del testamento inofficioso davanti ai *centumviri* si fosse già stabilizzata, giammai – a mio modo di vedere – il pretore avrebbe agito nel modo in cui invece ha operato, sostanzialmente negando l'accesso ai *centumviri* e facendo sì che gli effetti della sentenza centumvirale discendessero da un suo provvedimento. Sono invece convinto che questo episodio testimoni la tensione dell'ordinamento verso il raggiungimento di un rimedio in grado di assicurare tutela ai parenti ingiustamente diseredati o esclusi: tensione che troverà la propria attuazione attraverso l'attività giudicante del collegio dei cento.

Ciò induce anche a rigettare l'opinione di quanti ritengono che la *querela* affondi le sue radici nell'attività dell'organo giurisdicente: il La Pira (che si muove sulle orme di Wlassak), principale esponente italiano di tale corrente, reputa, invero, che dalla *bonorum possessio* qui illustrata – che dunque doveva essere alquanto diffusa, e non limitata a codesto intervento eccezionale di Calpurnio Pisone –, concessa, sul finire della repubblica, ai cognati preteriti o diseredati, «si svolse ... la *querela inofficiosi testamenti*»³¹⁴, che prese avvio dalla pratica, delegata dal pretore a un suo ausiliario, di procedere ad una *causae cognitio* prima di accordare la *bonorum possessio*³¹⁵.

Tale posizione, come ho detto, non mi sembra convincente: lo stesso Valerio Massimo sottolinea l'estemporaneità dell'editto del pretore del 70 a.C., né nei suoi aneddoti ricorda altri casi simili³¹⁶; in secondo luogo, non emerge dal brano alcuna *causae cognitio* delegata ad un ausiliario: non mi pare che essa si possa rintracciare nella seconda parte del passo, ove lo scrittore ricorda le ragioni che avrebbero potuto spingere il magistrato ad assegnare autoritativamente il possesso dei beni, perché esse potrebbero essere le motivazioni immaginate da Valerio Massimo.

Il provvedimento che ne esce è, comunque, una delle prime risposte che si diedero alla problematica, anche se non è quella d'elezione³¹⁷.

Sia chiaro: egli avrebbe potuto sicuramente intervenire ed anzi ciò sarebbe stato probabilmente conforme al modo in cui l'ordinamento romano si

³¹⁴ Cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 415

³¹⁵ Specifica il La Pira che «il pretore, normalmente, prima di attribuire la *bonorum possessio*, demandava *extra ordinem*, al giudizio di un suo commissario, la *querella* deferitagli dal cognato diseredato o preterito. Il giudice doveva giudicare intorno al punto *an testamentum inofficiosum sit*. In conseguenza di questa pronuncia, il pretore attribuiva o non attribuiva la *bonorum possessio* al querelante. Si comprende, però, come siffatta pronuncia potesse dalle parti, mediante *sponsio praeiudicialis* (Gai 4.95), essere anche provocata dal tribunale centumvirale, al quale si portavano normalmente le cause ereditarie». V. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 415.

³¹⁶ Per M. MARRONE, *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., 82 «si deve ... ritenere che l'esempio di Calpurnio Pisone non abbia avuto seguito» a fronte del fatto che «in età successiva le questioni testamentarie di inofficiorità venivano discusse dinanzi ai Centumviri, sia che a proporre fosse stato un *heres civilis ab intestato* sia che no». Al più, continua l'autore siciliano, la *bonorum possessio* veniva in luce, nel regime dell'inofficiorità e secondo il *modus operandi* del pretore urbano del 70 a.C., quale *bonorum possessio litis ordinandae gratia*: invero, «la prassi che prevalse fu pertanto questa, che il Pretore dava sì una *bonorum possessio* a chi si proponeva di impugnare il testamento come inofficioso, ma consentiva poi all'erede testamentario di procedere con l'azione ereditaria e discutere la questione di inofficiorità dinanzi ai Centumviri».

³¹⁷ A tal riguardo va sottolineato l'isolamento in cui la testimonianza di Valerio Massimo versa nell'orizzonte letterario contemporaneo e successivo, che lo rende un provvedimento probabilmente non ripetuto. Riscontro si ritrova in un passo del Digesto, Marcian. 4 *instit.* D. 5.2.30 pr.: *Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest*. La fattispecie condensata nel frammento di Marciano è la medesima che ha costituito la scena dell'intervento del pretore Pisone. Qui, tuttavia, il giurista è esplicito nel considerare esperibile la *querela inofficiosi testamenti*, alla cui delineazione l'intero titolo delle Pandette è dedicato, e ciò getta luce sulle scelte rimediali successive al provvedimento pretorio, indirizzate alla sottoposizione della questione dibattuta alla cognizione di un organo giudiziario.

sviluppara³¹⁸, ma altrettanto probabilmente «vi rinunziò, lasciando che la materia fosse sistematicamente gestita dai centumviri»³¹⁹.

Solo il collegio centumvirale, forse in virtù della sua origine e composizione, poteva intervenire così evolutivamente sul sistema, mentre il pretore svolse il compito importantissimo di permettere a queste innovazioni di manifestarsi concedendo a meri *cognati* di arrivare ai centumviri: lo si vedrà meglio, però, nel prosieguo.

7. Bas. 39.1.1: schol. 1.

Allo spartito fin qui composto credo si debba aggiungere un dato.

Il concetto di inofficiosità del testamento è sicuramente noto già nel 70 a.C.: il termine è utilizzato in guisa 'tecnica' da Cicerone³²⁰, nella seconda orazione contro Verre:

Cic. *in Verr.* II 1.42.107: ... *Iure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum ...*

ma anche Calpurnio Pisone sembra – ancorché implicitamente – ad esso riferirsi nell'assegnare il possesso dei beni del figlio a un padre ingiustamente diseredato. Di lì, i riferimenti al concetto si fanno più frequenti, ma pur sempre nell'ambito di opere letterarie, che tramandano per lo più gli esiti dei processi centumvirali: per il resto, salvo l'episodio di Val. Max. 7.7.5 non si hanno menzioni del ruolo del pretore nell'apposizione e nell'evoluzione di uno strumento di tutela per i parenti diseredati o preteriti, né, soprattutto, si ha il ricordo della riflessione dei giuristi che, giusta la ricostruzione e la ricognizione delle fonti effettuata in precedenza, rimangono silenti fino all'età adrianea³²¹, allorché Giuliano per primo si occupa del tema del testamento inofficioso.

³¹⁸ Così M. MARRONE, *Sulla natura*, cit., 83 che sottolinea come «sarebbe stato pienamente conforme alla legge evolutiva del diritto romano che fosse intervenuto il pretore, accordando una *bonorum possessio contra tabulas* ai prossimi parenti, diseredati o preteriti senza giustificato motivo».

³¹⁹ V. L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 266.

³²⁰ Cic. *in Verr.* II 1.42.107. Sul testo v. L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 100 s.

³²¹ V. § 3.

Aggiungo adesso una testimonianza, trascurata in genere dalla dottrina³²², che proviene da uno 'scolio'³²³ a Bas. 39.1.1, relativo a D. 5.2.1: lo scrittore bizantino sta redigendo, probabilmente, un'introduzione alla *querela inofficiorum testamenti*; il taglio è didattico e tale dato depone, come si è visto, per la (possibile) ascrizione del passo ad uno degli *antecessores*, datandolo quindi al VI o VII sec.³²⁴; inoltre nel brano si fa riferimento direttamente ai passi della compilazione giustiniana³²⁵ e non alle clausole dei Basilici, segno che depone contro la possibilità che si sia dinanzi a uno degli *scholia nova*³²⁶.

A ogni modo, il maestro sta presentando il rimedio: esso permette di rescindere un testamento valido ed efficace, consentendo l'accesso all'eredità a parenti privati della medesima in modo ingiurioso, i quali non avrebbero potuto avvalersi di strumenti né derivanti dal diritto civile antico né da quello pretorio³²⁷.

Ciò detto, si veda il testo:

*Sch. ad Bas. 39.1.1: "Ἦν εὖρε μὲν ὁ δῆμος, αἱ δὲ διατάξεις ἐβεβαίωσαν"*³²⁸ ...

Il brano, nel trattare dell'origine dello strumento giudiziale, dice che esso fu introdotto dal 'popolo' e 'confermato' dalle costituzioni imperiali: trovo che esso sia molto preciso nel resoconto.

Si è visto infatti che l'organo originariamente preposto alla discussione della cause in cui fosse stata fatta valere l'inofficiorità del testamento era il tribunale centumvirale: la sua estrazione era popolare, dapprima forse su base gentilizia poi

³²² Il passo è 'catalogato' ma non discusso da E. RENIER, *Étude*, cit., 77, nt. 5.

³²³ È *protheoria* e *index* per G.E. HEIMBACH, in *Basilicorum Libri LX*, VI. *Prolegomena et manuale basilicorum continens*, Lipsiae, 1870, 233. In generale sugli indici nella letteratura giuridica bizantina v. P. PESCANI, voce '*Indices*', in *NNDI*, VIII, Torino, 1962, 603 ss. e J.H.A. LOKIN - T.E. VON BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 127 ss.

³²⁴ Per G.E. HEIMBACH, in *Basilicorum Libri LX*, VI, cit., 233 l'autore sarebbe Stefano, che, come noto, opera proprio tra il VI e il VII sec., avvalorando quindi la tesi che si tratti di scolio antico. Pensa a Stefano anche G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 426, nt. 3. Sull'*index* di Stefano v. C. FERRINI, *Intorno all'indice de' Digesti di Stefano (nota preliminare)*, in *Opere*. I, *Studi di diritto romano bizantino*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Milano, 1929, 297 ss.; P. PESCANI, voce *Stefano*, in *NNDI*, XVIII, Torino, 1971, 425 ss.

³²⁵ Nel medesimo testo si legge infatti ... "Ὅτι δὲ ὁ τὴν δεῖνοφικισσο κινῶν νερεδιτάτις πεπιτίονα κινεῖ, σαφέστερον ἔστι μαθεῖν ἐξ ὧν ὁ Σκαεβόλας φησὶν ἐν τῷ κ'. διγ. τοῦ παρόντος τίτλου καὶ ὁ Οὐλπιανὸς ὁ σοφώτατος ἐν τῷ ἐξῆς τίτλῳ πρὸς τῷ τέλει τοῦ ε'. διγ. ...

³²⁶ Per raggugli v. § 4.

³²⁷ Ovviamente l'esposizione è contestualizzata al tempo in cui il maestro teneva le proprie lezioni e quindi in età giustiniana o successiva: si ritrova infatti la concezione dell'inofficiorità come *causa actionis* (di una *petitio hereditatis*), che di certo non corrispondeva all'idea della giurisprudenza classica, ma neppure alla conformazione del rimedio ai suoi albori: v. B. BRUGI, '*Hereditatis petitio de inofficiorum*', cit., 115 ss.

³²⁸ Nella traduzione di Heimbach (IV, p. 1) suona: ... *invenit eam populus, confirmarunt constitutiones* ...

su base tributa. A tale particolarissimo giudice probabilmente l'*antecessor* si riferiva quando indicava il 'popolo', poiché non v'è menzione – né qui né in altre fonti – di alcuna legge che abbia introdotto la *querela*: per ovvi motivi, già *retro* espliciti, tale funzione credo non possa essere riconnessa alla *lex Glitia*, davvero troppo misteriosa³²⁹.

Ed è poi vero che lo strumento in parola fu confermato e implementato dagli imperatori: la ricognizione delle fonti ha dimostrato che i principi furono molto attivi, sotto il profilo normativo, in tema di *querela inofficiosi testamenti*. Anche a voler prescindere dai due interventi augustei ricordati da Valerio Massimo, abbiamo notizia negli scritti dei giuristi di provvedimenti di Traiano e Adriano, ma pure dei *Divi Fratres* e di Antonino Pio, mentre – come visto – i giuristi occuparono la scena solo dopo l'età adrianea, per raggiungere il culmine in età severiana (si ricordi, invero, che Gaio non tratta, né nelle *Institutiones* né nelle *Res Cottidianae*, perlomeno nei frammenti sopravvissuti, della *querela*).

Il riferimento alla genesi 'popolare' ritorna anche oltre nello stesso scolio:

Sch. ad Bas. 39.1.1: ... ἐλέησε τούτους ὁ δῆμος καὶ ἐπέτρεψεν αὐτοῖς κινεῖν τὴν δεῖνοφικίσο³³⁰...

Ivi il riferimento ai centumviri – e non a una legge – diventa più probabile: poco prima, in una parte non trascritta, l'*antecessor* disquisisce della libertà testamentaria, che dice essere stata accordata ai cittadini *παρά τῶν νόμων* (che sia allusione alle XII Tavole?): se avesse ritenuto di fonte legislativa anche la *querela*, non avrebbe di certo esitato a utilizzare le stesse parole.

Invece, riferisce nuovamente che il 'popolo', mosso a compassione verso i parenti esclusi, concesse loro di agire *de inofficioso*: possibile quindi che sia ricordo degli antichissimi – per il tempo – processi centumvirali, in cui ai querelanti veniva riconosciuto il diritto di eliminare un testamento e di giungere ad ottenere i beni del defunto.

Alla luce di quanto esposto, dunque, sono persuaso dall'idea di un'origine centumvirale della 'questione di inofficiosità': a supporto, ho ritenuto di addurre anche questo brano, che – a dispetto della lontananza dal tempo di apposizione dello strumento processuale oggetto di questa ricerca – rappresenta la nascita del rimedio in modo sorprendentemente preciso e in linea con le altre fonti a noi giunte.

³²⁹ V. § 3.

³³⁰ Nella traduzione latina di Heimbach (IV, p. 1) suona: ... *populus eorum misertus est, iisque querela inofficiosi agere permisit* ...

CAPITOLO SECONDO

La ricostruzione dell'azione di inofficiosità sotto il profilo processuale: tra liturgia sacramentale e agone 'extra ordinem'

SOMMARIO: 1. La struttura dell'azione di inofficiosità alla sua origine: le due possibili alternative. – 2. Le teorie di Pasquale Voci e Luigi Di Lella. – 3. Fonti che depongono per la natura di mezzo petitorio. – 4. Fonti che depongono per la natura di mezzo rescidente. – 5. Di nuovo su Val. Max. 7.7.2: tentativi di spiegazione. – 6. Una prima conclusione. – 7. . La finalità originaria del rimedio: la rimozione della ingiustificata diseredazione di un successibile civile. – 8. Alcune notazioni dottrinali. – 9. Il fondamento è l'*iniuria*, mentre il *color insaniae* è semplice espediente demolitorio. Differenze ontologiche, complementarietà di funzione. – 10. Il problema dell'esclusione di un non successibile civile. – 11. Ulteriore conclusione. – 12. Le tracce di un presunto intervento pretorio: la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*. – 13. La *bonorum possessio litis ordinandae gratia* secondo la dottrina. In particolare la teoria di Matteo Marrone e la sua critica. – 14. Sulla non necessità procedurale della *bonorum possessio litis ordinandae gratia* nella liturgia sacramentale. – 15. Esperimento dell'azione secondo le forme *extra ordinem*. Elasticità di movenze e preconstituzione del titolo come superamento del rito decemvirale. – 16. Ipotesi di concorso di domande con *petitum* differente: rescissione e rivendica. – 17. La *querela inofficiosi testamenti* come azione esclusivamente *extra ordinem*.

1. La struttura dell'azione di inofficiosità alla sua origine: le due possibili alternative.

Il presente capitolo sarà dedicato alla ricostruzione del regime processuale del rimedio di inofficiosità: tema, quest'ultimo, alquanto incerto, non solo a causa delle divisioni che si registrano in dottrina, ma anche per il carattere anodino di certi testi, i quali potrebbero piegarsi a differenti letture.

Il primo scoglio da superare concerne la configurazione dell'azione, nel senso vuoi di mezzo petitorio vuoi di mezzo rescidente: si passeranno in rassegna, quindi, le principali testimonianze che depongono in un senso o nell'altro, tenendo presente, però, che la questione di inofficiosità – all'inizio esperibile solo dinanzi ai centumviri – a partire dall'epoca classica, e, per me, massimamente dall'età adrianea, venne sempre più spesso sottoposta ad un *iudex* della *cognitio extra ordinem*. Tale mutamento del 'rito' potrebbe, in realtà, sottendere anche un cambiamento nella struttura e negli effetti della querela.

Comincerei l'illustrazione muovendo da un noto brano di Valerio Massimo³³¹, a lungo oggetto di studio, che per molti rappresenta il primo esempio di *querela inofficiosi testamenti*³³².

Val. Max. 7.7.2: *Item M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romani filius, a Sufenate auunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumuiros rescidit, cum in eo Tullianus Pompei Magni familiaris ipso quidem Pompeio signatore heres scriptus esset. itaque illi in iudicio plus cum excellentissimi uiri gratia quam cum parentis cineribus negotii fuit. ceterum quamuis utraque haec aduersus nitebantur, tamen paterna bona optinuit: nam L. quidem Sextilius et P. Popilius, quos M. Anneius sanguine sibi coniunctos eadem ex parte qua Tullianum heredes fecerat, sacramento cum adulescentulo contendere ausi non sunt, tametsi praecipuis eo tempore Magni uiribus ad defendendas tabulas testamenti inuitari poterant, et aliquantum adiuuabat heredes quod M. Anneius in Sufenatis familiam ac sacra transierat. sed artissimum inter homines procreationis uinculum patris simul uoluntatem et principis auctoritatem superauit*³³³.

³³¹ Si sono occupati del passo G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 415, nt. 1; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 671; A. WATSON, *The law of succession*, cit., 62 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 33; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 38 ss., 52 ss., 98 ss.; A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, cit., 11, nt. 37; G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 281; E. NARDI, *Una 'dubitatio' da chiarire*, in *Scritti minori*, I, rist. Bologna, 1991, 613 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 161; L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 112, nt. 29; P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di 'rescindere' nell'esperienza di Roma antica*, Torino, 2013, 196 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 103 ss.; G. GULINA, *'Hereditatis petitio'*, cit., 59 ss.

³³² Cfr P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 671. Per il La Pira, sostenitore, invece di un'origine pretoria della querela, questo passo «va interpretato o nel senso che la querela fosse già stata ricevuta dal ius civile, o nel senso che il figlio avesse ottenuto vittoria nella sponsio e, in base a ciò, avesse ottenuta la b.p.». L. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 415 nt. 1. Sul passo v. anche A. WATSON, *The Law of Succession*, cit., 65 ss.; G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 281 ss.; E. NARDI, *Una 'dubitatio'*, cit., 613 ss.

³³³ Il passo va peraltro collocato nella più ampia discussione relativa alla legittimazione alla *q.i.t* dei figli dati in adozione avverso il testamento del padre naturale: sul punto si tornerà in seguito, e quindi è sufficiente adesso un brevissimo cenno. Il problema è legato ad una costituzione giustiniana (*Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* C. 8.47.10) del 530, con la quale la cancelleria imperiale è intervenuta a dirimere la controversia e a risolvere *ex auctoritate* una *dubitatio antiquae sapientiae*. Infatti, stando ai riferimenti contenuti nella *constitutio*, al tempo della giurisprudenza severiana i *sapientes* erano divisi circa l'esperibilità dell'azione da parte del figlio in adozione: Papiniano era contrario, Paolo taceva, Marciano operava una distinzione, nel senso di consentire la querela qualora il figlio non avesse la speranza di ottenere alcunchè dal padre adottivo (probabilmente per miseria dello stesso, come ritiene Nardi). Giustiniano interviene sancendo che con l'adozione da parte di un estraneo il vincolo di paternità naturale non si scioglie, ma permane in vita come se il figlio non fosse passato nella famiglia del padre adottivo. Per il La Pira il passo è indubbiamente interpolato nella parte in cui riferisce gli estremi della diatriba che ha avvolto la

Il figlio del cavaliere Marco Anneo Carseolano, dato in adozione in tenera età, impugna il testamento del padre naturale nel quale era stato pretermesso, a vantaggio dell'istituzione d'erede di altri tre soggetti: Tulliano, familiare di Pompeo, Lucio Sestilio e Publio Popilio, quest'ultimi due *cognati* dell'ereditando. L'organo giudiziario è il collegio dei centumviri davanti al quale *testamentum naturalis patris rescidit*. L'atto di ultima volontà viene quindi eliminato e privato della sua rilevanza per il diritto.

L'effetto giuridico che consegue all'esperimento dell'azione è assolutamente innovativo perché il testamento è *iure civili* perfettamente valido e in grado di esplicitare la sua efficacia, mentre l'attore non può vantare alcun titolo legittimante l'impugnativa³³⁴ se non, appunto, il vincolo cognatizio³³⁵ e la supposta

giurisprudenza severiana. Infatti «i testi di Valerio Massimo ... e, più che altro, il nesso di coordinamento fra la querella e la classe dei cognati ci autorizzano a credere che anche il figlio dato in adozione potesse intentare la querella inofficiosi testamenti. ... Dato il fondamento cognatizio della querella non crediamo che, come principio, Papiniano avesse negato la querella al figlio dato in adozione. La controversia riferita da Giustiniano avrà avuto probabilmente riguardo ad una decisione di specie in cui era possibile una diversità di vedute». G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 420 ss., 485 ss. Tuttavia Nardi ha dimostrato che non vi è motivo per dubitare della genuinità del passo. L'adozione rompe ogni legame con il padre naturale, perché ad esso si sostituisce un nuovo padre per cui «niente di strano che anche all'epoca dei severi il giurista meno giovane sostenesse la tesi che la *querella inofficiosi* l'adottato può farla valere solo contro chi gli è giuridicamente padre, cioè l'adottivo, e non l'altro, di cui, per essere divenuto agnato del primo, non è più che cognato». Il riferimento per il periodo precedente è appunto il testo di Valerio Massimo che mi appresto ad analizzare. E. NARDI, *Una 'dubitatio'*, cit., 626. Sulla costituzione giustiniana v. anche P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 672 ss; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 170 ss; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 226 ss; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 102 ss. Ampia disamina della costituzione sarà condotta nel cap. V.

³³⁴ Egli è mero parente *cognatus* e non vanta alcun titolo successorio: al tempo della controversia, infatti, la gerarchia dei successibili era essenzialmente dettata dalla legislazione duodecimtabulare (Tab. 5.4-5), che imperniava l'intero sistema – di *ius civile* – sul vincolo agnatizio, ossia sulla 'discendenza in linea maschile' non interrotta da alcuna *capitis deminutio* (v. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 151 per il quale l'*adgnatio* è «la parentela secondo il diritto civile, la quale, per linea maschile, unisce tutti coloro che si sarebbero potuti trovare sotto la *potestas* di un unico *paterfamilias*: coloro, cioè, che discendono, in via di filiazione legittima, e quindi per linea maschile, da un comune capostipite e non hanno subito *capitis deminutio*). Al primo posto venivano chiamati i *sui heredes*, in loro mancanza l'*agnatus proximus*, infine, in via assai residuale in età tardorepubblicana, i *gentiles*. V. S. PULIATTI, *'De cuius hereditate agitur'*. *Il regime romano delle successioni*, Torino, 2016, 6 ss.

³³⁵ Una definizione di *cognatio* è stata redatta da Labeone a cavallo tra I sec. a.C. e I d.C. e la leggiamo in Ulp. 46 *ad ed.* D. 38.8.1.1: *Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Lab eo ait, quasi commune nascendi initium habuerint*. Il fatto che il conio di questa enunciazione definitoria risalga a Labeone provverebbe un'emersione molto recente della categoria per L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 65, il che si porrebbe in contrasto con l'idea che le clausole correttive in materia di successione, create dal pretore valorizzando il vincolo cognatizio, rimontassero già al tempo di Cicerone o anche prima.

violazione dell'*officium pietatis*³³⁶. A seguito della pronuncia rescindente il figlio *paterna bona optinuit*³³⁷ poiché gli eredi scritti *sacramento cum adulescentulo*

³³⁶ Il concetto di *officium pietatis* è centrale nella nascita e nello sviluppo dell'azione di inofficiosità: esso si concreta in un dovere che il *de cuius* è tenuto a osservare nei confronti dei più stretti congiunti. Per *pietas*, in particolare, si intende quel valore «che unisce le persone sulla base dei vincoli di sangue, stabilendo doveri e aspettative reciproci indipendenti dai rapporti agnatici, fondati sul *ius civile*», come sottolineato da G. RIZZELLI, *Padri romani. Discorsi, modelli, norme*, Lecce, 2017, 32. Nella declinazione di *officium pietatis*, compare già all'inizio del Titolo *de inofficioso testamento* del Digesto: v. Marcian. 4 *ist.* D. 5.2.2: *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.* Secondo la Querzoli «l'aggettivo *inofficiosum* sembra comparire nel linguaggio giurisprudenziale ... nel II sec d.C. nella prosa del più eminente giurista e anche influente *consiliarius* imperiale, fra l'età di Adriano e quella dei *Divi Fratres*: Salvio Giuliano» (v. S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 152). In realtà il concetto di inofficiosità del testamento è conosciuto da tempo nel pensiero romano come emerge da Cicerone (Cic. *in Verr.* II 1.42.107: ... *Iure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum*) e da Quintiliano (Quint. *inst. orat.* 9.2.9: ... *ut Asinius: 'Audisne? furiosum, inquam, non inofficiosum testamentum reprehendimus'*). Il fatto che non ci siano attestazioni più antiche non significa che i giuristi precedenti si siano disinteressati della tematica ritenendola probabilmente appannaggio dei retori. Dello stesso parere si dimostra L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 100, per il quale «all'epoca di Cicerone il concetto di inofficiosità aveva un contenuto ben determinato, e che lo stesso, riferito al testamento, significava violazione da parte del *de cuius* di un dovere impostogli da precise valutazioni di ordine sociale». Si generò dunque a livello di sentire comune una norma di ordine squisitamente morale che imponeva al testatore di osservare il dovuto rispetto verso i più stretti congiunti al fine di adempiere fino in fondo al proprio mestiere di cittadino e di uomo. L'emergere della parentela di sangue a discapito dell'antico vincolo agnatizio ormai non più attuale a fronte dell'affermarsi della *civitas* come ordinamento politico predominante è la condizione imprescindibile per il sorgere di un tale *officium*, per la sua concezione logica così distante, mi sembra, dall'universo dei doveri giuridici, sicuramente alieno dalla disciplina ereditaria. Questo concetto 'etico' transitò nel giuridicamente rilevante comportando una stringente circoscrizione della libertà testamentaria non più solo onerata di rispettare un vincolo di forma pena l'inutilità della sua esplicazione (cd. successione necessaria formale). Il punto è come questo obbligo morale abbia potuto varcare i limiti della pura socialità assurgendo a istituto informante il mondo del diritto. La risposta va ricercata proprio nella connotazione di tale precetto della morale in termini di *officium*. È possibile che ciò sia stato reso possibile dalla riflessione ciceriana, compendiata nel *de officiis*. Il titolo non è stato scelto casualmente ma è frutto di una ponderazione in cui l'Arpinate ha chiesto consiglio all'inseparabile Attico sulla correttezza della traduzione del *kathecon* paneziano con *officium* (Cic. *Att.* 16.14.3). La sua etimologia proviene probabilmente dalla combinazione di *opus* e *facere* con una primitiva fusione in *opafacium* e *opificium* (*contra* R. FIORI, *'Bonus vir'. Politica filosofia retorica e diritto nel 'de officiis' di Cicerone*, Napoli, 2011, 125 che opta per *op-faciom '(das) Auferlegtwerden'). Esso indica dunque il facimento di un'opera, il fare una cosa. Nella propria tesi di dottorato, Bernert propose, con grande fortuna vista la condivisione che Schulz farà della sua teoria, un trasferimento del significato da un originario piano oggettivo ad un senso più soggettivo, legato all'uomo, al suo mondo, a ciò che lo rende tale. Da compimento di un'azione, l'*officium* diviene un compito dell'agente nel fare qualcosa. Sarà Fritz Schulz nel suo celeberrimo *Principii del diritto romano* a riprendere il pensiero su esposto sviluppandolo. Nella parte in cui tratta della separazione tra diritto e morale egli scrive che lo *ius* «si presenta inserito nell'insieme dell'attività sociale della comunità organizzata. Sulla sua formazione influiscono le relazioni e le opinioni economico-politiche, ed anche le concezioni del costume e della moralità» (cfr. F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, Firenze, 1995 [anast.], 17). Esiste un sfera in cui si situa esclusivamente la regola giuridica, con la

sua funzione di coordinamento delle individualità che compongono la società. Al lato opposto stanno le norme che discendono dall'*ethos* e dalla consuetudine sociale, incapaci di abbandonare i lacci del giuridicamente irrilevante ma al contempo foriere di stabilità relazionale. Nel mezzo, un'ampia zona di indifferenza in cui la morale si fa diritto attraverso meccanismi spesso oscuri e in cui interessi prima ignorati acquisiscono tutela proprio come nel caso del dovere di pietà. «L'ordine giuridico è legato con l'ordine sociale non giuridico: accanto all'ordinamento del diritto sta l'ordinamento del costume e della morale, quella cerchia di obblighi extragiuridici che proprio nel mondo romano ha tanta importanza anche per la vita del diritto, e che formano il contenuto prevalente della parola *officium*» (v. F. SCHULZ, *I principii*, cit., 17). L'azione di inofficioritas costituisce la risposta all'emersione da questa zona di indifferenza del dovere di rispetto; anzi essa stessa ne rappresenta la giuridicizzazione e ne consente la formalizzazione in un ente del diritto idoneo a produrre effetti anche in quest'ordine. Nel momento in cui l'impegno morale di non privare i congiunti delle aspettative ereditarie che il vincolo di consanguineità generava e l'affetto parentale corroborava si emancipò da una sanzione meramente sociale legata al biasimo e alla vergogna, poté rendersi possibile l'avvento del *ius*. La riprovazione della comunità lascia il posto ad un provvedimento attivo di eversione della volontà inottemperante e di accoglimento di interessi fino ad allora sconosciuti. Tuttavia lo sdegno che l'inottemperanza portava continuò ad aleggiare e spesso a precludere l'attivazione del rimedio giuridico, segno che il concetto di inofficioritas non abbandonerà mai del tutto la sua genesi etica e se possibile continuerà a subire una 'doppia sanzione'. Così nel caso narrato da Valerio Massimo due fratelli uniti in vita vengono divisi dal testamento cui il primo dipartito consegnò una volontà irrispettosa. La fattispecie è tradita in Val. Max. 7.8.4: *Item Pompeius Reginus uir transalpinae regionis, cum testamento fratris praeteritus esset et ad coarguendam iniquitatem eius binas tabulas testamentorum suorum in comitio incisas habita utriusque ordinis maxima frequentia recitasset, in quibus magna ex parte heres frater erat scriptus, praelegabaturque ei centies et quinquagies sestertium, multum ac diu inter adsentientes indignationi suae amicos questus, quod ad hastae iudicium adtinuit, cineres fratris quietos esse passus est. et erant ab eo instituti heredes neque sanguine Regino pares neque proximi, sed alieni et humiles, ut non solum flagitiosum silentium, sed etiam praelatio contumeliosa uideri posset.* Il fratello morto aveva pretermesso P. Regino nel testamento, mentre quest'ultimo lo aveva onorato con un'istituzione d'erede in quota rilevante e con un prelegato di cospicuo ammontare. La lettura delle tavole generò sdegno tra gli astanti, ma la loro efficacia non venne toccata poiché *cineres fratris quietos esse passus est*. L'atto di ultima volontà avrebbe ben potuto essere inficiato mediante l'azione di inofficioritas, tuttavia Regino preferì esularsi dal giudizio centumvirale per evitare alla memoria del fratello un contenzioso che avrebbe avuto forti ricadute sul piano giuridico, assommantisi a quelle già gravi sul piano sociale. La scelta non sembra condivisa da Valerio Massimo nel cui commento emerge una sorta di incredulità verso il contenuto del testamento che ha onorato persone estranee alla cerchia familiare del *de cuius* trascurando i vincoli di sangue che lo legavano al fratello. La pretermissione è dunque scandalosa e la preferenza accordata agli eredi scritti contumeliosa. Analoga riprovazione dovette suscitare il testamento di Ebuzia, moglie di Lucio Menenio Agrippa. Val. Max. 7.8.2: *Vita Tuditani demens, Aebutiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias ~ Pletoniam et Afroniam, animi sui potius inclinatione prouecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis comota, Pletoniam tantum modo heredem instituit: filiis etiam Afroniae ex admodum amplo patrimonio xx nummum legauit. Afronia tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia honorare quam iudicio conuellere satius esse duxit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendens quo eam aequiore animo sustinebat.* Madre di due figlie *simillimae probitatis* istituì erede solo Pletonia trascurando completamente Afronia. Nella scelta si basa solo su di una non meglio definita 'inclinazione dell'animo' senza prendere in considerazione i propri *officia* e dimenticando che la figlia non le aveva mai arrecato *iniuria*. A questo punto scatta la sanzione sociale della riconduzione della volontà della donna ad una situazione di *furor*. Ella è tutt'altro che incapace, ma l'atto testamentario riflette un comportamento talmente offensivo e ingiustificato da sembrare irreali e opera di una pazza. Tuttavia anche qui Afronia *cum sorore sacramento contendere noluit* dimostrando una *dignitas* straordinaria a fronte dell'*iniuria* perpetrata dalla madre. A quanto sembra

contendere ausi non sunt, pur potendo respingere la sua pretesa sostenendo la rottura di ogni vincolo agnatizio e il passaggio dell'attore nel culto domestico dello zio.

La sommaria parafrasi testè condotta non veicola tuttavia i problemi di ricostruzione che affliggono la fattispecie, incentrati – a mio modo di vedere – sul numero e sul tipo di azioni incardinate dal figlio preterito.

Ad una iniziale lettura sembra potersi arguire, infatti, che davanti al tribunale il figlio abbia incardinato due rimedi giudiziari. Dapprima un'impugnativa del testamento con la quale consegue la rescissione del medesimo e dunque la declaratoria della sua irrilevanza giuridica (con la logicamente conseguenziale apertura della successione legittima). Poi un'azione petitoria volta

dunque il concetto di inofficiosità del testamento trovò la sua genesi nell'ambito della coscienza della collettività che a poco a poco iniziò a considerare non rispettosa dei vincoli che legano i consociati tra loro una volontà negligente delle aspettative ereditarie di soggetti che col defunto avevano avuto in vita un rapporto di sangue costituente la base di un legame affettivo. La sanzione dovette essere inizialmente solo di carattere etico e sociale, provocando il biasimo degli altri membri della *civitas* e una sorta di condanna della memoria *ante litteram*. Il defunto era infatti venuto meno ad un suo *officium* spezzando una delle regole dell'universo morale romano. A poco a poco, tuttavia, dalla pura rilevanza sociale si passò ad una giuridicizzazione della sanzione perseguita tramite l'esperimento di un'azione e di conseguenza ad una riqualificazione dell'*officium pietatis* in termini di dovere giuridico vincolante l'esplicarsi della volontà testamentaria. Per un ulteriore esempio di *officium pietatis* v. F. BOTTA, *La vendetta come 'officium pietatis'*, in *Diritto@Storia*, XIII, 2015 che analizza il dovere, per gli eredi (dapprima solo per quelli appartenenti al gruppo familiare, poi anche a quelli estranei), di promuovere la persecuzione giudiziaria degli uccisori del *de cuius*.

³³⁷ La Coppola Bisazza pare discostarsi dell'idea che il *paterna bona optinuit* alluda all'acquisto *iure civili* dei beni, quale esito dell'agone giudiziario attivato dal figlio pretermesso: per l'autrice, che *in parte qua* accoglie l'impostazione 'processuale' inaugurata da Matteo Marrone, su cui mi soffermerò ampiamente più avanti, «occorre rilevare che il figlio dato in adozione avrebbe potuto avere la meglio in una *querela* contro il testamento paterno, nella parte in cui era stato nominato Tulliano, familiare di Pompeo, cosa possibile anche alla fine della Repubblica, epoca nella quale si colloca l'episodio esaminato, in quanto anche chi non era più, *iure civili*, parente legittimo del *de cuius*, poteva ugualmente, attraverso la concessione della *bonorum possessio*, litigare assumendo nel giudizio la posizione privilegiata di possessore. Tanto è vero che Valerio Massimo parla di ottenimento dei *paterna bona*, cioè, a nostro avviso, del possesso dei beni e non della qualità di erede da parte del figlio ormai uscito dalla famiglia agnatizia del testatore. Il che significa che il figlio di Annio chiese ed ottenne dal pretore la *possessio bonorum*, presupposto per poter assumere, appunto, in una eventuale *legis actio sacramento*, lo *status* di possessore». Tuttavia, non mi sembra che il testo legittimi una lettura di tal fatta: in particolare, non è dato evincere se effettivamente il figlio pretermesso abbia condotto il processo nel ruolo di convenuto. Anzi sembra proprio il contrario: a siffatta conclusione mi porta la considerazione che, se ad agire fossero stati gli eredi scritti, giammai questi si sarebbero poi rifiutati di prestare il *sacramentum*. V. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 104, nt. 32. Ciò detto, si deve rilevare come anche A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 180 abbia espresso però qualche dubbio sull'espressione in esame, poiché nel testo non sarebbe specificato «come il vincitore sarebbe pervenuto a conseguire nel caso concreto i beni ereditari»: tale asserzione discende dalla nota posizione del Burdese relativa all'assenza della cd. condanna in natura nel processo per *legis actiones*. Tuttavia, come si è visto nel precedente capitolo, credo che nella liturgia quiritaria – giusta la lettura proposta di Gai 4.48 – fosse ammessa la condanna in forma specifica, eseguibile poi tramite autorizzazione all'uso della violenza, da parte del vincitore, per l'apprensione dei beni.

al conseguimento dei beni, alla quale gli eredi scritti non vollero controbattere e che presumibilmente non passò alla fase *apud iudicem*³³⁸.

Tuttavia dall'andamento del testo sembra altresì possibile che egli abbia proposto una sola azione cui gli eredi non si opposero pur avendo argomenti, anche convincenti, per resistere in giudizio *ad defendendas tabulas testamenti*: non vi è infatti menzione diretta di alcuna duplicità, ma solo di un *sacramentum*, che gli eredi scritti (*rectius*: alcuni di essi, come si vedrà) non prestarono.

A lato di questo primo problema, si stagliano altri interrogativi: come si è giunti alla eliminazione del testamento e all'assegnazione dei beni ereditari al figlio? E, soprattutto, a che titolo tali beni gli pervennero? Egli non era successibile civile in quanto l'adozione aveva scisso ogni vincolo parentale rilevante per il *ius civile*³³⁹, ma non era neppure legittimato *ex iure praetorio* perché né la *bonorum possessio contra tabulas* né la *bonorum possessio sine tabulis unde cognati* (ma neppure la *unde liberi*) erano state introdotte al tempo del processo, datato al 52 a.C.³⁴⁰.

³³⁸ Tale configurazione è ritenuta l'unica possibile da G. GULINA, *Il pretore*, cit., 266 ss. secondo cui «la successione narrativa non può che conseguire alla successione cronologica delle iniziative» a tal punto che «non mi pare che la fonte possa essere letta in altro modo». Questa posizione è stata poi ribadita in G. GULINA, *'Hereditatis petitio'*, cit., 62. Vedremo, invece, come vie interpretative ulteriori possano ben essere battute, dando senso e compiutezza ad un passo dalla, è doveroso ammetterlo, difficilissima esegesi.

³³⁹ V. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone*, cit., 63 ss.

³⁴⁰ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., 671; E. NARDI, *Una 'dubitatio'*, cit., 620; G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 282, nt. 41. Per L. VACCA, *In tema*, cit., 169 s. esse erano ignote alla fine della Repubblica – e prova ne sarebbe il fatto che il pretore, organo il quale, per l'autrice, si è in prevalenza fatto carico, sino all'età adrianea, di «forzare gradualmente le strutture formali del *ius civile*, sino ad affermare decisamente la prevalenza dei *iura naturalia*» in ambito successorio «si limitava a intervenire in via suppletoria al *ius civile* per assegnare la *possessio* dei beni ereditari anche a persone che non fossero eredi testamentari o legittimi» –, ma erano note a Labeone, con la conseguenza che vennero formandosi proprio negli ultimi anni del I sec. a.C. In ogni caso, mi sembra convincente la posizione di L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 54 ss. per il quale non può dirsi raggiunta, per il I sec. a.C., la prova dell'esistenza del «sistema» della *bonorum possessio unde cognati*. Le fonti cui possiamo attingere, dice lo studioso, «se depongono per l'esistenza della *b.p. secundum tabulas* e di quella *ab intestato* riconosciuta ai *legitimi*, non consentono tuttavia di affermare l'esistenza di una clausola edittale relativa ai *cognati*, quale è nota nell'editto adrianeo». La sussistenza delle due clausole della *bonorum possessio secundum tabulas* e di quella *sine tabulis unde legitimi* sarebbe testimoniata da due passi di Cicerone (Cic. *in Verr.* II 1.45.117, per la prima, e Cic. *in Verr.* II 1.45.114, per la seconda), ma non vi sarebbero elementi deponenti in favore della *sine tabulis unde cognati*: l'unico testo adducibile, ossia Cic. *pro Cluent.* 60.175 (che qui riporto: *At heres est Cluentius. Intestatum dico esse mortuum possessionemque eius bonorum, ex edicto praetoris, huic, illius sororis filio, adulescenti pudentissimo et in primis honesto, equiti Romano datam, Numerio Cluentio, quem videtis*). Il caso sottostante è quello di un figlio della sorella del defunto, il quale, pur non essendo erede civile – manca ogni vincolo agnatizio –, ottiene dal pretore la *bonorum possessio*. Questa, però, non è, stando al Di Lella, la *bonorum possessio unde cognati*, ma quella comunemente chiamata *bonorum possessio sine lege aut sine testamento*, di cui è ricordo in un altro passo dell'Arpinate, ossia Cic. *part. or.* 28.98 (che recita: *Atque eius quidem generis finis est aequitas, quae non simpliciter spectatur sed ex comparatione nonnumquam, ut cum de verissimo*

Si pone di fatto un'alternativa, che dal passo in esame si amplia alla configurazione originaria della *querela inofficioris testamenti*.

1) L'azione esperita è puramente rescindente, teleologicamente preordinata all'eliminazione del testamento e all'apertura della successione *ab intestato*. In questo caso, tuttavia, non si comprende come il figlio abbia potuto, poi, *optinere bona paterna* perché difetterebbe in capo a lui un titolo di acquisto giuridicamente riconosciuto nella gerarchia dei successori legittimi, esclusivamente imperniata sul legame agnazio nel rispetto della normativa decemvirale.

2) L'azione è *ab origine una vindicatio hereditatis*³⁴¹ volta al conseguimento dei beni. Ma a costituire un ostacolo è qui la legittimazione³⁴² attiva all'azione, nonché la legittimazione passiva del convenuto. Può incardinare la stessa solo l'erede contro i possessori dell'eredità *sine titulo*³⁴³. Tuttavia vi sarebbe un'incomprensibile inversione dato che l'attore non è erede e rivendica i beni contro coloro che invece possono fregiarsi di tale *status*. Una simile soluzione in compenso permetterebbe di superare l'ostacolo rappresentato dal titolo d'acquisto poiché

accusatore disputatur aut cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio, in quibus causis quid aequius aequissimumve sit quaeritur): chiosa l'autore napoletano che «la *bonorum possessio* accordata a persone diverse dai successori civili (*sine lege ... sine testamento*) è fondata quindi su principi di *aequitas*, la quale, a differenza di quella *absoluta* cui è ricondotta la concessione del possesso ai *legitimi*, va ricercata di volta in volta mediante giudizio comparativo da effettuarsi dal pretore, inteso a stabilire *quid aequius aequissimumve sit*». Tale impostazione, così netta a livello di costruzione dogmatica, è tuttavia mitigata dal Di Lella non appena calata nella concretezza pratica della sua applicazione, poiché questa *b.p. sine lege aut sine testamento* era per lo più accordata ai *cognati* «perché l'*aequitas* imponeva che essi fossero in linea di principio preferiti agli estranei, ancorché legati da vincoli di amicizia con il defunto». Sulla *bonorum possessio* in questione v. anche A. TORRENT, 'Ultio necis', 'indignitas' y *Senadoconsulto Siliano*, in *BIDR*, CIII-CIV, 2000-2001, 112 ss.

³⁴¹ Uso questa denominazione sull'alveo delle riflessioni di R. QUADRATO, voce *Petizione di eredità (dir. rom.)*, cit., 609 per il quale «è molto probabile che il nome originario» della petizione d'eredità «fosse *vindicatio hereditatis*, che si trova ancora impiegato nelle opere della giurisprudenza e nelle costituzioni imperiali del II e III secolo d.C. Per l'epoca delle *legis actiones* l'espressione *hereditatis petitio* sarebbe stata, secondo il Wlassak, «un orribile barbarismo per orecchie romane»».

³⁴² Intesa, sulle orme di M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla 'hereditatis petitio'*, Milano, 1956, 11 come «quella relazione, in generale di identità, fra le parti del processo ed i soggetti del rapporto giuridico dedotto in giudizio, che permette di prendere fra le parti in causa (intese in senso processuale) il provvedimento sul contenuto del rapporto sostantivo»: continua l'autore, dunque, che «la legittimazione si presenta ... in diritto romano, analogamente a quel che accade nel diritto odierno, come condizione del provvedimento di merito, ossia come condizione dell'*actio*, in quanto i romani configurano quest'ultima categoria nel cd. modo concreto».

³⁴³ Cfr. G. LONGO, *L' 'hereditatis petitio'*, cit., *passim*; S. DI PAOLA, *Saggi*, cit., 41 ss.; M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 1 ss. Per S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur*, cit., 45, siffatta azione competeva «soltanto all'erede civile contro chiunque possedesse anche un solo bene ereditario, sia che costui, interrogato *in iure* circa il suo titolo, si qualificasse erede ... sia che non allegasse alcuna giustificazione del suo possesso».

analizzando la struttura del *lege agere sacramento in rem*³⁴⁴ entrambi i contendenti sostengono di avere un giusto diritto sulla cosa (in questo caso sull'asse ereditario inteso nel suo complesso) e la vittoria dell'uno costituisce titolo acquisitivo anche se, per errore, il vero proprietario fosse stato il soccombente³⁴⁵. Ma si pone il problema di spiegare come superare la presenza del testamento visto che non potevano essere apportate modifiche ai *certa verba* della 'liturgia' da pronunciare e la vittoria dell'*heres scriptus* sarebbe stata quasi scontata³⁴⁶.

2. Le teorie di Pasquale Voci e Luigi Di Lella.

Sostenitore autorevole della prima tesi, e quindi fautore di una natura solo rescindente della *querela inofficiorum testamenti*, fu Pasquale Voci³⁴⁷. Egli, che nel passo da cui l'analisi ha preso le mosse vedeva la prima affermazione della querela, sostiene la netta differenza tra *vindicatio hereditatis* e la *querela* di inofficiorum. Oltre agli argomenti da me già portati, rileva come le due azioni differissero per il regime della trasmissibilità, per la prescrizione (quinquennale per il rimedio di inofficiorum), nonché per la constatazione che «dall'esame delle opere dei giuristi non risulta che la querela sia stata trattata nella *sedes* della *petitio hereditatis*»³⁴⁸, cosa inspiegabile supponendo un'identità tra i due strumenti. Concepisce dunque la querela in funzione servente ad una *vindicatio*; pertanto «l'erede necessario non può

³⁴⁴ Nel processo reale quiritario (almeno fino all'introduzione della *sponsio*) non esisteva una distinzione tra attore e convenuto poiché «le parti pronunziano entrambe la stessa *actio*, che, nel caso dell'*agere in rem*, assume il nome specifico di *vindicatio*». M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 296.

³⁴⁵ Ciò discende, io credo, dalla conformazione del formulario, incentrato sul *meum esse ex iure Quiritium* e dalla strutturazione della sentenza che acclarando quale dei due *sacramenta* sia *iustum* accertava pure «la fondatezza o infondatezza delle affermazioni, controaffermazioni o negazioni compiute dalle parti *in iure*. Nella *l.a.sacr.in rem* la dichiarazione che era *iustum* il *sacramentum* del *vindicans* significava che egli era (da considerarsi) proprietario della cosa o dello schiavo, titolare dell'eredità, titolare del *ius* ... eventualmente fatto valere; la dichiarazione che era *iustum* il *sacramentum* del *contravindicans* significava che era lui il proprietario». G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I, cit., 426 s. La precisazione che Pugliese fa circa la considerazione di proprietario in cui il vincitore deve essere tenuto rafforza l'idea che una pronuncia errata costituisca titolo acquisitivo del bene.

³⁴⁶ Si potrebbe pensare allora ad una forma più evoluta di azione, ossia all'*agere per sponsionem*. Essa ha il pregio di consentire la discussione *apud iudicem* circa la sussistenza del fatto dedotto nella *sponsio*, che avrebbe potuto essere l'inofficiorum del testamento, ma, nella sua funzione di trasformare un'azione da reale in personale, non consente di oltrepassare il problema della mancanza del titolo d'acquisto, inesistente per il *ius civile* e ancora di là da venire per il *ius honorarium*.

³⁴⁷ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 702 ss.

³⁴⁸ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 706.

immediatamente agire per la restituzione contro chi ha titolo attuale di erede testamentario: occorre che prima distrugga questo titolo, e ciò fa con la *qit*»³⁴⁹.

Osservazione condivisibilissima, ma poi in base a quale ragione giuridica acquista i beni, quantomeno per il tempo antecedente all'introduzione delle clausole 'correttorie' della *bonorum possessio*? Non è erede, e non ha alcun titolo che possa sorreggere l'appropriazione dell'asse (in senso civile ovvero bonitario). Su questo punto l'autore non si sofferma esplicitamente, ma io ritengo sia il momento nevralgico di tenuta della ricostruzione. Eliminando il titolo dell'erede scritto mediante la querela non può che aprirsi la successione legittima con identica esclusione del *cognatus* impugnante, salvo ritenere, in questo caso, richiamabile la clausola edittale della *bonorum possessio sine lege aut sine testamento*, che presuppone tuttavia la totale mancanza di eredi legittimi nonché l'ovvio intervento pretorio susseguente la rescissione del testamento di cui, almeno nel passo di Valerio Massimo, non v'è traccia.

Non si sofferma esplicitamente, dicevamo prima, ma è conscio della problematica perché ammette che «la diversità ... non vuole tuttavia significare assenza di connessione tra le due azioni: si esperisce la querela perché in definitiva si vuole conseguire l'eredità»³⁵⁰. Il riferimento all'*Interessenlage* sotteso all'iniziativa giudiziale non dà spiegazioni, però, sul modo d'acquisto dell'eredità agognata e neppure rende ragione di come concretamente questa connessione si atteggiasse. Anzi l'unico esempio che riporta afferisce al coordinamento di *vindicatio hereditatis* e *querela inofficioris testamenti* nell'ambito della *cognitio extra ordinem*³⁵¹, ma inizialmente l'azione di inofficioritas fu esperita nelle forme del *lege agere*, così come emerge anche da Val. Max 7.7.2: la questione rimane dunque velata dal dubbio.

Luigi Di Lella, al contrario, propende per un'originaria natura petitoria³⁵² del rimedio. La teoria è incastonata in una più ampia ricostruzione della vicenda che ha condotto all'apposizione dello strumento. Attraverso l'analisi dei passi letterari già riportati, l'autore distingue nella fenomenologia del rimedio due periodi che hanno lo spartiacque nel II sec d.C. All'inizio sussiste solo il regime del testamento inofficioso, ma non vi è alcuna azione specifica e tanto meno la *querela inofficioris testamenti*. Quest'ultima emerge solo a partire dall'età adrianea in

³⁴⁹ P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 705.

³⁵⁰ P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 707.

³⁵¹ Dice l'autore che «la *qit* può essere fatta valere con un procedimento *extra ordinem*; di questo procedimento è propria l'indifferenza per la forma individuale delle singole azioni (ch'è invece caratteristica essenziale dell'*ordo iudiciorum privatorum*); quindi è inevitabile che, data la possibilità di esperire insieme la *qit* e la *hereditatis petitio* ... ne segua un accostamento e una specie di fusione tra i due istituti». P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 707 s.

³⁵² L. DI LELLA, *Querela*, cit., 33 secondo cui «la questione di inofficioritas poteva essere fatta valere solo, in via incidentale, con l'azione petitoria e l'impugnativa aveva ad oggetto le singole istituzioni contenute nel testamento».

concomitanza con la sistemazione definitiva dell'editto e la completa formalizzazione delle clausole correttive di *ius civile*. Essa assume i caratteri di strumento meramente rescindente del testamento comportante l'apertura della successione *ab intestato*. Infatti le difficoltà che si ponevano per il periodo precedente sono superate di slancio in quanto l'innovativa attività pretoria concernente la *bonorum possessio* permette la precostituzione al giudizio di un titolo successorio che al contempo assicura l'esistenza di un concreto interesse ad agire in rescissione. Ma tale regime è successivo al II sec d.C. Per l'età precedente, invece, l'azione – che, ripeto, non era la querela – non poteva non avere natura petitoria come le forme *paterna bona optinuit*, *hastae iudicio*, *petere bona* suggeriscono.

La teoria si basa essenzialmente sulla terminologia delle fonti letterarie appena citata, sull'impossibilità della sua ricostruzione in termini puramente rescindenti stante la totale mancanza di un titolo a succedere che assicurasse l'acquisto in seguito all'eliminazione del testamento e sull'esito dei processi centumvirali, tutti attributivi del patrimonio. L'inofficiosità diveniva dunque l'oggetto di un accertamento incidentale e parentetico che si situava in un giudizio petitorio. Tuttavia rimane il problema della legittimazione attiva alla *p.h.* che, com'è noto, pone due aporie: l'azione sarebbe esperita da un soggetto che non è erede contro un soggetto che invece ha tale titolo, generando una palese violazione dei canoni consueti; l'azione sarebbe esperita da un non successibile civile (che non ha neppure titolo pretorio) e le fonti sono sicure nel testimoniare che la *p.h.* non fu concessa ai *cognati non adgnati* neppure a seguito dell'introduzione delle clausole correttive, e dunque *a fortiori* non avrebbe potuto essere concessa quando tali strumenti possessori non avevano ancora visto la luce.

Infatti l'autore per superare questi ostacoli è costretto a sostenere che «i centumviri facevano dipendere l'attribuzione dei beni ereditari prescindendo completamente da ogni indagine circa la legittimazione attiva»³⁵³. Ciò che interessava era consentire che la posizione del consanguineo non erede fosse confrontata sulla base di principi equitativi con quella degli eredi scritti al fine di stabilire chi fosse più degno di conseguire l'eredità. Tale regime dovette svilupparsi dalla prassi del pretore di attribuire i beni a seguito di un giudizio comparativo in caso di mancanza sia di testamento che di successibili civili. Questa prassi si consolidò fino ad entrare nell'editto assumendo la denominazione, convenzionale per noi moderni, di *b.p. sine lege aut sine testamento*. Da qui i centumviri cominciarono a sindacare i casi di preterizione di congiunti anche a fronte di un testamento valido sulla base della ricerca di una «volontà presunta del testatore»³⁵⁴ la cui ricostruzione era in grado di superare i *verba* dell'atto.

³⁵³ L. DI LELLA, 'Querela', cit., 126.

³⁵⁴ L. DI LELLA, 'Querela', cit., 103.

La pretermissione veniva considerata una dimenticanza o un errore che legittimavano un'indagine interpretativa della volontà reale. Non a caso, infatti, egli ritiene che il collegio centumvirale abbia introdotto non solo la distinzione formale nella *exhereditio*, ma anche la sanzione della nullità del testamento in caso di inosservanza della formula. L'interpretazione 'presuntivamente autentica' del testamento portava spesso al riconoscimento di un errore nella preterizione del congiunto e così i centumviri presero a cristallizzare in forme precise l'*exhereditio* in modo da rendere inattaccabile la volontà dell'ereditando. A poco a poco anche la diseredazione espressa divenne oggetto di un sindacato nel merito da parte del collegio, sempre nell'ottica di un giudizio comparativo, come sviluppo di una prassi iniziata dal pretore Calpurnio Pisone (Val. Max. 7.7.5) e proseguita da interventi augustei. Il passaggio alla querela fu possibile, dal punto di vista procedurale, grazie all'introduzione dell'*agere per sponsionem*. Prima dell'epoca adrianea ciò non era consentito poiché ad oggetto di una *sponsio* poteva essere dedotto solo un fatto giuridicamente rilevante e di conseguenza «finché la questione di inofficiosità non ha per diritto obiettivo autonoma rilevanza, non può neppure concepirsi una *sponsio* condizionata alla prova della inofficiosità del testamento»³⁵⁵. Tale giuridicizzazione avvenne solo a metà del II sec d.C. con la codificazione dell'editto pretorio e la formazione di un organico e completo sistema successorio³⁵⁶.

3. Fonti che depongono per la natura di mezzo petitorio.

Sussistono, dunque, elementi contrari tanto all'una quanto all'altra ricostruzione e la carenza di informazioni nei testi pervenutici non aiuta a districare la questione. Si analizzino ulteriori fonti (sia di carattere giuridico che non giuridico, in un arco temporale che va dalla tarda repubblica all'età dei Severi), che ci restituiscono nozioni di carattere procedurale.

Milita in favore di una qualificazione petitoria una nota epistola pliniana indirizzata all'amico Romano:

Plin. ep. 6.33: Est haec pro Attia Viriola, et dignitate personae et exempli raritate et iudicii magnitudine insignis. Nam femina splendide nata, nupta

³⁵⁵ L. DI LELLA, 'Querela', cit., 128.

³⁵⁶ Cfr L. DI LELLA, 'Querela', cit., 134. Non risulta tuttavia chiaro perché la inofficiosità non fosse un fatto giuridicamente rilevante prima di Adriano. L'interpretazione del testamento era resa possibile dalla violazione dell'*officium pietatis* ed inoltre quest'ultima consentiva l'eversione, addirittura, di una clausola espressa e formale come la diseredazione. Nel momento in cui l'inofficiosità consente il superamento di un atto giuridico, essa è senza ombra di dubbio giuridicamente rilevante poiché cagiona una modificazione della realtà conosciuta dal diritto.

*praetorio viro, exheredata ab octogenario patre intra undecim dies quam illi novercam amore captus induxerat, quadruplici iudicio bona paterna repetebat. ... Accidit casu, quod non casus videretur: victa est noverca, ipsa heres ex parte sexta, victus Suburanus, qui exheredatus a patre singulari impudentia alieni patris bona vindicabat, non ausus sui petere*³⁵⁷.

Il famoso avvocato fa precedere questa lettera³⁵⁸ all'invio del testo dell'orazione pronunciata davanti al collegio centumvirale in difesa di Attia Viriola, diseredata dal padre ormai vecchio e tuttavia infatuatosi di una donna cui, presumibilmente, morendo, lasciò tutta l'eredità insieme ad un tal Suburano (forse figlio della matrigna³⁵⁹) e ad altre persone non specificate. La figlia, insoddisfatta di un simile trattamento, *quadruplici iudicio bona paterna repetebat*. Il riferimento pliniano è quanto mai chiaro e il suo lessico di navigato avvocato non può lasciare

³⁵⁷ Plin. Min. ep. 6.33. Riporto qui per completezza il testo completo della missiva: *I 'Tollite cuncta' inquit 'coeptosque auferte labores!' Seu scribis aliquid seu legis, tolli auferris iube et accipe orationem meam ut illa arma divinam – num superbius potui? –, re vera ut inter meas pulchram; nam mihi satis est certare tecum. 2 Est haec pro Attia Viriola, et dignitate personae et exempli raritate et iudicii magnitudine insignis. Nam femina splendide nata, nupta praetorio viro, exheredata ab octogenario patre intra undecim dies quam illi novercam amore captus induxerat, quadruplici iudicio bona paterna repetebat. 3 Sedebant centum et octoginta iudices – tot enim quattuor consiliis colliguntur –, ingens utrimque advocatio et numerosa subsellia, praeterea densa circumstantium corona latissimum iudicium multiplici circulo ambibat. 4 Ad hoc stipatum tribunal, atque etiam ex superiore basilicae parte qua feminae qua viri et audiendi – quod difficile – et – quod facile – visendi studio imminebant. Magna exspectatio patrum, magna filiarum, magna etiam novercarum. 5 Secutus est varius eventus; nam duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus. Notabilis prorsus et mira eadem in causa, isdem iudicibus, isdem advocatis, eodem tempore tanta diversitas. 6 Accidit casu, quod non casus videretur: victa est noverca, ipsa heres ex parte sexta, victus Suburanus, qui exheredatus a patre singulari impudentia alieni patris bona vindicabat, non ausus sui petere. 7 Haec tibi exposui, primum ut ex epistula scires, quae ex oratione non poterat, deinde – nam detegam artes – ut orationem libentius legeres, si non legere tibi sed interesse iudicio videreris; quam, sit licet magna, non despero gratiam brevissimae impetraturam. 8 Nam et copia rerum et arguta divisione et narratiunculis pluribus et eloquendi varietate renovatur. Sunt multa – non auderem nisi tibi dicere – elata, multa pugnacia, multa subtilia. 9 Intervenit enim acribus illis et erectis frequens necessitas computandi ac paene calculos tabulamque poscendi, ut repente in privati iudicii formam centumvirale vertatur. 10 Dedimus vela indignationi, dedimus irae, dedimus dolori, et in amplissima causa quasi magno mari pluribus ventis sumus vecti. 11 In summa solent quidam ex contubernalibus nostris existimare hanc orationem – iterum dicam – ut inter meas 'hyper Ktêsiphôntos' esse: an vere, tu facillime iudicabis, qui tam memoriter tenes omnes, ut conferre cum hac dum hanc solam legis possis. Vale. Sul passo v. L. DI LELLA, 'Querela', cit., 118 ss.; L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 208 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 46 ss.; D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, cit., 122 ss.; G. GULINA, *Ancora*, cit., 555 ss.*

³⁵⁸ Scritta probabilmente intorno alla metà del primo decennio del I sec. d.C. secondo G. GULINA, *Ancora*, cit., 556, ma forse il riferimento è da emendare in II sec. d.C., atteso che Plinio vive nella seconda metà del I d.C. e nei primi decenni del II d.C. Ipotizza il 107 J.W. TELLEGEN, *The roman law of succession in the letters of Pliny the younger*, I, Zutphen, 1982, 109.

³⁵⁹ Concorde anche L. DI LELLA, 'Querela', cit., 119. Per G. GULINA, *Ancora*, cit., 558 egli, invece, apparteneva alla famiglia della ricorrente, visto che con tutta probabilità avrebbe portato il gentilicium Attius, come anche all'attrice.

spazio a dubbi³⁶⁰. La donna agisce in rivendica dei beni dell'asse davanti ai centumviri, suddivisi in quattro consigli per un totale di centottanta componenti, sintomo di una modificazione quantitativa del collegio nel periodo successivo alla testimonianza di Festo, in precedenza discussa.

Ad ulteriore riprova va riportata la qualificazione che Plinio fa della posizione processuale di uno dei contendenti di Attia Viriola, Suburano. Costui, diseredato dal padre e non osando *petere* i beni del genitore, *vindicabat alieni patris bona* con grande impudenza. La proposizione ci rende una duplice conferma: da un lato egli, in qualità di figlio diseredato, avrebbe potuto incardinare un'azione di rivendica³⁶¹ dell'eredità paterna, non instaurata perché probabilmente destinata al fallimento nel merito³⁶²; dall'altro nella qualità di erede scritto si oppone, pur sempre nelle forme di una *vindicatio*, alle pretese della donna. Dal punto di vista procedurale possiamo affermare, con elevato grado di verosimiglianza, che l'azione esperita da Attia fu una *legis actio sacramento* (*in rem* ovvero *in personam* previa *sponsio praeiudicialis*) dal momento che davanti ai centumviri si poteva agire solo attraverso le forme del processo quiritario e al suo interno esclusivamente previo *sacramentum*. La stessa descrizione del comportamento di Suburano milita in questo senso perché egli rivendica al pari di Attia Viriola e, a mente dei *certa verba* dell'*actio*, probabilmente pronunciò il *meum esse aio ex iure Quiritium* perfettamente simmetrico a quello della donna (il che mi fa propendere per la liturgia sacramentale *in rem*). La causa ebbe un esito alternativo perché Plinio e la sua cliente vinsero contro la matrigna e Suburano, ma persero nelle altre due sezioni del tribunale³⁶³, ingenerando notevole stupore nel narrante. Il motivo per cui il

³⁶⁰ Cfr J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 166 che, nel commento all'epistola 5.1, ritiene «Plinio el Joven digno de credito ya que el autor era persona versada en pleitos hereditarios».

³⁶¹ Propende per un uso atecnico della parola *vindicare* J.W. TELLEGEN, *The roman law*, cit., 115, annettendo alla stessa il significato di «laid claim to»: visto la perizia e le capacità forensi (nonché alla luce della circostanza, altrove valorizzata dalla stessa Tellegen, a p. 118, che il destinatario della lettera, Romano, era «a talented orator» che dunque consentiva a Plinio di usare tranquillamente il gergo avvocatesco) del retore sono, invece, convinto della tecnicità del linguaggio utilizzato.

³⁶² La sua diseredazione sarebbe stata con tutta probabilità confermata dal collegio giudicante: ciò emerge dal modo in cui Plinio descrive il suo rifiuto ad agire avverso il testamento paterno. «Persona di doti morali non certamente egregie» lo definisce il Di Lella «essendo stato persino diseredato dal padre naturale senza alcuna reazione giudiziaria da parte sua». L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 120.

³⁶³ Ella infatti aveva instaurato, a mio modo di vedere, quattro differenti cause, tutte proseguite parallelamente, e non un unico giudizio, come era usuale (meglio lo illustrerò poi in riferimento a Val. Max. 7.7.2). Ciò spiega anche il differente esito dei giudizi, due di vittoria e due di sconfitta. Pensa a «quattro ricorsi indipendenti» anche G. GULINA, *Ancora*, cit., 560. *Contra*, invece, L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 477 s. per il quale i giudici, pur divisi in sezioni, decisero con il *plenum*: ciò, per l'autore, accadeva «solo in casi eccezionali», in presenza di una questione ritenuta di particolare importanza (così in L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti*, cit., 358 e soprattutto in ID., *La divisione in 'consilia'*, cit., 391 ss.; tuttavia che i *centumviri* giudicassero come collegio

processo ebbe questo singolare epilogo non interessa qui, e sarà pertanto rinviato ad altro momento.

Un ulteriore passo in cui esplicitamente si fa riferimento alla rivendica è escerpito dal libro XIV all'Editto di Ulpiano, conservato nel titolo del Digesto dedicato al testamento inofficioso.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.13: *Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querellam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret*³⁶⁴.

Il giurista severiano consente al figlio diseredato di esercitare la querela non solo in via diretta, in qualità di attore, ma anche nelle vesti di convenuto (in quanto possessore) di una *petitio hereditatis* esperita dall'*heres scriptus*. Lo farà *in modum contradictionis*, cioè per mezzo, con tutta probabilità, di una domanda riconvenzionale³⁶⁵, ma le ipotesi si devono arrestare qui poiché quella poc'anzi citata è l'unica attestazione di un simile atteggiarsi della *q.i.t.* Ad interessare è la spiegazione che Ulpiano dà per sostenere questa sua opinione: il figlio può esperire la querela in via incidentale poiché *quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret*. La giustificazione è dunque individuata nell'identità sostanziale del rimedio per nulla inficiata dalla 'inversione' dei ruoli cui la situazione possessoria

riunito è definito «inverosimile» da G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 249). Non è da escludere, però, che, pur a fronte di una divisione dei giudizi, la discussione delle quattro cause si sia svolta in un'unica udienza, come rilevano ancora G. GULINA, *Ancora*, cit., 561 e P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit. 691 (il quale ipotizza che «le sezioni, istruita la causa, si ritirano per decidere ciascuna per suo conto»).

³⁶⁴ Sul passo v. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 440 nt. 1; L. DI LELLA, 'Querela', cit., 182 nt. 1; L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 260. Per P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 717 il brano è stato ritoccato: avverte l'autore, infatti, che «non sappiamo nulla di preciso sulla forma processuale di questa *qit. in modum contradictionis* (che ricorda l'analogo regime della *querela non numeratae pecuniae*). L'originale ulpiano doveva essere più circostanziato, ed è stato tagliato dai compilatori: infatti, ha una lunga protasi, che giunge fino a *inducatur*, ma manca di apodosi, giacché le proposizioni che si aprono con *quemadmodum* sono dipendenti». Lo studioso, peraltro, non menziona la domanda riconvenzionale, ma pensa a un semplice mezzo di difesa (e quindi a una mera eccezione sollevabile dinanzi al giudice). A un'eccezione riconvenzionale – mi sembra – pensa L. DI LELLA, 'Querela', cit., 182, nt. 1, che tuttavia ricorda anche la contraria opinione del Krüger, secondo cui nel testo dovrebbero distinguersi due azioni, di cui una diretta alla pronuncia di inofficiorità ed una petitoria: la posizione dell'autore tedesco è peraltro riportata in *Index Interpolationum*, I, 71.

³⁶⁵ Sulla domanda riconvenzionale nel diritto odierno vd. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Volume I. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2012², 235 ss. Anche il La Pira pensa che «qui la querella si innest[i] sulla *petitio hereditatis* come domanda riconvenzionale: convenuto è il legittimario il quale alla *hereditatis petitio* intentata dall'attore contrappone la querella. E poiché la querella è pregiudiziale rispetto alla h.p., è chiaro che la vittoria o la sconfitta nella querella importerà da parte sua vittoria o sconfitta nella p.h.». G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 440 nt. 1.

dell'*hereditas* ha dato luogo. Possedendo i beni assume la qualifica di convenuto e in tale veste incardina la *querela*, ma tale azione è perfettamente uguale a quella che avrebbe esercitato versando nella indisponibilità materiale dell'asse e intendendo pervenire al suo conseguimento.

Chiarito il carattere anche incidentale del rimedio, ad attrarre l'attenzione è il verbo *petere* che lo connota. Ulpiano sembra dire che la *querela* ha 'natura' di *petitio hereditatis*.

Ma, è bene sottolineare che il passo, contenendo il riferimento alla domanda riconvenzionale è, forse, da riferire all'ambito della cd. *querela cognitio* (espressione, come noto, introdotta dall'Eisele), ossia all'azione esperita secondo le movenze della *extra ordinem*.

Una simile connotazione credo si possa individuare anche in un frammento di Scevola.

*Scaev. 2 quaest. D. 5.2.20: Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere (totiens enim ea indulgenda est, quotiens, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor, ut interim et possideat et alatur et actionibus praeiudicium non patiat: qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere nec ali), ne umquam melioris sit condicionis, quam si confitetur adversarius*³⁶⁶.

³⁶⁶ Il passo è considerato interpolato dal La Pira, sulla base della ricostruzione del fondamento e della struttura della *q.i.t.*, secondo l'autore divergenti nel periodo classico e in quello postclassico. Per lo studioso «la querella classica ha fondamento nel diritto di successione riconosciuto dal pretore al cognato legittimario. Essa è concessa a *garanzia* di tale diritto per il caso che esso venga leso dal testatore mediante ingiusta diseredazione o preterizione. Da ciò deriva che scopo della querella non potrebbe essere altro che quello di rescindere il testamento in quanto è causa, e nei limiti in cui è causa, di *iniuria* al legittimario». È pertanto necessario «distinguere fra la querella propriamente detta (iudicium rescindens) e la hereditatis petitio o l'interdictum quorum bonorum (iudicium rescissorium) che sull'iudicium rescindens si fonda. In diritto classico tra i due iudicia vi è necessario collegamento: cioè l'attore che è riuscito vittorioso nel primo riesce necessariamente vittorioso anche nel secondo, semprechè ne concorrano gli estremi ... da parte del convenuto». Nell'età postclassica, invece, mutano tanto il fondamento quanto la struttura. Infatti «i due iudicia – la querella e ... la hereditatis petitio – non sono necessariamente collegati. E ciò, perché con la querella non viene più dedotto in giudizio un diritto subbiettivo dell'attore: l'attore ha per mira di provare che il testamento è nullo perché fatto da un pazzo. Quindi dalla pronuncia, come tale, di una sentenza di annullamento del testamento, l'attore non trarrà profitto. Trarrà profitto, invece, dall'apertura della successione intestata provocata dall'annullamento, purchè egli sia tra coloro cui la eredità si deferisce». In virtù del coordinamento delle due azioni in età classica il frammento in esame presenta un'interpolazione laddove non fa emergere la distinzione. La modifica è stata operata dalla commissione tribonianea poiché «ciò che in pratica preme all'attore è la rivendica dei beni ereditari» e dunque i compilatori «che non si soffermano troppo sull'analisi dei fenomeni giuridici, concepiscono le due azioni come una sola». G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 439 ss. La teoria non credo possa reggere alla luce della disamina delle fonti compiuta in queste pagine. Al contrario invece sembra più convincente l'idea di un intervento di

Tralasciando la conformazione di questa *bonorum possessio Carboniana* che qui non rileva direttamente³⁶⁷, è interessante notare come l'attore *qui de inofficioso dicit* non possa esercitare alcun'altra azione che la *petitio hereditatis*. La lettura del passaggio non è scorrevolissima ma la costruzione della frase imperniata sulla simmetria resa da *nec...nec...* sembra sottintendere che il figlio non debba esercitare né azioni in generale né rivendicazioni dell'eredità in particolare, diverse da quella *de inofficioso*.

Ciò può voler dire che: o non deve esperire una *petitio hereditatis* diversa da quella esercitata con la *querela* (in altri termini: una *vindicatio hereditatis* diversa dalla *querela*), supponendo una identità di *petitum* tra le due e annettendo, pertanto, natura vindicatoria all'azione di inofficiosità; o non deve esperire una *petitio hereditatis* ulteriore rispetto a quella che costituisce il 'substrato' della *querela*, la quale viene dunque costruita come momento incidentale e logicamente preliminare all'azione petitoria, prospettando, in conseguenza, una difformità strutturale e funzionale tra le due. La questione è insolubile ma non sposta più di tanto l'asse del ragionamento. Se accettiamo la prima lettura la *querela* ha natura petitoria; se propendiamo per la seconda essa potrebbe anche avere natura eliminativa dell'atto, ma la sua esperibilità in seno ad una *p.h.* la priva di autonomia strutturale e costringe ad asserire che la via di accesso al giudice passa comunque attraverso la rivendicazione dei beni dell'asse: il che però dovrà essere ri-vagliato, al termine di questo capitolo, quando si analizzerà l'azione di inofficiosità nel processo *extra ordinem*.

4. *Fonti che depongono per la natura di mezzo rescindente.*

Analizziamo adesso i passi che, invece, permetterebbero una configurazione dell'azione in termini di strumento solo rescindente. Il primo costituisce un'autentica *crux*³⁶⁸ per gli interpreti vista la difficilissima collocazione entro il sistema.

natura glossematica da parte dei giustinianei, ma per motivazioni parzialmente differenti da quelle del La Pira. Il frammento non contiene nessun riferimento ad un giudizio rescindente, ma, come cercheremo di dimostrare, la *querela* nel tempo in cui il giurista vive è con tutta probabilità un mezzo volta alla eliminazione del testamento con apertura della successione intestata. Sospetti di manipolazione anche per E. RENIER, *Étude*, cit., 239. Cfr. anche L. GAGLIARDI, *Decemviri*, cit., 292 nt. 463; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 162 nt. 72.

³⁶⁷ Per cui rinvio a S. SEGNALINI, *L'editto carboniano*, Napoli, 2007, 1 ss., che peraltro si sofferma anche su questo passo a p. 159 ss.

³⁶⁸ Cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 427 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 676; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 479; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 189 ss. con disamina della letteratura più antica; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 3; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 38 ss.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.6.1: *Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patrem familias facit.*

Una persona che non è successibile *ab intestato* (né civile né pretorio) agisce con la *querela inofficiosi testamenti* e vince. La sentenza elimina l'atto testamentario e *intestatum patrem familias facit*. Tuttavia la vittoria non arreca nessun beneficio all'attore poiché non ha titolo per concorrere nella delazione dell'*hereditas* ma giova a coloro che sono muniti di un tale titolo e pertanto legittimati a divenire *heredes* ovvero a chiedere la *bonorum possessio sine tabulis*. Manca dunque l'interesse ad agire ed infatti Ulpiano accompagna il riferimento alla vittoria con l'avverbio *casu*, la cui traduzione più probabile è stata ritenuta quella 'per errore', ovviamente dell'organo giudicante. Tuttavia a destare stupore è che la deficienza di una condizione dell'azione³⁶⁹ non impedisce processualmente l'accesso al giudice, ma orienta (*recte*: dovrebbe orientare) inevitabilmente la decisione. Anziché un elemento 'di rito' diviene qui un momento dell'accertamento nel 'merito', idoneo a comportare il rigetto della pretesa attorea. È proprio questo punto che, a mio parere, genera l'interrogativo più grande. Il soggetto agisce pur sapendo che non può vincere. Ulpiano è consapevole di questo e lo si desume dalla pura casualità che ascrive alla vittoria, ma nonostante ciò asserisce che l'attore non può essere respinto da nessuno (*nemo enim eum repellit*). Come può far avanzare fino ai giudici una pretesa che già in partenza è destinata ad essere respinta a causa della mancanza dell'interesse ad agire, che non costituisce più elemento procedurale per una valida instaurazione della controversia ma oggetto dell'accertamento giudiziale nel merito³⁷⁰?

³⁶⁹ L'interesse ad agire, al pari della legittimazione indicano «la titolarità formale e astratta (legittimazione) e quella nel caso concreto (interesse) del diritto di azione, che a sua volta è entità schiettamente processuale poiché consiste nel diritto ad ottenere una sentenza di merito» Esse vanno poste «sullo stesso piano dei presupposti processuali e così delle altre condizioni di decidibilità della causa nel merito, quali la capacità processuale, la capacità di essere parte, la giurisdizione, la mancanza di un precedente giudicato, la mancanza di un compromesso in arbitri». C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Volume II. Profili generali*², Torino, 2012, 187 ss.

³⁷⁰ Per il Voci il passo è interpolato e lo dimostrerebbe la parte iniziale del frammento da *si quis* fino a *admittuntur*; il fatto che «il pretore permetta l'inizio del processo, e il tribunale giudichi, senza si chiedano, né l'uno né l'altro, se l'attore è almeno successore *ab intestato* del defunto, sembra troppo (anche se c'è la parola *casu*)». Propone, per ricondurre il passo ad un senso, che potesse «trattarsi di un attore munito di titolo di legittimazione oggettivamente valido: solo che né il pretore né i Cvirii avevano possibilità di accertare se esistesse un successore di grado più vicino al defunto». P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 714 nt. 40. Per il Di Lella, invece, «essa rispecchi(a) sostanzialmente il pensiero classico, come è d'altra parte confermato dalla mancanza di consistenti indizi di ordine formale in favore di un intervento compilatorio». L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 191.

L'incomprensione è acuita dal fatto che in un differente passo, estrapolato questa volta dal secondo libro delle dispute, Ulpiano pare fornire una soluzione differente alla medesima fattispecie:

Ulp. 2 disp. D. 5.2.25.1: *Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse.*

Un soggetto, non annoverabile tra i legittimati alla *querela*, viene comunque ammesso al suo esperimento e incardina l'azione contro uno soltanto degli eredi scritti: vince e il testamento è rescisso parzialmente (ossia, leggo io, nella quantità corrispondente alla quota in cui era stato istituito il soccombente). Dice il giurista di Tiro che, in ragione della caducazione solo parziale, le tavole testamentarie sono per le quote restanti perfettamente efficaci e le persone con titolo poziore sono escluse, per cui può dirsi che il querelante abbia agito *cum effectu*.

Non è qui il caso di dilungarsi sulla questione, poiché assai recentemente essa è stata mirabilmente risolta dal Gagliardi, alle cui riflessioni pertanto mi richiamo³⁷¹.

³⁷¹ V. L. GAGLIARDI, *Studi*, cit., 31 ss. L'autore giunge alla soluzione del problema tramite attraverso un'attenta lettura delle clausole dei Basicili e degli annessi *scholia* corrispondenti ai frammenti dei *Digesta* riportati nel testo. Quanto a Bas. 39.1.6 (= D. 5.2.6.1) il brano bizantino è pressoché identico a quello della compilazione, ma vi legge però una locuzione in più: viene infatti detto che l'azione del non legittimato era stata incardinata *κατὰ συναρπαγήν*, che nella traduzione di Heimbach suona 'per *obreptionem*' (cfr. Hb. IV, 7), ossia, letteralmente, 'per rapina' o 'per violenza', con chiara allusione dunque al sotterfugio e all'abuso. Qui, nello specifico, «indicava il comportamento di chi avesse agito con *querela* scientemente in assenza di legittimazione e quindi in modo disonesto» (p. 37). Quanto, invece, a Bas. 39.1.21 (= D. 5.2.25.1) esso è specularmente all'inciso delle Pandette. L'autore, nell'iniziare il confronto tra i testi (onde comprendere se veramente Ulpiano si contraddicesse), parte proprio da D. 5.2.25.1. Egli sottolinea che la porzione di brano '*praecedentes eum personae exclusae sunt*', lungi dal significare che gli eredi necessari di grado poziore rispetto al querelante vincitore erano 'esclusi' dall'esperibilità della *querela*, dovevano essere invece considerati esclusi «dall'eredità del *de cuius*, a causa della diseredazione testamentaria. E poiché il testamento era in parte ancora valido, ecco che anche la diseredazione di tali eredi necessari era ancora esistente e pertanto essi erano esclusi dalla successione intestata apertasi a seguito della *querela*» (p. 46). Il riferimento alla diseredazione che avrebbe investito i parenti più prossimi è stata elisa dai triboniani ma doveva essere presente nel testo ulpiano originale: un tanto lo ricava dal confronto con lo schol. 3 (= 2 Hb) a Bas. 39.1.21 che ci restituisce la fattispecie concreta su cui Ulpiano aveva reso il suo responso. La riporto qui, in traduzione italiana: «un tale, che aveva due figli e un fratello, istituì due eredi testamentari, uno turpe, l'altro onesto. Diseredò invece i suoi figli, preterendo il fratello. Il testamento fu così confezionato. Dopo la morte del testatore, gli eredi adirono l'eredità. Ed è certo che, data l'esistenza di figli che possono intentare la *querela inofficiosi testamenti*, al fratello non è consentito esercitare la *querela*. Tuttavia egli agì, contro uno degli eredi a sua scelta, supponiamo quello turpe, e lo fece in modo abusivo, dato che vi erano coloro che potevano agire con *querela inofficiosi testamenti*. Vinse e rescisse il testamento *pro parte*. Dice

Anche perché, a ben vedere, questo non è un punto che per ora interessa la nostra analisi, a vantaggio invece del vaglio dell'efficacia della sentenza. Essa apre la successione intestata e dunque elimina un testamento. Sembra l'unico effetto discendente dalla pronuncia, non facendosi alcun riferimento alla conseguente delazione dell'eredità se non per sottolineare la mancanza di un titolo acquisitivo in capo all'attore e l'utilità della decisione solo per i successori *ab intestato*. La caratterizzazione dell'azione che emerge da questo passo è chiara: la querela è rimedio volto alla rescissione del testamento con consecutiva apertura della successione legittima. Esso è strutturalmente autonomo ed esperibile in vista esclusivamente dell'eliminazione di un atto negoziale. Solo in un secondo momento si agirà con le azioni petitorie, che dunque si pongono al di là dell'orizzonte funzionale della querela.

La natura rescissoria dell'azione emerge anche da un frammento papiniano tratto dal *libro quarto decimo quaestionum* e conservato in D. 5.2.15.2:

Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere: verum enim est familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri³⁷².

Ulpiano che, poiché il testamento del defunto in parte vale, e le persone di grado precedente rispetto al fratello, cioè i figli che ancora non agirono con *querela inofficiosi testamenti*, sono esclusi a causa della diseredazione, a buon diritto il fratello del testatore sembra aver condotto a compimento la *querela* con suo vantaggio. Allora egli riporta la vittoria per sé stesso e ottiene il guadagno conseguente. Infatti, i figli non possono allora essere chiamati *ab intestato*, finché, come è stato detto, non avendo ancora agito con *querela inofficiosi testamenti*, non sono al riparo dalla diseredazione. Cioché, non ti appaia contrario ciò che viene detto in *dig.* 6: là infatti propone che tutto il testamento sia rescisso integralmente». Lo scolio è probabilmente antico (come già rilevava G.E. HEIMBACH, in *Basilicorum Libri LX*, VI, cit., 234) e rendeva proprio il caso pratico di Ulpiano. Gagliardi mette in luce che anche in questo brano ritorna la menzione del *κατὰ συναρπαγήν*, ma soprattutto che vi è il ricordo della diseredazione degli eredi necessari, omesso dai commissari Giustiniani. Il confronto prosegue con il vaglio di schol. 3 e 4 (= 2 e 3 Hb) a Bas. 39.1.6, in cui nuovamente compare il *κατὰ συναρπαγήν*. Quest'ultimo aspetto, dunque, assurgeva a momento centrale. Di talché, l'autore milanese conclude asserendo che «l'azione di inofficiosità condotta *κατὰ συναρπαγήν* fino alla vittoria del non legittimato aveva due esiti differenti» poiché in caso di rescissione totale «poteva dirsi che i veri legittimati (o, nel caso, i legittimati di grado successivo rispetto al querelante) ereditassero *ab intestato*. La *res inter alios iudicata*, essendo fondata su un falso presupposto (cioè che il querelante fosse il vero legittimato), non nuoceva loro»; viceversa, se l'esito della rescissione fosse stato parziale, il soggetto non legittimato alla *querela* «aveva diritto di mantenere la quota di eredità ottenuta mediante l'esperimento dell'azione e i veri legittimati non avrebbero potuto vantare alcun diritto *ab intestato* su quanto egli avesse ricevuto».

³⁷² È su questo passo, insieme a quello che analizzeremo a breve, che Ribas Alba basa la sua ricostruzione della querela in termini esclusivamente rescindenti. Non è un caso che «el texto de

Un figlio ha impugnato con la *querela* il testamento di uno dei genitori nei confronti di due eredi scritti vincendo con uno, ma perdendo con l'altro. Il testamento risulta, pertanto, rescisso parzialmente e la successione si apre, dunque, in parte testata e in parte intestata in deroga al noto principio che informa il diritto ereditario romano. Il frammento è parte di una lunga discussione che ha interessato gli interpreti e che avrebbe opposto Papiniano (e Ulpiano) a Paolo circa la portata rescindente dell'azione³⁷³.

Ciò che a noi interessa qui è l'elenco dei 'poteri' di cui il figlio gode a seguito dell'eliminazione, seppure *pro parte*, del testamento. Egli innanzitutto diviene *heres legitimus* (o perlomeno così ritiene Papiniano, che dice *credimus*) privando del titolo colui contro il quale ha ottenuto la vittoria. In tale veste e nei limiti della propria quota (che corrisponde al valore della quota in cui era stato istituito il soccombente) può *debitores convenire, a creditoribus conveniri, hereditatem dividere* mediante l'*actio familiae erciscundae* e, soprattutto, *corpora vindicare*. L'azione di rivendica dei beni dell'asse è susseguente all'eliminazione del testamento ed anzi esperibile proprio sulla base della rescissione stessa. Ciò significa che se la *rei vindicatio* (di cui la *p.h* costituisce una *species*) può essere esercitata dopo, la querela non è azione petitoria ma solo ed esclusivamente rimedio finalizzato alla rescissione dell'atto, come tale esercitabile in via autonoma. La distinzione cronologica sottende una incongruità strutturale tra i due strumenti giudiziari poiché se la querela avesse natura petitoria il figlio non dovrebbe esercitare una seconda azione per *corpora vindicare*, cadendo il risultato nel giudicato precedente.

La terza fonte è tratta ancora una volta dal commentario ulpiano all'Editto del pretore:

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.16: *Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum*

Papiniano plantea un supuesto en el que se pasa directamente desde la *querella inofficiosi testamenti* a la *actio familiae erciscundae*. El primero de los juicios no tuvo como finalidad la reclamación de la herencia fundada en el reconocimiento de una titularidad previa al proceso, sino la creación de un título de heredero». J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 165. Il pensiero merita piena condivisione, ma non mi pare possibile sostenere che *ab origine* la querela mirasse semplicemente alla rescissione del testamento. A tale funzione si arrivò, come si vedrà, solo a seguito dell'azionabilità del rimedio nelle forme della *cognitio*, fino a divenire probabilmente esclusiva all'epoca in cui Papiniano scriveva. Cfr. anche L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 198 nt. 35 con resoconto della discussione dottrinale in merito alla classicità della chiusa finale del passo. Sia essa originaria, sia essa un'aggiunta postclassica, ciò non infirma in alcun modo l'intelligenza e il significato del frammento.

³⁷³ V. L. GAGLIARDI, *Studi*, cit., 61 ss.

possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur. Fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt.

Il *iudex* (qui il riferimento è al giudice *extra ordinem*³⁷⁴, vista anche la menzione dell'appello, non possibile nel processo quiritario) che ha giudicato una *querela inofficiosi testamenti* si è espresso *contra testamentum* e avverso la sua decisione non è stata proposta impugnazione. Ulpiano è chiaro nel dire che l'atto *ipso iure*³⁷⁵ *rescissum est* e l'attore diviene pertanto *heres* ovvero *bonorum possessor* a seconda del titolo con cui l'azione è stata esercitata. La centralità del

³⁷⁴ Non credo si possa dubitare della genuinità del riferimento nel passo in esame. In passato, tuttavia, sono state avanzate critiche che hanno condotto a negare l'ascrizione della causa di cui dà conto Ulpiano alla *cognitio*, ritenendo il termine *iudex* interpolato per *centumviri*. La teoria, sostenuta dal Sanfilippo, e a cui non fu alieno forse neppure il Voci, quando sibillinamente lo ritiene «riassunto compilatorio», non credo possa essere accolta. La testimonianza ulpiana è, al contrario, secondo me, perfettamente rispondente ai connotati della *querela* al suo tempo, essendo la stessa (divenuta) rimedio rescindente, esperito nell'ambito della *cognitio* davanti ad un *iudex* e con possibilità di appello della pronuncia (come sostiene anche F. ARCARIA, *'Septemviralia iudicia'*, cit., 90). Che esso, come sostiene il Voci, sia frutto di un'opera di sintesi compiuta dai giustinianeî, può anche essere vero, ma la sua comprensione non mi pare faticosa, a vantaggio invece di un'alta rappresentatività del tempo in cui è collocata. Cfr P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 688 ss; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 229 ss con nt. 98-99 dedicate alla disamina delle varie opinioni sul punto; G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 451 per il quale senza dubbio il sistema processuale utilizzato fu quello *extra ordinem*. Da ultimo L. GAGLIARDI, *Decemviri*, cit., 230 che sulla scia del Marrone e sulla scorta del confronto con un differente passo del Digesto nel quale è riportato il medesimo rescritto adrianeo (Ulp. 6 *ad Sab.* D. 12.6.2.1: *Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur, vel si post multum temporis emerit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt. Nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.*) ricava che «è assai chiaro il riferimento alla *cognitio extra ordinem*».

³⁷⁵ Per il La Pira tale locuzione è estremamente esplicativa del fatto che la *querela*, sviluppatasi dalla *b.p.c.t.* concessa dal pretore ai *cognati*, dovette essere recepita sul piano del *ius civile* poiché «solo una disposizione dell'*ius civile* poteva ricollegare alla pronuncia di inofficiosità gli effetti della rescissione *iure civili* testimoniati dalle fonti». La constatazione conduce l'autore a ritenere quantomeno possibile l'esistenza della misteriosa *lex Glitia*, su cui però, purtroppo, non siamo in alcun modo informati. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 415. Anche il Voci ritiene senza tentennamenti che la pronuncia producesse effetti per il *ius civile*, con opinione condivisa dal Di Lella, ma avversata dal Marrone, per il quale la locuzione *ipso iure* andrebbe contrapposta a quella *ope exceptionis*, cioè sostanzialente «senza necessità di modificare in qualche modo la formula». Cfr P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, 689; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 230 nt. 99; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 457 ss. E se forse l'espressione *ipso iure rescissum est* volesse semplicemente indicare la stretta consequenzialità del venir meno della rilevanza del testamento a seguito della pronuncia giudiziale accertativa dell'inofficiosità, senza dunque involgere necessariamente nel suo campo semantico alcun riferimento all'ordinamento giuridico cui la pronuncia stessa riversa i suoi effetti?

momento puramente rescissorio³⁷⁶ è palese e non vi è menzione alcuna della destinazione dei beni dell'asse. L'effetto della sentenza è solo quello di privare di rilevanza giuridica il testamento.

5. Di nuovo su *Val. Max.* 7.7.2: tentativi di spiegazione.

L'ultima fonte che qui ritengo opportuno esaminare è proprio quella da cui tutta l'analisi ha preso le mosse, ossia la fattispecie concernente il testamento di Marco Anneo Carseolano³⁷⁷. Nella costruzione del passo mi pare ci siano delle incongruità. Già in precedenza avevamo rilevato come la sua comprensione non fosse immediata stante la confusione ingenerata dall'incerto numero di azioni incardinate dal figlio naturale pretermesso. Dapprima sembrava un unico rimedio di carattere rescissorio seguito poi da una *rei vindicatio*; in seguito si era ipotizzato che lo strumento fosse *ab origine* una *vindicatio hereditatis* esercitata nelle forme del *lege agere sacramento*.

Per cercare di spiegare le difficoltà circa l'intelligenza del racconto ritengo opportuno dividere il testo in due parti: da *item* fino a *scriptus esset* e da *itaque* fino alla fine.

Nella prima porzione Valerio Massimo enuclea il fatto specificando la mancanza di ogni legame agnatizio tra l'ereditando e colui che intende impugnare il testamento, ma sottolineando la presenza del vincolo di sangue. Il figlio si rivolge ai centumviri e dinnanzi a loro (*apud centumviros*) riesce ad ottenere l'eliminazione dell'atto testamentario (*testamentum naturalis patris rescidit*) in cui era stato

³⁷⁶ Così il Ribas Alba per il quale «el objeto de la sentencia es la rescision del testamento ... Por tanto, el pronunciamiento judicial se encamina no a la restitucion de la herencia, sino a la creacion de un titulo de heredero. Los que se oponen como demandados en la *querella*, no forzosamente se opodran a la restitucion de los bienes. Es decir, la *querella* no siempre tiene que venir seguida por la peticion de herencia, porque la finalidad de esta accion podria realizarse extrajudicialmente; los poseedores actuales no siempre tendran interes en afrontar un nuevo litigio». J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 164. Mi pare ancora una volta condivisibile il pensiero dell'autore spagnolo, ma non sono convinto della genetica struttura rescindente dell'azione. Essa si sviluppò solo più tardi.

³⁷⁷ *Val. Max.* 7.7.2. Riproduco qui il testo per comodità espositiva: *Item M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romani filius, a Sufenate auunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumuiros rescidit, cum in eo Tullianus Pompei Magni familiaris ipso quidem Pompeio signatore heres scriptus esset. itaque illi in iudicio plus cum excellentissimi uiri gratia quam cum parentis cineribus negotii fuit. ceterum quamuis utraque haec aduersus nitebantur, tamen paterna bona optinuit: nam L. quidem Sextilius et P. Popilius, quos M. Anneius sanguine sibi coniunctos eadem ex parte qua Tullianum heredes fecerat, sacramento cum adulescentulo contendere ausi non sunt, tametsi praecipuis eo tempore Magni uiribus ad defendendas tabulas testamenti inuitari poterant, et aliquantum adiuuabat heredes quod M. Anneius in Sufenatis familiam ac sacra transierat. sed artissimum inter homines procreationis uinculum patris simul uoluntatem et principis auctoritatem superauit.*

istituito un tale Tulliano, parente di Pompeo³⁷⁸. Fin qui la comprensione appare piana e priva di asperità. È necessario, preliminarmente, tener saldo un elemento della fattispecie: Anneio perviene davanti all'organo giudicante e riceve la sua pronuncia.

Nella seconda parte del passo l'autore ci dice che il giovanotto riuscì ad ottenere i beni del padre (*paterna bona optinuit*) poiché altri due eredi, non nominati nella prima parte e istituiti in una quota uguale a quella di Tulliano, decisero di non controvertere con l'impugnante (*sacramento cum adulescentulo contendere ausi non sunt*). A questo punto Valerio Massimo ci spiega che gli eredi scritti avrebbero ben potuto resistere in giudizio e con argomenti importanti, ma non ebbero l'ardire di farlo. Teniamo anche qui fermo un elemento della fattispecie: il processo non si evolse alla fase *apud iudicem* poiché i convenuti con tutta probabilità non prestarono il *sacramentum* e dunque non si pervenne alla *litis contestatio*. Il figlio pertanto non andò davanti all'organo giudicante.

Ecco spiegato il dubbio concernente la duplicità di azioni: ne esperisce (almeno) due, poiché la prima (esclusivamente demolitoria presso i centumviri) perviene davanti al giudice e ottiene sentenza, mentre la seconda (di natura petitoria e, con certezza ricostruttiva³⁷⁹, presso il medesimo tribunale) si arresta alla fase *in iure*, impedendo la pronuncia dell'organo giudicante.

Ma c'è un punto che a me risulta ancora inspiegabile.

La narrazione dei motivi che avrebbero supportato una resistenza in giudizio degli eredi scritti in difesa delle tavole testamentarie è collocata nella seconda parte del testo, quella imperniata sull'azione vindicatoria. Dall'andamento del passo dobbiamo dedurre che, pur essendoci buoni argomenti, comunque non parteciparono alla controversia e non difesero l'atto. Dando risalto alla cronologia restituita dal testo, Anneio ha prima rescisso il testamento e, su questo presupposto, ha esperito la *vindicatio hereditatis*. Ma allora perché Valerio Massimo inserisce gli argomenti difensivi (inutilizzati) nella seconda parte del testo, appena dopo il

³⁷⁸ Enfatica la proposizione che si trova a metà del brano, volta a segnalare come il figlio abbia dovuto scontrarsi, nell'agone con Tulliano, più con la potenza di Pompeo che con le ceneri del padre. L'inciso potrebbe essere sospettato di manipolazione: ipotesi ventilata da G. GULINA, '*Hereditatis petitio*', cit., 63 e nt. 6, ma subito scartata, sul rilievo della «costruzione complessiva dell'episodio, articolato nelle due parti relative al giudizio centumvirale e al rito sacramentale. Parti ciascuna, a sua volta, divisa nella posizione della circostanza e nel dettaglio di sua manifestazione rituale. Ritenere epentetico l'inciso in questione (che, di per sé, può – nel microcontesto – sembrare glossematico) porta di necessità a sospettare dell'inciso in chiusura della seconda parte (*nam ... transierat*), il quale invece è sicuramente originale, poiché reca il nome dei coeredi, cita dettagli processuali non indispensabili al discorso di Valerio, allega – infine – circostanze di fatto retoricamente significative, ma ben addentellate nella concretezza della fattispecie, come la *eo tempore Magni vis* e il fatto che Carseolano fosse passato *in Sufenatis familiam ac sacra*».

³⁷⁹ Abbiamo visto in precedenza come la materia ereditaria fosse di esclusiva competenza del collegio centumvirale, in virtù della sua presumibile origine.

riferimento all'*agere sacramento* che non perviene davanti al giudice? Una lettura logicamente consequenziale lascia presumere che gli eredi scritti, nell'ambito dell'azione petitoria, non si siano premurati di salvaguardare la rilevanza del testamento. Tuttavia quest'ultimo, a rigore, già avrebbe dovuto essere stato eliminato dalla prima (e unica) sentenza centumvirale – che sicuramente v'è stata, come credo di poter leggere, oltre che nell'effetto rescindente, pure nelle parole '*in iudicio*' contenute nel brano³⁸⁰ – per cui l'evocazione in questo momento non ha senso.

Essa avrebbe dovuto essere collocata nella prima parte. Quando il figlio ha intentato la *l.a. sacramento* il testamento c'era o non c'era?

Se sosteniamo la sua assenza a causa della precedente rescissione dobbiamo ammettere che gli argomenti difensivi riportati da Valerio Massimo e possibilmente pronunciabili dagli eredi scritti sono insensati rispetto al *petitum* su cui si controverte. Se, al contrario, sosteniamo che, giusta una lettura consequenziale della seconda parte, il testamento era ancora valido ed efficace, allora gli espedienti difensivi sono pienamente comprensibili ma siamo costretti a privare di significato la prima parte del testo, rigettando la possibilità di una anteriore eliminazione dell'atto.

Il passo come abbiamo cercato di spiegare presenta una notevole asperità di costruzione generando un contrasto stridente tra la prima parte e la seconda, che paiono essere tra loro totalmente sconnesse nonostante la narrazione presenti una fattispecie unitaria. All'inizio si dice che il testamento è rescisso; poi che la susseguente azione non perviene al giudice poiché i convenuti non difendono un atto testamentario tuttavia non più esistente e che, dunque, non avrebbero ormai più potuto salvaguardare.

È tuttavia possibile svolgere ancora una considerazione e sulla sua base sviluppare un'ulteriore, forse vincente, ipotesi ricostruttiva. Fino ad ora si è posta l'alternativa tra un'azione rescindente autonoma e finalisticamente orientata alla semplice eliminazione dell'atto, ed un'azione di natura vindicatoria contenutisticamente preordinata all'ottenimento dell'asse. Si è altresì rilevato che gli eredi istituiti erano tre, di cui uno, Tulliano, parente di Pompeo e privo di legame parentale con l'ereditando, mentre gli altri, Sestilio e Popilio, *sanguine coniuncti* con il *de cuius*. Come già notato, tuttavia, le loro posizioni sono tenute distinte da Valerio Massimo, che, secondo la nostra scansione, parla di Tulliano nella prima parte e dei restanti nella seconda. Ribadisco inoltre che nella porzione iniziale del racconto vi è il riferimento alla rescissione del testamento³⁸¹, che ha dunque come

³⁸⁰ Così anche G. GULINA, '*Hereditatis petitio*', cit., 63.

³⁸¹ Non è suffragata da elementi indiziari ed è anzi contraria al tenore letterale del brano l'ipotesi avanzata da G. GULINA, '*Hereditatis petitio*', cit., 65 secondo cui la rescissione del

referente soggettivo solo Tulliano, mentre nella parte finale è contenuto il ricordo della mancata prestazione del *sacramentum*, limitato soggettivamente a Sestilio e Popilio.

Si può pertanto ipotizzare che le azioni esperite fossero tre³⁸², tra loro identiche nel *petitum*, e incardinate³⁸³ contro ognuno singolarmente degli eredi scritti. I rimedi giudiziari ebbero esiti differenti poiché il comportamento processuale dei convenuti fu differente. Sestilio e Popilio non ebbero l'audacia di controvertere con il figlio di Carseolano, che pertanto³⁸⁴ ottenne i beni in via non

testamento dinanzi ai *centumviri* sarebbe avvenuta senza il coinvolgimento degli eredi, quindi a contraddittorio non integro (di «oggettività del giudizio centumvirale, non bisognosa del contraddittorio della parte controinteressata»). A fondamento dell'ardita ricostruzione l'autore adduce anzitutto che «la loro non partecipazione ... potrebbe astrattamente essere ricavata già e *silentio* (con il limite proprio di tale tipo di argomento)», partendo dalla circostanza che il nome degli eredi non compare accanto alla menzione della caducazione del negozio di ultima volontà, ma poi specifica che «l'iniziativa di rescissione è data per compiuta senza la minima menzione di una qualche attività di resistenza da parte degli eredi testamentari, che pure erano – Tulliano almeno – nella condizione di esercitare un peso notevole sulla determinazione dei giudici. Non solo: la fonte avrebbe avuto tutto l'interesse per riferire la circostanza, onde mostrare più concretamente i termini della difficile situazione infine vinta dal giovane». Di poi, aggiunge, a p. 68, che è probabile comunque vi fosse (stata) una sorta di «resistenza d'ufficio», meglio esplicitata – ancorché in via estremamente dubitativa – alla nt. 3 della medesima pagina, dove scrive che è «difficile dire se vi fosse un resistente pubblico, interno o coincidente con il collegio giudicante, ovvero estraneo a questo, il quale avrebbe perorato la causa del negozio, di per sé giuridicamente autoreferenziale: il ruolo suppletivamente svolto da Plinio nella delibazione informale di cui alla *ep.* 5.1.4-6, induce però nel senso di un soggetto estraneo». In realtà, a leggere l'epistola pliniana citata dal Gulina ci si avvede che era stato il querelante, Asudio Curiano, a interpellare il noto avvocato, chiedendogli una valutazione 'informale' circa l'inofficiosità del testamento della madre. Respinge l'ipotesi dello studioso anche L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti*, cit., 362.

³⁸² *Contra* A. WATSON, *The law of succession*, cit., 65 ss. che parla di una singola «action» esperita contro tre soggetti, dei quali Sestilio e Popilio non presero parte alla causa, mentre Tulliano difese il testamento, soccombendo. Cfr. anche G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 104 nt. 32. Il Redenti nell'opera sul litisconsortio nel processo romano, ritiene la pluralità di parti sicuramente possibile nel processo *per formulas* e in quello della «terza epoca», mentre non vi è «nessun segno se le stesse regole si applicassero ai giudizi *per sponsionem*: qualche segno in contrario nei giudizi in via di *l.a. sacramento*. ... Avremmo indizio che la *l.a. sacramento* non ammettesse pluralità di attori e convenuti». In altra parte dell'opera scrive che «nella querela centumvirale (che si ordinava *sacramento*), verosimilmente per ragioni procedurali, non si ammettesse neppure la costituzione di un solo giudizio da parte dei più eredi né contro i più». E. REDENTI, *Pluralità di parti nel processo civile (diritto romano)*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo. Volume primo. Intorno al diritto processuale*, Milano, 1962, 15, 24.

³⁸³ Da segnalare che per M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., 51, nt. 1 la fattispecie andrebbe ricostruita aggiungendo l'attribuzione, da parte del pretore e in favore del figlio di Carseolano, della *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, dimodoché egli assunse nel giudizio – articolato nella forma *per sponsionem* – i panni di convenuto. Di tale particolare *bonorum possessio* parlerò più avanti: qui mi limito a segnalare come nulla faccia pensare che le parti abbiano stipulato una *sponsio praeiudicialis*, né vi è menzione di alcun intervento 'bonitario' del pretore e neppure v'è indizio che il legittimario avvii rivestito il ruolo di convenuto.

³⁸⁴ Concordemente E. NARDI, *Una 'dubitatio'*, cit., 626 che ritiene che il giovane vinse perché «i due *sanguines coniunctos* gli dettero via libera».

contenziosa³⁸⁵, dato che la controversia non sfociò nella fase *apud iudicem*. Tulliano, al contrario, resistette in giudizio e la causa approdò dinnanzi al collegio centumvirale che decretò la vittoria del figlio pretermesso, alla luce della sussistenza del legame di sangue con l'ereditando, di cui invece l'*heres scriptus* era privo. Delle tre azioni esperite, due vennero regolate nella fase *in iure* e questo spiega poiché Valerio Massimo abbia enunciato i motivi che Sestilio e Popilio avrebbero potuto avanzare per difendere la loro istituzione testamentaria, pur non facendolo; quella contro Tulliano ebbe invece un esito 'giudiziario' involgente la pronuncia centumvirale 'eliminativa' del testamento. Tra quest'ultimo e il figlio pretermesso di Carseolano le *tabulae* sono pertanto rescisse, ma, stante la differenza formale delle azioni, solo tra loro, non potendosi dire altrettanto per gli altri eredi scritti³⁸⁶.

³⁸⁵ La ragione dell'acquisto dei beni può essere rintracciata, sulla scorta del pensiero del Biscardi, analizzando la struttura della sfida sacramentale che costituiva il momento portante della procedura quiritaria nella fase *in iure*. Lo studioso si domanda se il *sacramentum* dovesse essere prestato da entrambe le parti o se, al contrario, ai fini della definizione della lite, fosse sufficiente anche solo il giuramento di una delle due. La dottrina maggioritaria è schierata sulla prima posizione e avverte «un ostacolo insuperabile per ammettere che il *sacramentum* potesse essere prestato da una sola delle parti contendenti». Tuttavia, se si analizza il *iusiurandum in iure*, che del sacramento costituisce il «succedaneo» si vede che esso ha la funzione di «porre immediatamente fine ad ogni discussione» assumendo la veste del giuramento decisorio. L'analogia di struttura tra i due istituti potrebbe sottendere anche congruità di effetti, ma la *communis opinio* avviluppata in «una sorta di pregiudizio logico (pregiudizio che potrebbe forse ascrivere con Bacone alla categoria degli *idola theatri*)» ritiene che «la conclusione della *legis actio sacramenti* fosse raggiunta solo quando si fosse accertato "*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*". Ciò emergerebbe dalla connotazione in termini di perfetta pariteticità della posizione processuale dei due contententi, ma siffatta simmetria «non esclude che una parte giuri senza che l'altra raccolga la sfida, e che pertanto il giuramento potesse avere una funzione decisoria nel processo». In tal modo si potrebbe pensare che, a seguito dell'unico *sacramentum* prestato, «il magistrato facesse l'*addictio* della cosa a chi aveva giurato, sanzionandone per tal modo la vittoria». Il pensiero del Biscardi mi sembra degno di attenzione e di accoglimento, e, soprattutto, consentirebbe di giustificare l'acquisto dei beni da parte del figlio preterito del passo, nel caso in cui la vicenda fosse ricostruita nel senso di una natura *in rem* dell'azione esperita. Cfr. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, 90 ss. V. anche G. PROVERA, *Il principio*, cit., 51 ss. per il quale l'*addictio* del magistrato in favore della parte che aveva prestato il sacramento (rifiutato invece dall'altra) determinava «la privazione del possesso».

³⁸⁶ La ricostruzione proposta, che sembra conciliare perfettamente il passo appianando le difficoltà che lo connotano, si regge tuttavia più di quanto sembri sul rifiuto a controvertere degli eredi Sestilio e Popilio. Valerio Massimo nella descrizione dei motivi che avrebbero potuto avanzare in difesa del testamento è chiaro nel dire che se avessero accettato la 'sfida' del figlio di Carseolano, avrebbero vinto poiché erano *sanguine coniuncti*, mentre il 'querelante', in quanto *filius in adoptionem datus, in Sufenatis familiam ac sacra transierat*. Immaginiamo per un attimo che essi abbiano prestato il *sacramentum* e si sia addivenuti alla pronuncia centumvirale respingente la richiesta di tutela del preterito. Il testamento avrebbe pertanto conservato intatte sia la validità che l'efficacia, continuando ad essere, nei rapporti singoli, l'unica norma (privata, ma comunque regola ordinante il fenomeno) di disciplina della successione. Al contrario la sentenza emessa nella causa con Tulliano avrebbe avuto (come si è appunto verificato) l'effetto (almeno indiretto) di privare di rilevanza il testamento, che dunque tra di loro era da considerarsi un nulla giuridico. È chiaro pertanto che in questo caso la successione si sarebbe aperta in parte testata e in parte intestata, in

6. Una prima conclusione.

Alla luce delle considerazioni svolte credo si possa sostenere con un buon grado di verisimiglianza che, 'originariamente', l'azione di inofficiosità testamentaria 'rivestisse' natura di rimedio petitorio³⁸⁷ volto al conseguimento dei beni³⁸⁸: con ciò mi attesto lunga la posizione che può essere considerata

deroga al principio notissimo del *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Si potrebbe parlare, come fa Di Lella, di «inefficacia relativa» dell'atto (L. DI LELLA, 'Querela', cit., 142), senza involgere pertanto lo spinoso tema della validità, così alieno dal pensiero giuridico romano, così consueto per noi moderni. Cfr. A. PICCIRILLO, voce *Rescissione (dir. rom.)*, in *NNDI*, Torino, 1970, 573 ss. Ciò che non cambia è la sostanza. Pur sempre si ha successione apertasi secondo due differenti regole di disciplinamento. A meno che non si voglia pensare ad una sorta di conversione del testamento operata dai *centumviri*. Essi avrebbero potuto 'sostituire' Tulliano con il figlio di Carseolando, ponendo quest'ultimo nella posizione e nei panni dell'*heres scriptus*, salvaguardando in tal modo la vocazione testamentaria. Anche ammesso che tale meccanismo sia possibile, rimane il fatto che, allora, la sentenza dei *centumviri* avrebbe avuto un carattere 'estremamente costitutivo'. Il passo, se si accoglie questa ricostruzione, è comprensibile proprio perché Sestilio e Popilio non hanno prestato il *sacramentum*. Se l'avessero fatto si sarebbe posto o il problema della deroga al principio del *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* o il problema della sentenza costitutiva (involgente il titolo d'acquisto dei beni da parte del figlio, provenisse esso *ex lege* o *ex sententia*). Va all'uopo sottolineato, tuttavia, che il *nemo pro parte* non è principio poi così rigorosamente osservato, in particolar modo nelle cause afferenti l'inofficiosità di un testamento come mette in luce G. COPPOLA BISAZZA, *Nascita*, cit., e che l'idea che il *ius civile* non conosca la pronuncia costitutiva (di annullabilità) «è una delle tante affermazioni che i moderni hanno fatto senza fondamento». P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 726.

³⁸⁷ E ciò fin dall'inizio, non potendosi, io credo, pensare a «due modi procedimentali di vestizione della pretesa all'accertamento della inofficiosità di un testamento», come ritiene il Gulina. L'autore, infatti, suppone che la querela in origine fosse dedotta in via principale «al di fuori di ogni iniziativa petitoria dell'eredità, ancorché – nella intenzione del ricorrente – finalizzata direttamente o indirettamente al perseguimento del risultato tipico dell'azione citata». Trae conforto a simile ipotesi dall'esegesi di Val. Max. 7.7.2 in cui Carseolano attacca il testamento presso i *centumviri* «senza curarsi di coinvolgere nel rito gli *heredes scripti* né – a maggior ragione – formalizzare nei loro confronti alcuna pretesa immediatamente connessa con l'asse». Queste ultime sarebbero state soddisfatte mediante la *b.p. sine tabulis*, ma l'autore non considera che al tempo della celebrazione del processo, collocabile alla metà del I sec a.C., tale clausola probabilmente non era stata introdotta e pertanto le pretese che costituivano unico oggetto dell'*interessentlage* sotteso all'azione non avrebbero potuto trovare soddisfacimento. Analoga conformazione (a questo punto definibile in termine di rescissione pura, sebbene l'autore non lo espliciti) della querela riscontra, poi, nel caso di Asudio Curiano, con alcune differenze tra i casi, ascrivibili al fatto che «tra il tempo della successione di Carseolano – metà del I sec a.C. – e quello della morte di Pomponia Galla – regno di Domiziano, tra il 93 e il 96 d.C. – corrono circa centocinquanta anni» e dunque «inevitabilmente i modi procedimentali hanno risentito del tempo trascorso, subendo gli effetti benefici di un affinamento». La seconda conformazione che lo studioso riscontra nelle fonti è invece quella «complessa», la quale «fonde e cumula in sé le due istanze», rescindente e petitoria, «metabilizzando il rapporto pregiudiziale che le lega»: ciò emerge, a detto dell'autore, dalla querela esperita da Attia Viriola. Per gli ulteriori approfondimenti, connessi anche con il riconoscimento di una funzione giurisdicente, e non solo amministrativa, al *praetor hastarius*, individuata nel *praetor qui centumviralibus praesidet*, v. G. GULINA, *Il pretore*, cit., 274 ss.

³⁸⁸ Contra J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 165 per il quale «la querella era un proceso distinto e independiente de la hereditatis petitio. La persona que ejercitaba la primera de estas acciones no reclamaba la herencia. ... La admision de herederos no civiles en la querella

maggioritaria – e addirittura indiscutibile per il Gagliardi³⁸⁹ –, ma mi preme sottolineare che non è affatto un'ipotesi certa.

La mia adesione a quest'impostazione – almeno per quanto riguarda il punto di partenza – è dettata dal fatto che la sentenza che concludeva un processo in cui era stata vagliata l'inofficiosità di un testamento «pronunciava anche in merito all'appartenenza dei beni ereditari»³⁹⁰ e un ruolo non indifferente hanno giocato le molteplici allusioni a un giudizio vindicatorio disseminate in alcuni dei brani visti.

Inoltre, le fonti tramandateci sulla presunta autonomia di un rimedio esclusivamente rescindente risalgono tutte alla giurisprudenza severiana, periodo in cui la violazione dell'*officium pietatis* poteva essere perseguita anche tramite le più flessibili forme della *cognitio extra ordinem*.

Oltretutto, mi sembra che i fautori della tesi della mera rescissione non abbiano fino in fondo chiarito quale sarebbe stata la struttura dell'azione di inofficiosità, tenuto conto che essa necessariamente doveva essere una delle *legis actiones sacramento*³⁹¹.

L'unica testimonianza che avrebbe potuto militare, poi, secondo me, in favore di una qualificazione *ab origine* rescindente è l'episodio raccontato da Valerio Massimo 7.7.2. Tuttavia, come si è cercato di dimostrare, la sua lettura è tutt'altro che certa. Personalmente ritengo sia da rigettare l'idea di un'antecedente azione strutturalmente volta all'eliminazione del testamento, nella convinzione che sia più soddisfacente ipotizzare che il figlio pretermesso abbia esercitato una *vindicatio hereditatis* (*rectius*: tre distinte) e che abbia potuto vincere grazie al rifiuto a controvertere che provenne dai convenuti vantanti, al pari suo, un legame cognatizio, mentre abbia avuto successo nel merito contro l'*heres extraneus*.

Maggiori certezze non si possono ricavare dal testo esaminato, ma tale incertezza se non permette di suffragare con sicurezza l'idea di un'origine petitoria, è tuttavia sufficiente per rigettare la tesi opposta che, dunque, rimane priva di fondamento per il periodo in questione.

Una piccola postilla.

Se, come visto, ritengo più probabile che il mezzo di veicolazione dell'inofficiosità dinanzi a un giudice (ossia ai *centumviri*) fosse la *vindicatio hereditatis*, ciò non vuol dire che, di necessità, la *querela* fosse essa stessa una 'particolare forma' di *vindicatio*: credo piuttosto – ma di questo darò maggiori

excluye la posibilidad de que esta fuera un incidente, ya que esta categoría procesal exige un proceso principal como presupuesto y, en los casos citados, esa condición no podía darse: no se puede entablar una acción hereditaria civil por un no legitimado».

³⁸⁹ V. L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 259. La posizione è, peraltro, dal medesimo autore ribadita in ID., *Studi*, cit., 27 ss.

³⁹⁰ V. L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 260.

³⁹¹ Che come tale era rigidamente tipica nella sua formulazione: v. A.M. GIOMARO, *La tipicità delle 'legis actiones' e la 'nominatio causae'*, Milano, 1988, *passim*.

spiegazioni alla fine di questo capitolo – che la *querela* come azione autonoma non esistesse affatto nel I sec. a.C., sposando *in parte qua* l'intuizione – a mio modo di vedere acutissima – del Di Lella che differenziava il regime del 'testamento inofficioso' da quello della '*querela inofficiosi testamenti*' con spartiacque segnato dalla codificazione dell'editto pretorio. Ma della teoria dell'autore napoletano non condivido un aspetto, che tuttavia illustrerò, come detto, alla fine.

7. La finalità originaria del rimedio: la rimozione della ingiustificata diseredazione di un successibile civile.

Accolta, seppur con 'formula dubitativa', la teoria che qualifica in senso petitorio il rimedio *de inofficioso* nella sua origine, bisogna ora cercare di individuare come concretamente, dal punto di vista procedurale, questa azione si svolgesse e come, soprattutto, fosse esperibile da soggetti che non potevano vantare alcun vincolo agnaticio con il defunto e difettavano, in conseguenza, di un titolo in grado di sorreggere la loro legittimazione ad agire.

Ciò sarà l'oggetto della prossime pagine: ma, prima, credo sia necessario soffermarsi sul metodo 'escogitato' per superare la presenza di un testamento valido ed efficace che, vuoi nel senso della diseredazione vuoi in quello della pretermissione, escludeva uno stretto parente del *de cuius* dalla successione.

È opportuno, a questo punto, svolgere qualche breve osservazione su quello che nelle fonti è definito *color insaniae*, cercando di capire come lo stesso si rapportasse al concetto di *iniuria*, parimenti presente nelle testimonianze in tema di *q.i.t.*, al fine di sceverare il ruolo che la finzione di instabilità mentale rivestiva nell'economia del rimedio giudiziario. Premetto che la questione difficilmente perverrà ad un esito certo, perché anche qui le informazioni di cui disponiamo sono poche, ed anche perché molto dipende dalla configurazione della *q.i.t* propria di ogni interprete.

Ciò che di sicuro si può asserire è che i giuristi di cui è stato tramandato il pensiero erano perfettamente consapevoli del carattere non reale dell'*insania* cui si fa riferimento³⁹².

Marcian. 4 *instit.* D. 5.2.2: *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit*

³⁹² V. E. NARDI, '*Insania*' autentica e '*insania*' per modo di dire, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, número especial *Estudos em Homenagem aos Profs. P. Merêa e G. Braga da Cruz*, 1983, ora in *Scritti minori*, I, cit., 599 ss. (versione, quest'ultima, da me consultata).

*testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum*³⁹³.

Il giureconsulto Marciano, attivo sotto i Severi, parla infatti di *color*, sulla cui base l'azione veniva esperita. Il contenuto di esso riguardava lo stato psichico dell'ereditando, rappresentato *quasi non* (fosse stato) *sanae mentis* nel momento della redazione del testamento. Da questo si desume che il soggetto interessato all'esercizio della querela era solito accompagnare la domanda con la prospettazione di un difetto mentale del *de cuius*, rilevante per, ed anzi quasi informante le, tavole testamentarie. Tuttavia tale affermazione giudiziaria era, sin nell'idea del querelante, ben distinta dalla circostanza in cui il testatore fosse stato veramente *furiosus vel demens*. Infatti l'atto di ultima volontà è stato compiuto *recte* e l'unico vizio che ad esso può essere ascritto consiste nell'inosservanza dell'*officium pietatis*. Se, al contrario, venisse sostenuta la reale mancanza della capacità naturale l'atto sarebbe *de plano* inesistente (*nullum est*); qui invece il testamento è non solo esistente, ma anche efficace e per eliminare la sua rilevanza giuridica nonché la sua funzione regolatrice del singolo fenomeno successorio è necessario che l'organo giudicante accolga la lamentela di inofficioritas, operando la declaratoria della violazione dell'*officium*.

Che quello dell'*insania* fosse un semplice motivo 'accompagnatorio' della inofficioritas emerge anche da un (duplice) frammento del giurista Marcello, diviso in due dai commissari di Triboniano, ma sostanzialmente unitario e con tutta probabilità parte di un discorso perfettamente consequenziale. I giustinianeî lo intervallarono con il (celebre) passo gaiano³⁹⁴ estrapolato dal libro unico di commento alla *lex Glitia*.

³⁹³ Il passo è considerato interpolato dal La Pira, che in esso vede solo «principi didattici inseriti dai compilatori», ma la sua opinione non pare condivisibile. Essa si situa nell'ambito di una più ampia opera interpolatoria che avrebbe investito tutti i frammenti recanti riferimento al *color insaniae*, fondamento, secondo l'autore, solo della querela postclassica e consistente in una «presunzione legale assoluta» argomentata «dallo stesso carattere inofficioso del testamento. Di conseguenza essa ha per scopo l'annullamento del testamento, perché *a demente factum*, e l'apertura della successione intestata». G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 439 ss. Per i giuristi classici invece «il *color insaniae* aveva soltanto valore di una motivazione sociale della rescissione del testamento. Si trattava di una giustificazione meramente retorica senza alcun valore giuridico». G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 531 ss. Per una critica di questa teoria v. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 184 s., che nota come tale ricostruzione sia inficiata da un «excesivo interpolacionismo».

³⁹⁴ Gai. *lib. sing. leg. Glit. D. 5.2.4: Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti*. Esso è stato inserito qui, rompendo l'armonia del frammento di Marcello, poiché ritenuto esplicativo del pensiero del giurista precedente, senza, tuttavia, un reale apporto innovativo, se non per l'espressa menzione dell'elemento *iniuria* (v. cap. I).

Marcell. 3 digest. D. 5.2.3-5: 3. *Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.* 5. *Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et optinere adsidue soleant. Huius autem verbi 'de inofficioso' vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret*³⁹⁵.

Il brano è per noi interessante poiché contiene una definizione di inofficiosità: essa consiste nella ingiusta diseredazione o preterizione di un persona che un tale trattamento non meritava. Infatti il querelante deve dimostrare che *immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum*, configurandosi quest'ultimo come vero e proprio 'onere della prova' su di lui incombente. Nell'ultima parte del frammento cinque ritorna la menzione del *color* con cui la domanda è perorata dinnanzi al *iudex*, in una proposizione la cui struttura sintattica e la cui terminologia sono pressochè identiche a quelle del passaggio di Marciano, poc'anzi esaminato. L'attenzione del giurista è rivolta a indicare in modo inequivocabile il carattere fittizio dell'insanità mentale, reso sia dall'utilizzo del predicato *videor* sia dal termine *quasi*, sottintendendo la volontà dei giustinianeî, che hanno scelto proprio questo passo, di tenere ben distinti da un lato il *petitum* della domanda di inofficiosità, dall'altro l'argomento con cui consuetudinariamente tale domanda veniva proposta.

Se dunque i giuristi hanno ben presente la reale natura del *color insaniae* che rifugge da qualsiasi immediata ricaduta sul piano giuridico e ancora Giustiniano³⁹⁶ nel sesto secolo si sente in dovere di chiarire questo carattere, quale

³⁹⁵ Come già notato, entrambi i frammenti risultano frutto di interventi interpolatori per il La Pira, sulla scorta del pensiero del Beseler. L'opera di intervento dei commissari giustinianeî emergerebbe dalla «ripetizione quasi integrale della frase di Marciano. Grammaticalmente ne è indice il pronome *ille*. A chi esso si riferisce? Sono i compilatori ad aggiungere la frase *resque ecc.*: ad essi preme porre in rilievo il *color insaniae*, fondamento peculiare della querella postclassica. Noto poi che i Basilici non riportano questa parte del testo di Marcello. Forse insitizio è anche *et ideo indigne*». G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 439 nt. 1.

³⁹⁶ Cfr. anche I. 2.18: *Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. sed hoc dicitur non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus est, nullum est testamentum*, in cui, tra le pieghe della spiegazione manualistica, si ritrova il frammento marcianeo già citato.

funzione esso esplica? Quale ruolo riveste all'interno del meccanismo che presiede al giudizio di inofficiosità?

8. *Alcune notazioni dottrinali.*

Per il Voci il *color insaniae* è un espediente retorico che ha la funzione di coprire, in una visione edulcorata della vicenda, l'empietà commessa dal testatore. Essa non ha altro scopo che quello di «velare una brutta realtà» poiché «chi trascura senza ragione i vincoli di parentela non ha un perfetto equilibrio mentale: ha sbagliato ma non era interamente *compos sui*»³⁹⁷. Pertanto il *proprium* della questione da decidere risiede nel vaglio della meritevolezza e della giustificazione di una esclusione dalla partecipazione alla successione, e tale giudizio di merito è accompagnato dall'accusa di demenza non per un immediato fine giuridico, ma per una motivazione sociale, quasi si volesse evitare la forte riprovazione che la *civitas* inesorabilmente riserva a coloro che hanno trasgredito agli *officia*.

Di Lella, invece, ritiene che il *color* avesse un significato giuridico, ma non *ab origine*. Infatti, criticando la dottrina precedente, rigetta l'idea che già dal I sec. a.C. il collegio centumvirale considerasse nulli i testamenti violativi dell'*officium* sulla base dell'instabilità mentale del *de cuius*. Tenendo presente la distinzione che l'autore traccia tra il regime del testamento inofficioso e quello della querela, sostiene che per il primo il fondamento dell'azione fosse l'*iniuria* arrecata all'escluso. Agli inizi della parabola dell'inofficiosità, quando si cominciò a 'correggere' interpretativamente la volontà dell'ereditando eliminando la pretermissione di un congiunto, la finzione di *insania* non era neppure contemplata³⁹⁸. Essa emerse nel momento in cui fu necessario evertere una diseredazione e «si disse allora dagli impugnanti che il testatore aveva trascurato i meriti del diseredato in maniera tale da far presumere addirittura che egli non fosse sano di mente»³⁹⁹. L'argomento della demenza corroborava l'ingiustizia della clausola diseredativa, ma non costituiva, tuttavia, il mezzo giuridico per la sua

³⁹⁷ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 680.

³⁹⁸ Questo perché fintantoché l'azione di inofficiosità ebbe natura petitoria e dunque non si arrivò alla creazione della querela come mezzo autonomo di impugnazione, non era concepibile una invalidazione del testamento giustificata dall'incapacità del testatore poiché l'apertura della successione legittima non avrebbe giovato ai soggetti aventi titolo meramente pretorio. Cfr. L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 139.

³⁹⁹ L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 140.

espunzione⁴⁰⁰, pur sempre rappresentato dall'ingiuria⁴⁰¹ arrecata. Tale funzione essa iniziò ad espletare nel regime della *querela*, dove, stante il *petitum* esclusivamente rescindente dell'azione, «l'*insania* del testatore diventa invece l'espedito più sicuro per giustificare la invalidazione del testamento. Si tratta, però, di un semplice espedito ... giacchè il fondamento sostanziale dell'impugnativa di inofficisità resta pur sempre l'*iniuria*⁴⁰²».

Anche Ribas Alba sostiene che l'ingiuria sia stata posta a base del rimedio, come d'altronde vale per ogni tipo di *querela*⁴⁰³, non solo dunque peculiarmente per quella *de inofficioso*. Nell'analisi che opera del concetto di *color insaniae* distingue i due termini che compongono la locuzione e per la sua spiegazione si avvale di opere di retorica, risalenti al I sec a.C. Il *color* è una «categoria retorica que significa la forma de aproximacion elegida en el analisis y exposicion de un asunto»⁴⁰⁴ e, declinato nel versante dell'inofficisità, tradisce, a parere dell'autore, una probabile origine greca, in ambiente retorico. La sua recezione in ambito romano avvenne pur sempre attraverso gli studi dei retori, ma tale connotazione «no significa que no pudiera alcazar relevancia juridica»⁴⁰⁵, come infatti è successo con numerosi altri concetti provenienti dalla filosofia e dalla scienza elleniche «que fueron asumidos por la jurisprudencia romana de una forma natural⁴⁰⁶». Chiarita l'origine della

⁴⁰⁰ Infatti l'*insania* del testatore «rappresentava semplicemente un elemento in favore dell'asserita ingiustizia della diseredazione, quasi a voler dire, da parte del diseredato, che l'*iniuria* nei suoi confronti era stata così grave e, d'altronde, così palese che soltanto una persona non normale poteva non essersene resa conto» Da tale qualificazione ricava la concepibilità logica della compatibilità di *insania* e *iniuria*, rigettata invece dalla dottrina precedente, *in primis* dal Marrone che ritiene un testamento connotato dall'*insania* incapace di arrecare ingiuria. Per Di Lella «l'*insania* del testatore è un elemento addotto dall'escluso dalla successione per sottolineare la mancanza di giustificazione della esclusione e per colorire così la sua pretesa fondata pur sempre sull'*iniuria*». L. DI LELLA, 'Querela', cit., 141.

⁴⁰¹ Si pone tuttavia il problema di giustificare l'eliminazione *sub specie iuris* del testamento. Esso è valido ed efficace, benchè ingiurioso, ma le fonti sono sicure nel riferirsi alla sua espunzione. L'autore, per aggirare l'ostacolo, rifiuta la configurazione dell'eliminazione in termini di invalidità perché «finché, per il periodo anteriore al sorgere della *querela*, si continua a parlare del testamento inofficioso in termini di validità non si può mai comprenderne la vera natura, essendo quelli di inofficisità e di invalidità concetti affatto distinti. La inofficisità non è causa di invalidità del testamento, ma di inefficacia relativa, o, meglio, di inopponibilità delle singole istituzioni d'erede che vi sono contenute». L. DI LELLA, 'Querela', cit., 142.

⁴⁰² L. DI LELLA, 'Querela', cit., 143.

⁴⁰³ Lo studioso, previo esame delle testimonianze giuridiche (nel Digesto) nelle quali compare il termine *querela*, sostiene che tale termine «se utiliza en la mayoria de los casos para hacer referencia a reclamaciones surgidas en el ambito familiar ... la *querella* es una reclamacion originada por una *iniuria* en sentido amplio, que se produce predominantemente entre personas que integran el circuito familiar». Egli inoltre parla di una 'prossimità semantica' tra *querela* e *iniuria*, intesa quest'ultima come «una lesion producida por el ejercicio abusivo de una facultad juridica que, en principio, se propone como illimidada». J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 176 ss.

⁴⁰⁴ J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 182.

⁴⁰⁵ J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 183.

⁴⁰⁶ J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 183.

locuzione, lo studioso spagnolo si interroga sul significato e sulla funzione. Sotto il primo profilo egli sostiene che l'*insania* sottesa al concetto avesse un significato differente dalla comune considerazione poiché prescindeva da qualsiasi patologia medicalmente riconoscibile. Tale considerazione la ricava dall'analisi di varie controversie di Seneca Retore⁴⁰⁷, le quali dimostrerebbero come «la alegacion de la enfermedad mental en juicio ... no se fundaba en un criterio medico. Era tan solo la calificacion que merecia una conducta lesiva para otra persona; una conducta productora de *iniuria*»⁴⁰⁸ Pertanto l'*insania* equivale ad una condotta irrazionale, come tale causativa di una ingiuria, perseguibile tramite la querela di inofficioritas. Infatti, sostiene ancora l'autore, sulla scorta del passo di Marciano citato, che se con il riferimento all'*insania*, seppur fittizio, si fosse voluto intendere la deficienza della *testamenti factio*, non sarebbe stato necessario esperire la *querela inofficioris testamenti* per demolire il negozio giuridico⁴⁰⁹. Da qui l'idea che il *color insaniae* non sia «una ficcion de enfermedad mental en sentido medico estricto» ma «la expression de una conducta – de una decision – valorada como irracional segun la medida de la etica social respecto a los vinculos familiares»⁴¹⁰.

Il Gagliardi, sulla scia del Di Lella, ammettendo anch'egli la natura petitoria dell'azione di inofficioritas, ritiene che l'elemento in analisi non fosse sussistente *ab origine*, ma sia sopravvenuto solo in un secondo momento e con una importanza assolutamente da circoscrivere. Infatti, nota lo studioso, tutte le attestazioni concernenti l'*insania* risalgono al II-III sec. d.C. e se esso fosse stato presente fin dall'inizio «è da credere che al tema sarebbe stato riservato un maggior dibattito da

⁴⁰⁷ Il riferimento è alla controversia 10.3.7-8: *Latro usus est in hac controversia illa calcata quaestione, an possit dementiae agi cum patre ob ullam aliam rem quam ob dementiae: impotens sum, crudelis sum, immitis; non tamen demens. mores tuos patri debes adprobare, non patris regere. dic: 'desipis, nihil intellegis'; ego sanitatis meae, si potuero, argumenta colligam, dicam: 'in senatu non stulte sententiam dixi'. quid tibi videor fecisse dementer? partes male (el)egi? multa debes dementiae signa colligere. damnare non potes patrem propter verba, immo propter verbum. Si damnari dementiae aliquis pater etiam non demens ob aliquod improbandum factum potest, an hic possit. hoc in duo divisit: an, etiamsi hoc animo dixit, ut filiam mori vellet, damnandus tamen non sit. hic accusatio filiae contrarias partes et patri (et fratri) sequentis, cum illam ipsa natura publicis excepisset malis. animadvertit Manlius in filium et victorem, animadvertit Brutus in liberos non factos hostes sed futuros; vide, an sub his exemplis patri fortius loqui liceat. L'autore analizza anche la controversia 2.3.6: ... cum dixeris te dementem fuisse, deliberabo cum amicis, deliberabo cum propinquis, deliberabo cum tua matre. me miserum, quam paene promisi! (dura), anime, dura; here fortior eras. et multum habeo, quod deliberem: diversi me affectus dstringunt, inter reum et patrem distrahor; hinc iniuria est, hinc natura.*

⁴⁰⁸ J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 189.

⁴⁰⁹ Uso la definizione di negozio giuridico anche per il testamento, secondo un modo di esprimersi ormai invalso. Tuttavia, ricordo come vi siano anche voci contrarie a tale scelta: per M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, XL-XLI, 1998-1999, 23, nt. 114 il «modo di esprimersi ... con cui ci si riferisce al testamento nel suo complesso come ad un negozio», pur se possibile, non è forse «opportuno, perché si tratta di una figura giuridica che è la sintesi di una data forma documentale e di un certo contenuto».

⁴¹⁰ J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 202.

parte dei letterati e dei giuristi contemporanei al sorgere dell'istituto»⁴¹¹, ma ciò non è affatto avvenuto⁴¹². Inoltre, stante la vastissima latitudine dei poteri del collegio centumvirale, legittimato a derogare al *ius civile*, il ruolo che esso rivestì nella logica della querela non fu sempre di primo piano. L'organo giudicante sceglieva i soggetti cui conferire tutela e per essi creava il titolo di eredi a seguito di una comparazione con la posizione degli eredi scritti nel testamento. Si capisce, dunque, che lo stesso non abbisognasse della finzione di demenza al fine di demolire un atto giuridicamente rilevante, situazione che peraltro non sempre avrebbe potuto essere vantaggiosa per colui che sollevava la questione di inofficisità, nel caso in cui, soprattutto, quest'ultimo avesse un semplice titolo pretorio. Di conseguenza l'*insania* prospettata veniva utilizzata saltuariamente dal collegio solo quando si mirava all'apertura della successione *ab intestato* «fondata sulle regole del *ius civile*, non quando a quelle regole volevano introdurre una deroga». Quando poi tali regole, nel corso del tempo, vennero assunte stabilmente nell'ordinamento civilistico «aumentavano i casi nei quali non dovevano più indicare esplicitamente i successori *ab intestato*, ma potevano limitarsi a rilevare l'*insania* del testatore, in quanto i successori da loro prescelti sarebbero conseguiti automaticamente secondo

⁴¹¹ L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 284 s.

⁴¹² Tuttavia la Di Ottavio ha individuato in un frammento di Giavoleno contenuto nel Digesto una prima attestazione del meccanismo in questione. Iav. 1 *ex post. Lab. D. 29.2.60: Filium emancipatum pater solum heredem instituit et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. Labeo ait, si probaretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. Hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum heredem transit nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petat. Paulus: et Proculus Labeonis sententiam improbat et in Iavoleni sententia est.* Nel testo compare, in effetti, la proposizione *tamquam pater demens fuisset*, che presenta notevoli somiglianze con il concetto di *color insaniae*. Da esso si può desumere con certezza che il meccanismo della finzione di follia era noto a cavallo tra il I sec a.C. e il I sec. d.C. Non mi risulta invece comprensibile l'affermazione dell'autrice secondo la quale «il caso ricordato nel testo di Giavoleno, riferibile all'età di Labeone, sembra peraltro appartenere ad una fase ancora incerta di formazione del meccanismo della medesima inofficisità. Il pretore, infatti, concede al figlio emancipato la *b.p.* intestata, come se il padre fosse pazzo ..., ma un giudizio successivo ... stabilisce la sanità mentale del *de cuius*». Non mi pare che nel passo si possa intravedere la tematica dell'inofficisità, essendo, invece, il fulcro del frammento da rintracciare nella legittimità della richiesta della *b.p. sine tabulis* da parte dell'erede scritto, a fronte della sussistenza di un meccanismo di sostituzione, operante a seguito del rifiuto della delazione da parte del primo istituito. Il pregio del frammento, anziché in una sua collocazione nell'ambito della querela, va ascritto alla tradizione dello strumento utilizzato per invalidare il testamento, appunto la finzione di follia. Tale espediente veniva pertanto usato anche al di fuori della latitudine della questione *de inofficioso*, a significare una probabile consuetudine applicativa da parte di magistrato e giudici. Cfr. D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, cit., 132 s. Sul passo v. anche L. DI LELLA, 'Querela', cit., 62 ss che lo ritiene prova dell'introduzione, al tempo di Labeone, «di una clausola relativa ai *liberi*» nel sistema della *bonorum possessio*.

le nuove regole del *ius civile*»⁴¹³. Fu solo con la codificazione dell'Editto in età adrianea che l'*insania* assurse a mezzo principale per la invalidazione dell'atto, stante il completamento del sistema successorio legittimo che rendeva superflua l'attività centumvirale volta alla creazione del titolo di erede. Nel periodo anteriore, invece, l'eliminazione dell'atto testamentario si basava su principi equitativi, senza la necessità di ricorrere a finzioni o mezzi succedanei.

Da ultimo sul tema è intervenuta la Di Ottavio, con un'opera monografica⁴¹⁴ dedicata esclusivamente allo studio dell'origine e del significato del *color insaniae*. Tale concetto si originò all'interno delle scuole di retorica, sfruttando elementi culturali noti nella letteratura e nella storiografia romana ed intercettanti *topoi* presenti anche in ambito ellenico, e la sua funzione fu quella di consentire l'invalidazione di un testamento civilmente valido. Interessanti sono le fonti che l'autrice adduce a sostegno della sua ricostruzione, per diversi aspetti non valorizzate dalla dottrina precedente. La studiosa si sofferma, infatti, sulla vicenda del matricida Publicio Malleolo cui abbiamo ricordo in due opere, non a caso di contenuto retorico, ossia la *Rethorica ad Herennium*⁴¹⁵ e il *De inventione*⁴¹⁶ di Cicerone, in cui si perpetua la memoria dell'impugnazione di un testamento sulla

⁴¹³ L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 286.

⁴¹⁴ D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, cit., 1 ss.

⁴¹⁵ *Rhet. ad Her.* 1.13.23: *Ex ratiocinatione controversia constat, cum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudine quadam aucupatur. Ea est huiusmodi: Lex: si furiosus existet, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. Et lex: qui parentem necasse iudicatus erit, ut is obvolutus et obligatus corio devehatur in profluentem. Et lex: paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto. Et lex: si paterfamilias <intestato moritur, familia> pecuniaque eius agnatum gentilium esto. Malleolus iudicatus est matrem necasse. Ei damnato statim folliculo lupino os <obvolutum est> et soleae lignae in pedibus inductae sunt: in carcerem ductus est. Qui defendebant eum, tabulas in carcerem adferunt, testamentum ipso praesente conscribunt, testes recte adfuerunt; de illo supplicium sumitur. Ii, qui heredes erant testamento, hereditatem adeunt. Frater minor Malleoli, qui eum obpugnaverit in eius periculo, suam vocat hereditatem lege agnationis. Hic certa lex in rem nulla adfertur, et tamen multae adferuntur, ex quibus ratiocinatio nascitur, quare potuerit aut non potuerit iure testamentum facere. Constitutio legitima ex ratiocinatione.*

⁴¹⁶ *Cic. inv.* 2.50.148-149: *Ex ratiocinatione nascitur controversia, cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venit, hoc pacto: lex: «si furiosus est, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto» et lex: «paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legasset, ita ius esto» et lex: «si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto». Quidam iudicatus est parentem occidisse et statim, quod effugiendi potestas non fuit, lignae soleae in pedes inditae sunt; os autem obvolutum est folliculo et praeligatum; deinde est in carcerem deductus, ut ibi esset tantisper, dum culleus, in quem coniectus in profluentem deferretur, compararetur. Interea quidam eius familiares in carcerem tabulas afferunt et testes adducunt; heredes, quos ipse iubet, scribunt; tabulae obsignantur. De illo post supplicium sumitur. Inter eos, qui heredes in tabulis scripti sint, et inter agnatos de hereditate controversia est. Hic certa lex, quae testamenti faciendi iis, qui in eo loco sint, adimat potestatem, nulla profertur. Ex ceteris legibus et quae hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem pertinent, per ratiocinationem veniendum est ad eiusmodi rationem, ut quaeratur, habueritne testamenti faciendi potestatem.*

base del presunto *furor* dell'ereditando. Tale attacco, che «sembra proprio presentare gli elementi di quella causa civile che diventerà, in prosieguo di tempo, la *q.i.t.* classica»⁴¹⁷ è portato dal fratello, *adgnatus proximus*, ed è fondato sulla nullità dell'atto medesimo per mancanza della *testamenti factio activa*, causata dai tormenti che ricadono, ad opera delle *Furiae*, su coloro che si sono macchiati di matricidio. Esse infatti straziano l'anima del soggetto colpevole, fino a condurlo alla pazzia. L'empietà del delitto commesso è causativa di follia, e ciò consente di instaurare un legame strettissimo tra i concetti di *pietas* e *furor*⁴¹⁸, che sono proprio i due elementi alla base della *querela inofficiosi testamenti*.

Un siffatto vincolo, strumentalmente utilizzato, ritorna, peraltro, anche nelle discussioni che animavano le lezioni dei retori sull'impianto accusatorio sotteso all'esperimento dell'*actio dementiae*, con la quale si chiedeva al pretore di dare un curatore al *pater*. Esempio illuminante è tratto, come già Ribas Alba aveva notato, dalle *Controversiae* di Seneca Retore, nelle quali ritorna spesso il tentativo di fondare l'accusa di pazzia, al cui accertamento seguirà l'operare della curatela, «in assenza di una vera e propria malattia mentale, sottolineando l'empietà, l'illogicità, la crudeltà del comportamento paterno onde inferire l'opportunità di una pronuncia di incapacità»⁴¹⁹. Il carattere puramente strumentale e artificioso dell'argomentazione era ben chiaro a tutti, così come una semplice finzione era il *color insaniae*, espediente, tuttavia, imprescindibile per eliminare un testamento altrimenti perfetto. L'instabilità mentale, nel caso che ci interessa, era, secondo l'autrice, desunta dal tenore stesso delle *tabulae*⁴²⁰, l'abnormità delle cui clausole e l'ingiustificatezza del cui silenzio tradivano i segnali di un processo razionale non coerente ed equilibrato, tale da suffragare l'ipotesi che un soggetto, che non poteva essere se non un pazzo, aveva redatto quel testamento.

⁴¹⁷ D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, cit., 55 s.

⁴¹⁸ L'autrice, infatti, sostiene che «il legame oppositivo tra *furor* e *pietas* (per cui ove v'è l'uno, non può esservi l'altra) è culturalmente diffuso e paradigmaticamente rappresentato dal caso di Malleolo. L'ambiente retorico si mostra perfettamente coerente con il generale contesto culturale dell'epoca, dove la *pietas* era divenuta un valore politicamente funzionale, sulla base del quale è lecito supporre si orientassero anche le decisioni giuridiche. Certamente non è un caso che la *querela inofficiosi testamenti* porti questo nome, indicando già dal titolo – per così dire – la sostanza». D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, cit., 66. Il legame è messo in luce anche da G. RIZZELLI, *Padri romani*, cit., 32.

⁴¹⁹ D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, cit., 100.

⁴²⁰ E pertanto «l'intrinseco contenuto del testamento pote(va) avere carattere, per così dire, duplice e biunivoco: nel senso che se esso era stato redatto senza rispettare l'*officium* verso i più diretti congiunti, ciò avrebbe potuto rappresentare prova della (artificiosa) follia del testatore, ancorché egli fosse, in realtà, sano di mente; ma se il testamento medesimo, viceversa, era stato redatto in conformità del rispetto verso i figli, esso rimaneva pienamente valido, ancorché il *de cuius* fosse realmente pazzo: il testamento diveniva, pertanto, esso stesso, prova della sanità mentale». D. DI OTTAVIO, *Ricerche*, cit., 131.

9. Il fondamento è l'iniuria, mentre il color insaniae è semplice espediente demolitorio. Differenze ontologiche, complementarità di funzione.

La breve disamina della letteratura sul punto ho mostrato come la corretta qualificazione del *color insaniae* abbia generato numerose controversie interpretative.

Tuttavia credo si possano trarre delle conclusioni. Il perno dell'azione (o perlomeno, della domanda afferente l'inofficioritas) è indiscutibilmente l'accertamento della violazione dell'*officium pietatis*⁴²¹. Tale comportamento, che ha cagionato una frattura nella sfera della *dignitas* del congiunto così iniqua da rivendicare una sanzione giuridica, è fonte di *iniuria* per il legittimario, investito, pertanto, dall'ordinamento, del potere di demolire il testamento causativo dell'offesa tramite l'esercizio di un rimedio che, necessariamente, richiede l'intervento di un organo giudiziario. Si può parlare di un diritto potestativo o di un potere formativo ad esercizio giudiziale⁴²², quantomeno a livello sostanziale. Una tale qualificazione riflette il regime sostanziale del rimedio che mira ad evertere un atto altrimenti perfetto, non assurgendo l'*officium*, almeno all'origine, a requisito

⁴²¹ Così anche F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *La buona fede*, cit., 409 per il quale «la prima fondamentale obiezione verso il testatore riguarda l'inosservanza dell'*officium pietatis* ... Ogni soggetto sano di mente, dinanzi all'ineluttabilità della morte, dovrebbe nei confronti dei propri cari avvertire il dovere di preoccuparsi del loro stato materiale».

⁴²² Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 113 ss. L'autore abbandona la vecchia categoria del diritto potestativo, inteso come quello per il quale «una norma stabilisce la prevalenza dell'interesse di un soggetto sull'interesse di uno o più altri e ne assicura la soddisfazione consentendo l'esercizio, a opera del primo, del potere di produrre un effetto incidente sulla sfera giuridica dei soggetti passivi, indipendentemente dalla loro volontà e senza che occorra alcuna loro prestazione», per abbracciare la nozione, escerpita dalla terminologia tedesca, di *Gestaltungsrecht*, ossia di pretesa formativa. Divide, poi, questa pretesa in due categorie: i poteri formativi ad esercizio stragiudiziale «per il cui tramite la legge consente alle parti di un rapporto giuridico, in presenza di certi fatti e magari seguendo certe forme, di esprimere manifestazioni di volontà idonee in via immediata a modificare o estinguere il contenuto del rapporto, senza bisogno di instaurare alcun processo» tipico esempio dei quali rinviene nel potere di trasferimento del lavoratore o nel cambiamento delle sue mansioni; e le situazioni potestative ad attuazione giudiziaria, imperniate «sulla domanda, sul processo e sulla sentenza costitutiva» come il diritto di ottenere lo scioglimento del matrimonio ovvero la risoluzione del contratto, nelle quali «il processo occorrerà sempre ed esso verterà sull'accertamento di quella posizione giuridica soggettiva e ne attuerà – attraverso l'efficacia sostanziale tipica della sentenza costitutiva – la potenzialità funzionale». In tal caso, proprio come per l'inofficioritas, «al privato non è dato un potere autosufficiente ed unilaterale di incidere sulle relazioni giuridiche che lo coinvolgono, ma solo il potere di agire in giudizio» per ottenere una sentenza che, almeno incidentalmente, comporti la demolizione, nel nostro caso, di un atto altrimenti efficace. È ciò che succede a livello sostanziale nel caso della querela, anche se, a livello formale, il testamento viene considerato nullo sulla base della finzione di *insania*. O almeno, per quanti, come me, riconoscono una chiara rilevanza giuridica del *color insaniae*. Per coloro, invece, che ascrivono ad esso una funzione differente, si è costretti a parlare di giurisdizione costitutiva vera e propria. Ciò non è, peraltro, assolutamente da rigettare, sebbene l'idea che la sentenza costitutiva fosse sconosciuta a Roma trovi da più parti asilo nella letteratura, tanto da poter essere considerata la *communis opinio*: di ciò si discuterà meglio nel prossimo capitolo.

giuridico legittimante di per sé l'invalidazione. Il querelante, come emerge dai passi citati in apertura, deve dimostrare che non sussistono elementi in grado di giustificare la sua esclusione dalla successione, in modo da lumeggiare l'iniquità del testamento.

Capovolgendo, per un attimo, la prospettiva, si potrebbe sostenere che a monte, prima della doverosità di un comportamento officioso del padre, è richiesta, con altrettanta esigenza di doverosità, un comportamento pietativo del figlio verso il genitore⁴²³. Se il discendente ha, in qualche modo, meritato l'esclusione esso non ha titolo per evertere l'ultima volontà dell'ascendente; qualora invece riesca a dimostrare che non ci sono motivi sufficienti⁴²⁴, parteciperà alla successione. Tuttavia, come dicevo, la declaratoria dell'inofficiosità frutto della condivisione etica della centralità dell'*officium* violato, non è in grado di produrre, come effetto giuridico, l'eliminazione dell'atto, ma ciò non vuole significare una privazione di rilevanza *sub specie iuris* del concetto. Esso esplica tale rilevanza mediante la concessione del potere di impugnare il testamento. Si instaura pertanto un rapporto biunivoco. La querela rappresenta il mezzo di transito dell'inofficiosità dal piano puramente sociale a quello della realtà del *ius*; al contempo, però, l'inofficiosità fonda il rimedio giudiziario. Come poi, concretamente, la querela operi è questione diversa e scissa dalla prima.

⁴²³ Può risultare interessante il confronto con una costituzione diocleziana dell'anno 293, conservata in C. 3.28.19 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Apollinari*): *Si filia tua turpiter et cum flagitiosa foeditate vivit, ut a successione tua eam excludendam putes, si non inconsulto calore, sed ex meritis eius ad id odium incitatus es, postremi iudicii liberum arbitrum habebis*. Anche Costantino si esprime in modo simile, in *Imp. Constantinus A. ad Claudium praesidem Daciae* C. 3.28.28 pr.: *Liberi de inofficioso querellam contra testamentum parentum moventes probationes debent praestare, quod obsequium debitum iugiter, prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerunt, nisi scripti heredes ostendere maluerint ingratos liberos contra parentes extitisse* (a. 321). Regolando l'onere della prova dell'azione di inofficiosità chiarisce che i figli querelanti devono dimostrare di aver prestato ai genitori l'*obsequium debitum iugiter*, il che è, a parer mio, indicativo del fatto che l'officiosità del testamento è la giusta ricompensa di un comportamento officioso dei figli.

⁴²⁴ Diocleziano parla di *iustas causas offensae*, in *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Et CC. Statillae* C. 3.28.22 pr.: *Si maritus tuus facto testamento te quidem ex asse scripsit heredem, filia autem quam habuit in potestate exheredata facta minime probetur nihilque ei relictum est neque iustas causas offensae praestitisse convincatur, eam de inofficioso testamento patris querentem totam hereditatem obtinere posse non ambigitur* (a. 294).

La finzione di instabilità mentale⁴²⁵, come il Ribas Alba e la Di Ottavio hanno chiarito, ha origine retoriche⁴²⁶ e veniva strumentalmente utilizzata come mezzo per il raggiungimento di un ben preciso scopo giuridicamente rilevante. Essa si atteggiava a nulla più che a grimaldello per consentire la concretizzazione di effetti altrimenti non in grado di verificarsi. Ha ragione il Voci nel ritenere che essa non era mai il momento centrale dell'accertamento, ma non ne coglie adeguatamente la portata – a mio modo di vedere – quando alla stessa annette esclusiva rilevanza sociale. Il *color* ha una forte caratterizzazione giuridica e, come giustamente sostiene il Marrone, è l'unico strumento a disposizione nel processo per *legis actiones* per ottenere l'eliminazione del testamento, o meglio della clausola ingiuriosa, a favore di una differente delazione dei beni ereditari. È, pertanto, elemento imprescindibile di funzionamento del meccanismo sotteso alla querela, una *fictio* giustificativa di un effetto giuridico non altrimenti ricollegabile ad una pronuncia, seppur correttiva, del *ius civile*. Con essa si derogava (sostanzialmente, non formalmente) al *ius* per (riaffermare) il *iustum*.

Con l'andare del tempo, a seguito della progressiva cristallizzazione del regime della querela, divenne, probabilmente, elemento 'naturale' dello strumento, un *leitmotiv* che accompagnava ogni impugnazione. Non si spiega altrimenti il suo permanere anche nell'epoca della giurisprudenza severiana, quando la questione *de inofficioso* era giudicata (a mio parere pressoché sempre, come si vedrà) nelle forme della *cognitio extra ordinem*, a seguito, pertanto, di un giudizio emesso da un organo con una vasta latitudine di poteri. Essa si consustanzio con l'ontologia dello strumento, richiedendo ai giuristi prima, a Giustiniano poi, un'opera di perimetrazione del concetto e di chiarimento della sua natura e del suo funzionamento. A questo servono, infatti, i frammenti di Marciano e Marcello, posti in posizione capitale del secondo titolo del quinto libro del Digesto. Ancora al loro tempo la querela era esperita con il pedissequo riferimento alla presunta instabilità del testatore, ma di essa, o meglio, della funzione per l'espletamento della quale era nata, non ci sarebbe più stato bisogno.

⁴²⁵ Un'instabilità peraltro congruente a quella individuata dai medici: osserva acutamente G. RIZZELLI, *Modelli di 'follia' nella cultura dei giuristi romani*, Lecce, 2014, 139 s. come «i retori non introducono un diverso modello di follia, costruito intorno alla medicalizzazione di condotte eticamente censurabili»: e ciò sebbene «alcuni declamatori presentino comportamenti riprovevoli quali segni d'infermità mentale, non propongono, tuttavia, di identificare quest'ultima secondo modelli nosologici di tipo diverso da quelli organicistici delineati dai medici». In altre parole, conclude l'autore, Marcello e Marciano non sembrano impegnati a ... costruire una categoria della 'quasi follia' fondata sul *vitium animi*».

⁴²⁶ Cfr. E. RENIER, *Étude*, cit., 118 ss. per il quale «de *color insaniae*, que Chabrun appelle fiction juridique, n'est rien qu'un artifice de rhéteur. L'habitude grecque de taxer de folie l'attitude du père qui fait un testament contraire à l'εὐσέβεια, l'élargissement de la notion de folie selon la morale des Stoiciens, ont créé une habitude de pensée à laquelle les prudents ont cédé; elle fournissait une explication de l'inofficiosité».

Non è un caso, io credo, che nei frammenti di Papiniano, escerpiti da sue opere o riportanti comunque il suo pensiero, non campeggia mai il riferimento al *color insaniae*, quand'anche la sua menzione sarebbe stata logicamente concepibile. Ad esso, invece, si riferisce più volte Paolo⁴²⁷, che allo stesso si richiama, però, con fini parzialmente diversi e afferenti al rispetto del vetustissimo principio del *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Ciò che mi pare probabile, in conclusione, è che l'*insania* fittiziamente sollevata dal querelante non fosse probabilmente neppure oggetto di un esplicito accertamento da parte del giudice (tranne forse all'inizio, prima che si affermasse questa 'consuetudine impugnatoria'), operando la stessa in modo automatico a seguito della declaratoria di inofficioritas⁴²⁸. Può, allora, considerarsi, per questa via, preziosa l'ipotesi del La Pira⁴²⁹, che qualifica la finzione di instabilità mentale in termini di 'presunzione legale assoluta'. Siffatto elemento, va ribadito, opera solo sul piano effettuale, non vertendo mai l'accertamento dell'organo giudicante su di una reale follia del testatore, ma sempre e solo sulla ricerca di una motivazione in grado di giustificare l'esclusione del congiunto. La diseredazione o la pretermissione del *cognatus* o dell'*agnatus* legittimano, in concorso con altri elementi, l'impugnazione della clausola o dell'intero atto. Ciò dà sostanza giuridica all'inofficioritas, la cui rilevanza si situa, appunto, nella creazione del potere di attaccare il testamento e non nell'immediata demolizione dello stesso.

Bisogna distinguere, io credo, il piano in cui opera l'*iniuria* e quello in cui opera il *color insaniae*. La diseredazione in sé, prima di qualsivoglia giudizio sul

⁴²⁷ Cfr. Scaev. 3 *resp.* D. 5.2.13; Paul. 2 *quaest.* D. 5.2.17.1; Paul. 2 *quaest.* D. 5.2.19.

⁴²⁸ *Contra* però G. RIZZELLI, *Modelli*, cit., 141 s. il quale propende per l'idea opposta, secondo cui un qualche accertamento doveva esserci e che, pertanto, il *color insaniae* non poteva essere trattato alla stregua di una finzione. Scrive lo studioso che «siccome il fatto che il testatore fosse infermo di mente è destinato a costituire oggetto di accertamento da parte dell'organo giudicante, non avrebbe molto senso pensare che il 'quasi' suggerisca il ricorso di chi attacca il testamento ad una finzione, così da significare che funzione del *color* è di far risultare che il testatore non fosse effettivamente infermo di mente, ma soltanto che si trovasse in una condizione somigliante a quella di infermità mentale ... Affermato, piuttosto, che il testatore era pazzo, si sarà presumibilmente cercato di provare quanto asserito argomentando innanzitutto dall'irrazionalità della preterizione o della diseredazione: atto che costituisce l'indizio di follia, di cui il *color* è impiegato a mostrare tutta l'efficacia probatoria».

⁴²⁹ Precisando, sia chiaro, che solo tale suggestione ricostruttiva pare accettabile, poiché la distinzione che l'autore traccia tra il regime della querela classica e quella postclassica, ancorata la prima all'*iniuria* e la seconda all'*insania*, non è suffragata dalle fonti. Non è pensabile che «per conformare alla nuova querela i testi classici, furono interpolati tutti i frammenti nei quali si faceva parola della finzione di pazzia, e tutti quelli relativi agli effetti della querela». Peraltro, va sottolineato, la più parte degli interventi modificatori avvennero, secondo lo studioso, nel periodo postclassico, ma prima di Giustiniano poiché quest'ultimo «ebbe della querela una concezione diversa dalla postclassica». Sarebbero intervenute, pertanto, due *tranches* di interpolazioni, tra loro, oltretutto, difficilmente distinguibili. Della classicità del *color insaniae* non si può affatto dubitare, come abbiamo più volte ribadito anche da me, sulla scorta di una solida letteratura. Cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 531 ss.

merito della sua esistenza, crea in capo al diseredato un diritto di azione. Questo si verifica poichè il soggetto destinatario della clausola asserisce che essa è ingiustificata, sussistendo, pertanto, all'inizio, un *fumus* di inofficiosità. A seguito del giudizio l'organo giudicante accerta la mancanza di motivazione in grado di suffragare l'esplicazione dell'ultima volontà e pertanto dichiara l'inofficiosità. Quest'ultima lede la *dignitas* del congiunto, rivelandosi un'*iniuria*. La rilevanza giuridica dell'inofficiosità si è già esaurita nella concepibilità e nella concedibilità dell'azione giudiziaria. Da qui in avanti sovviene il problema di eliminare la clausola offensiva, o l'intero testamento che la contiene, ma l'inofficiosità non è in grado di generare anche l'effetto demolitorio. Ecco perché si ricorre alla finzione di *insania*. Essa non viene vagliata, ma viene strumentalmente sollevata dal querelante e altrettanto fittiziamente accolta dal giudice, nella misura in cui consente l'espunzione dell'atto.

Pertanto, a mio parere, *iniuria* e *color insaniae* coesistono all'interno del meccanismo della querela, essendo tra loro elementi perfettamente complementari. Questo perché il testamento inofficioso non è, e non sarà mai, un testamento di per sé nullo⁴³⁰.

10. Il problema dell'esclusione di un non successibile civile.

Chiarito il ruolo svolto dalla presunta *insania* del testatore e il suo rapporto con l'*iniuria*, è d'uopo ritornare alla ricostruzione del regime processuale del rimedio oggetto di questa ricerca, onde scorgere gli ulteriori profili di difficoltà ricostruttiva: e l'analisi non può che riprendere, allora, dal 'nodo concettuale' che si pone nel momento in cui ad avanzare richieste di tutela fossero i *cognati*, diseredati o pretermessi, che non potevano vantare un titolo valido *iure civili*. Essi infatti non avrebbero potuto neppure avvalersi dell'espedito dell'insanità mentale poichè nella fase *in iure* del processo quiritario era – secondo alcuni⁴³¹ – impossibile per loro pronunciare il formulario dei *certa verba* imprescindibile per l'instaurazione della causa: problema, peraltro, che dovè porsi assai presto, visto

⁴³⁰ Cfr. Quint. or. 9.2.9: *ut Asinius: 'Audisne? Furiosum, inquam, non inofficiosum testamentum reprehendimus'*. Inoltre ciò rende ragione del passo di Marciano, in cui il giurista dice che *si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum*. Perché non si pervenne mai a qualificare la violazione dell'*officium pietatis* come elemento di per sé invalidante? Difficile dare una risposta a questo interrogativo, ma, forse, la comodità del meccanismo elaborato non destò l'esigenza di un intervento in tal senso. V. anche, in senso analogo, Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.12: *Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum et inofficiosum, condicio ei deferri debet, utrum prius movere volet*, ove è cristallizzata la differenza tra l'azione di inofficiosità e l'azione di 'nullità' del testamento: spetta al legittimario la scelta di esperire prima l'una o prima l'altra.

⁴³¹ V. M. MARRONE, '*Querela inofficiosi testamenti*', cit., 47; L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 293.

che esso si rintraccia già nell'episodio narrato da Valerio Massimo e relativo al testamento del cavaliere Marco Anneo Carseolano (Val. Max. 7.7.2).

Tale situazione si verificava sia quando i *cognati* venivano convocati in giudizio dagli eredi scritti, in quanto possessori dell'eredità, sia quando intendevano esercitare in prima persona l'azione poiché difettavano della materiale disponibilità dei beni ed intendevano conseguirla. Per Gagliardi (che sul punto segue il pensiero del Marrone) è evidente che se «gli eredi testamentari avessero instaurato nei confronti dei *cognati*, possessori ereditari, una *legis actio sacramento in rem*, questi ultimi non avrebbero potuto difendersi validamente ... Infatti essi non avrebbero potuto sostenere *in iure* il *meum esse ex iure Quiritium* in relazione ai beni ereditari»⁴³².

Dunque, come accordare tutela ai soggetti legati da un semplice vincolo di consanguineità non (ancora centrale e) rilevante per il diritto? La tematica è strettamente connessa con l'organo chiamato a giudicare simili pretese. I *centumviri*, come più volte si è detto, potevano essere aditi solo attraverso le forme del processo decemvirale e, al suo interno, solo tramite il *lege agere sacramento*. Di conseguenza la scelta è obbligata e costringe l'interprete a muoversi all'interno delle secche che la rigidità del *lege agere* pone.

La dottrina si è interrogata sulle «strategie processuali»⁴³³ che hanno consentito di estendere la tutela ai soggetti non altrimenti legittimati e credo che la risposta cui si è pervenuti sia soddisfacente. Il mezzo utilizzato fu l'*agere per sponsionem*⁴³⁴. Esso, com'è noto, consentiva la trasformazione di una pretesa di carattere reale in una di natura personale⁴³⁵ e aveva il suo elemento cardine nella *sponsio praeiudicialis* in cui veniva versata, in forma condizionale, una situazione giuridicamente rilevante⁴³⁶. Tale *sponsio*, alla cui stipulazione si poteva addivenire

⁴³² L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 293.

⁴³³ L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 289.

⁴³⁴ V. Gai 4.91 ss. e Cic. in Verr. II 1.45.115. Cfr. F. BOZZA, 'Actio in rem per sponsionem', in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 591 ss.; G.I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di 'actio in rem per sponsionem'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, Milano, 1953, 173; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I., cit., 357 ss.; B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 89 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 444 s.; A.M. GIOMARO, 'Agere per sponsionem': dal procedimento interdittale al procedimento 'in rem', in *Studi Urbinati*, II, 1990-1991, *passim*; M. RIZZI, *Spunti interpretativi in tema di 'agere per sponsionem'*, in *IURA*, LIV, 2003, 156 ss. (con ricchissima nota bibliografica); G. GULINA, *Contributo allo studio della 'satisfatio pro praede litis et vindiciarum'*, in *AUPA*, LVI, 2013, 67 ss. e spec. 73 ss.

⁴³⁵ Cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 89 secondo cui «caratteristica di quel procedimento ... fu l'utilizzazione della *l.a.sacramenti in personam* (preferibile per la sua maggiore semplicità, rispetto a quella *in rem*) per risolvere liti, che formalmente assumevano natura obbligatoria (*in personam*) ma che sostanzialmente erano, e restavano, di natura reale (*in rem*). Si trattò di un espediente, inventato dalla giurisprudenza, per semplificare l'accertamento giudiziale delle liti *in rem*».

⁴³⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I., cit., 357.

dinnanzi al magistrato grazie alle sanzioni che esso predisponiva in caso di rifiuto a prestarla⁴³⁷, aveva la funzione di permettere la cognizione del giudice sul fatto in essa dedotto⁴³⁸, superando in tal modo la rigidità dei *certa verba* delle *legis actiones*. La struttura consisteva nella promessa di pagare una determinata somma di denaro⁴³⁹ nel caso in cui l'organo giudicante avesse ritenuto sussistente la situazione in condizione. Per ottenere la somma l'attore agiva con un'azione personale, ma il rimedio incardinato era puramente servente all'accertamento del fatto⁴⁴⁰.

Io ritengo, accogliendo il pensiero di vari autori⁴⁴¹, che sia stato proprio questo schema processuale a consentire un vaglio del giudice circa l'inofficioritas del testamento tutte le volte in cui il querelante non godesse di un titolo successorio di *ius civile*: e ciò, a mio modo di vedere, dovè succedere fin da subito⁴⁴² per i *cognati*.

La violazione del dovere di pietà costituiva l'evento oggetto dell'accertamento da condurre da parte del tribunale dei cento. L'organo giudicante, investito del compito di acclarare la rispondenza del testamento ai nuovi principi, avrebbe provveduto ad un penetrante sindacato di merito volto a ricercare innanzitutto i motivi alla base di un'eventuale diseredazione, poi anche le ragioni della preterizione. Se la non contemplazione espressa o tacita del congiunto nelle *tabulae* fosse stata ascrivibile ad un suo comportamento la pronuncia sarebbe stata

⁴³⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I, cit., 362 ss. Lo studioso ipotizza che il comportamento inottemperante del convenuto «fosse equiparato a quello che nel processo formulare fu ritenuto un "*rem non defendere*" e che diede luogo al trasferimento del possesso. Ma l'unica ipotesi sicura è che all'uopo servisse la *satisfactio pro praede litis vindiciarum*, la quale infatti conteneva una clausola "*ob rem non defensam*" e veniva ... prestata prima della *sponsio preiudicialis*».

⁴³⁸ Scrive il Redenti che «un modo indiretto di ottenere una pronuncia su di un dato di fatto, operativa su rapporti giuridici non dedotti (almeno formalmente) in giudizio era la *sponsio*». E. REDENTI, *Pluralità di parti nel processo civile (diritto romano)*, cit., 8 nt. 3.

⁴³⁹ Come si ricorderà, Gai 4.95 ci dice che nel caso di liti ereditarie incardinate presso il collegio centumvirale la somma ammontava a centoventicinque sesterzi: ciò in base a una *lex Crepereia* altrimenti sconosciuta. La cifra predetta corrispondeva a 500 assi. Vi è stato anche chi, tuttavia, valorizzando una diversa lezione di Gai 4.95, ha supposto che la somma indicata dalla legge *Crepereia* non fosse quella della *sponsio preiudicialis*, bensì quella del *sacramentum* (che dunque davanti ai *centumviri* sarebbe sempre stato quello massimo): posizione, quest'ultima, avanzata da M. RIZZI, *Spunti interpretativi*, cit., 176 ss. La posizione tradizionale è stata tuttavia ripresa da G. GULINA, *Contributo*, cit., 82, nt. 31.

⁴⁴⁰ Scrive F. BUONAMICI, *La storia*, cit., 47 che la *sponsio* «avea l'importantissimo ufficio di fare apre un giudizio, che poi conduceva il giudice a pronunziare direttamente sull'obbligo, o no, di pagare la somma promessa, e indirettamente sulla lite vera».

⁴⁴¹ M. MARRONE, voce '*Querella inofficiosi testamenti*', cit., 670 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 32; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 708; L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 295.

⁴⁴² Invero, probabilmente, «la *sponsio* ebbe origine antica e si adoperò contemporaneamente al *sacramentum*», come sottolinea F. BUONAMICI, *La storia*, cit., 47.

dichiarativa della perfezione dell'atto; nel caso opposto i *centumviri* avrebbero appurato l'inofficiorità.

La spettanza *ex iure praetorio* dei beni, conseguenza dell'inofficiorità del testamento/l'inofficiorità del testamento⁴⁴³ (quest'ultima ipotesi di Voci) costituiva, in altri termini, l'evento dedotto nella condizione della *sponsio praeiudicialis*⁴⁴⁴: una volta accertata, l'atto di ultima volontà si sarebbe considerato

⁴⁴³ Si noti, sulla scorta di Pugliese, che «la situazione giuridicamente rilevante, la cui sussistenza era posta come condizione della *sponsio*, poteva essere assai varia, consistendo non solo nell'appartenenza all'attore di una cosa, di un'eredità, di un *ius* (come nel vero e proprio *agere in rem per sponsionem*), ma in un rapporto obbligatorio, in uno *status*, in un fatto valutato dal diritto come presupposto di certe conseguenze»: G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I., cit., 358. Ben poteva l'inofficiorità del testamento, grazie all'annessa finzione di *insania*, comportare la caducazione delle tavole: e mi pare che di tale opinione sia pure P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 709 che ammette una *sponsio* di questo tenore: '*SI TESTAMENTUM, QUO LUCIUS TITIUS HEREDEM TE INSTITUIT, INOFFICIOSUM EST, SEST. CXXV NUMMOS DARI SPONDES?*'. Non condivido invece il contenuto che della *sponsio* tratteggia F. BOZZA, '*Actio in rem*', cit., 626, forse troppo restrittiva: per la studiosa, invero, la promessa – che doveva essere addirittura stata posta nell'editto – era concepita al modo seguente: '*SI HEREDITAS L.T.Q.D.A., MEA EST EX IURE QUIRITUM <OPP. INIUSTUM, INOFFICIOSUM ETC. > EST TESTAMENTUM, CXXV SEST. DARE SPONDES?*'. Una composizione siffatta avrebbe inevitabilmente impedito per il *cognatus* di agire in veste d'attore, perché mai egli avrebbe potuto dirsi *dominus ex iure Quiritium* dei beni ereditari.

⁴⁴⁴ Mi sembra plausibile, peraltro, che, dopo la *sponsio*, il *cognatus* agisse sempre nelle vesti di attore nella successiva azione *in personam*: non mi sembra infatti convincente l'opinione di F. BOZZA, '*Actio*', cit., 621 (seguita sul punto da M. MARRONE, '*Querela inofficiosi testamenti*', cit., 78) secondo cui «le parti di una causa ereditaria che volevano evitare la *l.a.s. in rem* e litigare, invece, nella forma dell'*a. in rem p. sp.*, comparse *in iure* il giorno stabilito, dovevano chiedere al pretore che assegnasse la *bonorum possessio*». L'autrice si basa su Ps. Ascon. *in Verr.* II. 1.45.115 (Stangl): *Lis vindiciarum est cum litigatur de ea re apud praetorem, cuius incertum est quis debeat esse possessor ...* Invero, continua la studiosa, «questa assegnazione del possesso da parte del pretore era necessaria per stabilire chi doveva sostenere, nel processo che si stava per intentare, la parte di attore, chi quella di convenuto»: ed è proprio questa assegnazione pre-processuale che costituiva la cd. *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, su cui *infra*. Orbene, che si desse luogo a questa 'dazione' del possesso non è a mio modo di vedere provata dal passo in esame, che, essendo molto generico, non è da escludere possa riferirsi alla procedura sacramentale *in rem* (del resto già si è visto, in relazione al numero della *curiae*, come lo Pseudo Asconio non sia nuovo a cadere in confusione). In secondo luogo, l'assegnazione temporanea del possesso da parte del pretore ha senso – a mio modo di vedere – nella liturgia sacramentale *in rem*, ma non in quella *in personam* poiché nella prima (ma non nella seconda) il magistrato invita ambo le parti a 'rilasciare' il bene in contesa pronunciando il *mittite ambo rem*: di talché si poneva la necessità di conservare la cosa nel tempo del processo ed egli procedeva, quindi, all'assegnazione interinale. Ma, come detto, ciò non avveniva nell'agone sacramentale personale, e dunque non vi era alcuna necessità di procedere a una assegnazione diversa rispetto a quella già esistente tra le parti: dimodoché, colui che era possessore nella fase pre-processuale continuava ad esserlo anche dopo la stipula della *sponsio*, dopo la pronuncia del formulario della *legis actio sacramento in personam* e durante la fase *apud iudicem*, trovandosi peraltro in una più favorevole posizione processuale (non doveva provare il suo diritto sulla cosa, ma gli era sufficiente che l'attore non riuscisse a provare il proprio). V. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I, cit., 360 s.: «il convenuto, che aveva inizialmente il possesso, lo conservava durante il processo e non lo perdeva se non in seguito alla sentenza favorevole all'attore e alla conseguente entrata in funzione della *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*». Su quest'ultima v. G. GULINA, *Contributo*, cit., 67 ss., che, peraltro, asserisce che se è vero che la materiale disponibilità del bene, in caso di procedura *per sponsionem*, rimane al 'resistente',

'*tamquam non esset*' e il *cognatus* si sarebbe rivolto al pretore per ottenere la *bonorum possessio sine tabulis*, avvalendosi delle clausole correttorie basate sulla parentela naturale sconosciuta al *ius civile*⁴⁴⁵.

Ciò poté accadere, ovviamente, solo successivamente al completamento della sistemazione pretoria delle clausole della *bonorum possessio*: opera che tuttavia, già doveva essere pressoché interamente compiuta all'epoca di Labeone, il quale non solo dà una definizione della parentela cognatizia, ma anche conosce sia la *bonorum possessio contra tabulas* che la *bonorum possessio sine tabulis unde cognati*.

Peraltro, il completamento dello schema della successione bonitaria può prescindere dalla qualificazione della 'inofficioritas' quale 'fatto giuridicamente rilevante': dico questo perché non mi convince la posizione del Di Lella, a mente della quale la sottoposizione ai *centumviri* della questione di inofficioritas del testamento tramite *sponsio praeiudicialis* non fu ammessa fintantoché il pretore non ebbe terminato la sua opera 'correttoria'⁴⁴⁶. Scrive lo studioso che «finché la questione di inofficioritas non ha per diritto obiettivo autonomia rilevante, non può neppure concepirsi una *sponsio* condizionata alla prova della inofficioritas del testamento: se fosse consentito esprimerci in questi termini, potremmo dire che essa sarebbe assolutamente priva di causa, posto che nessuna conseguenza, sempre per il diritto obiettivo, può comportare la prova della inofficioritas»⁴⁴⁷.

interviene comunque una modificazione del titolo sotteso a tale disponibilità, che non è più il possesso ma una detenzione: in altri termini, «colui che subisce l'iniziativa avversaria *in rem* viene costituito in una situazione sostanzialmente diversa da quella vantata precedentemente: situazione che ricorda da vicino quella caratteristica del detentore sequestratario, piuttosto che quella propria del possessore» (p. 78).

⁴⁴⁵ Ciò non poté accadere, quindi, per il figlio di Marco Anneo Carseolano di Val. Max. 7.7.2 per il quale è ipotizzabile, a questo punto, seguendo il Di Lella e il Gagliardi, che – in via del tutto eccezionale – il collegio centumvirale, valorizzando oltremodo il vincolo cognatizio, abbia, all'esito della sua condotta contro Tulliano 'creato' in favore del figlio naturale il titolo di erede.

⁴⁴⁶ Peraltro la cernita dei 'fatti' che potevano costituire oggetto di *sponsio* è praticamente impossibile allo stato delle nostre fonti. Anche il Redenti, nell'opera che dedica al litisconsorzio nel processo civile romano, esprime rammarico per lo stato in cui versano le nostre conoscenze sull'argomento dell'*agere per sponsionem*: «disgraziatamente, se non mi inganno, non abbiamo precise notizie sul campo di applicazione della *sponsio* ... I testi extragiuridici che si citano, come assegnassero alle sponsioni un campo indeterminato, hanno scarso significato per noi, perché in realtà ci apprendono soltanto, che le parti consensualmente potevano, volendo, far oggetto di sponsio qualunque dato di fatto all'effetto di sponsionis summam dare». Toccando poi il tema dell'efficacia dell'accertamento del fatto in condizione ritiene che «non sappiamo se e quando il punto portato così a decisione, avesse poi effetti giuridici operativi all'infuori dello sponsionis summam dare: ora sarebbe precisamente questo che ci interesserebbe e inoltre sapere quando il Pretore costringesse colui che era provocato alla sponsione ad accettarla, perché solo in questi casi la sponsio acquista valore e carattere di azione in senso lato». E. REDENTI, *Pluralità di parti nel processo civile (diritto romano)*, cit., 8 nt. 3.

⁴⁴⁷ V. L. DI LELLA, 'Querela', cit., 128.

Che l'inofficiosità non fosse un fatto giuridicamente rilevante rimane tuttavia, secondo me, indimostrato: ed anzi ne è prova contraria il fatto che – quantomeno dal 70 a.C. in Cicerone – il concetto ha un'autonoma rilevanza e un proprio significato, anche tecnico.

Resta, è vero, la circostanza che un'eventuale accertamento 'incidentale' dell'inofficiosità non avrebbe potuto – a rigore – 'annullare' il testamento, né conseguentemente distruggere il titolo di erede goduto dall'*heres scriptus*: costui infatti avrebbe (astrattamente) potuto agire con la *vindicatio hereditatis* avverso il querelante vittorioso cui il pretore, dopo il giudizio, avesse conferito il possesso dei beni. Ma, io credo, in una fattispecie siffatta l'organo giurisdicente avrebbe con tutta probabilità denegato⁴⁴⁸ l'azione all'erede, così preservando lo stato di cose generato dal 'combinato disposto' della pronuncia centumvirale e dell'*adgnitio bonorum possessionis*.

In alternativa – ma quest'ipotesi è davvero congetturale – si potrebbe pensare ad una *sponsio praeiudicialis* subordinata alla nullità del testamento per *insania* del testatore: *insania* che, come si è visto, veniva fittiziamente fatta derivare dall'inofficiosità dell'atto di ultima volontà.

11. *Ulteriore conclusione.*

Alla luce di quanto finora esposto, mi sembra si possa concludere che l'azione attraverso cui si veicolava la questione d'inofficiosità dinanzi al collegio fosse, in origine, di natura petitoria.

Per i legittimari che godevano di un titolo successorio *ex iure civili*, il rimedio che doveva essere utilizzato era (probabilmente) una *vindicatio hereditatis* condotta secondo le movenze di una *legis actio sacramento in rem*: ambo le parti

⁴⁴⁸ Mi convince l'idea della *denegatio* perché, a rigore, il legittimario non avrebbe potuto sollevare l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*: a ben vedere, in caso di *legis actio sacramento in personam* esperita per far valere il credito di 125 sesterzi della *sponsio praeiudicialis*, la *litis contestatio* (cui si connette, come noto, l'effetto preclusivo-consumativo) sarebbe avvenuta solo sul credito nascente dalla predetta *sponsio*, che costituiva l'unico rapporto dedotto in giudizio. Non vi è quindi pronuncia diretta – e idonea quindi al 'giudicato' – sul vero motivo del contendere ossia la (più ampia) spettanza dei beni a seguito dell'acclaramento dell'inofficiosità delle tavole testamentarie. Diversa l'impostazione di F. BOZZA, '*Actio in rem*', cit., 628 per la quale – a prescindere dalla 'formalità' del mezzo impiegato, cioè la liturgia sacramentale *in personam* – «ciò che viene dedotto in giudizio è il diritto reale» e pertanto «su di esso si ha la *litis contestatio*». Per un'ampia analisi del concetto di *res iudicata* non posso che rimandare ai vari studi contenuti in '*Res iudicata*', I-II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2015, e specialmente ai contributi di L. MANNA, '*Res iudicata pro veritate accipitur*'. *Origini e significato di una 'regula iuris*', A. SALOMONE, *Riflessioni in tema di 'auctoritas rei iudicatae*', C. PELLOSO, '*Bis de eadem re sit actio*': osservazioni sulla ripetibilità delle azioni reali e sulla funzione dell'eccezione di cosa giudicata, R. FERCIA, '*Querela inofficiosi testamenti*' e '*iudicatum*': problemi e prospettive tra II e III secolo.

in causa (da un lato il querelante, dall'altro l'erede scritto, incardinando un'azione per ogni singolo erede) pronunciavano il formulario quiritario e prestavano il giuramento prodromico al passaggio alla fase *in iure* dinanzi ai *centumviri*. Quest'ultimi, con giudizio di merito⁴⁴⁹, accertavano l'inofficiorità del testamento, disponendone poi la caducazione sul presupposto – fittizio – dell'insanità di mente del testatore. La pronuncia finale, dunque, avrebbe visto prevalere il 'querelante': il suo *sacramentum* sarebbe stato *iustum* e quindi sarebbe stato acclarato, in via indiretta, il suo titolo ereditario, discendente non dal testamento (rimosso) ma dalla legge, secondo lo schema della successione intestata delle XII Tavole. Egli, se possessore interinale dell'*hereditas*, avrebbe consolidato la sua materiale disponibilità; se, invece, la *lis vindiciarum* non fosse stata decisa in suo favore, avrebbe potuto, a mente della lettura di Gai 4.48 indicata nel precedente capitolo, apprendere anche con la violenza i beni dal soccombente.

Per i legittimari che erano meri *cognati*, invece, il processo sarebbe stato preceduto dalla stipula di una *sponsio praeiudicialis*, subordinata alla spettanza *ex iure praetorio* dei beni, conseguenza dell'inofficiorità del testamento/alla inofficiorità del testamento, forse messa anche per iscritto⁴⁵⁰. Il querelante avrebbe poi incardinato una *legis actio sacramento in personam*, con (auspicabile)⁴⁵¹ partecipazione dell'erede scritto. Dinanzi ai *centumviri*, poi, avrebbe avuto luogo la disamina dell'inofficiorità, che, in caso di esito fausto per il querelante, avrebbe

⁴⁴⁹ L'istruttoria condotta dinanzi ai *centumviri* è trattata da M. LEMOSSE, 'Cognitio'. *Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Paris, 1944, 171 ss.

⁴⁵⁰ È quanto sostenuto da F. BOZZA, 'Actio in rem', cit., 627 che ragiona, partendo da Plin. Min. ep. 5.1, sul significato da attribuire alla locuzione *subscribere centumvirale iudicium*: l'autrice, dopo aver ricordato l'opinione di quanti ritengono che l'espressione mostri l'analogia delle norme della *querela* con quelle delle *quaestiones*, reputa, più semplicemente, che sia più facile interpretare le parole di Plinio «riferendole appunto al fatto che la *sponsio* era scritta e sottoscritta dalle parti; non che si avesse una vera e propria formula, poiché il termine *iudicium* qui è senza dubbio usato non tecnicamente; esso tuttavia è univoco: non è possibile attribuirgli significato diverso. Infatti questo scritto fu un sostitutivo della formula, ma in senso lato, poiché aveva mero carattere probatorio: serviva ad attestare *apud iudicem* l'avvenuta *sponsio* ed i termini della lite; ed in linguaggio forense è probabile che venisse denominato senz'altro *iudicium*».

⁴⁵¹ Essa era probabilmente indotta dalla minaccia di sanzioni pretorie (cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I, cit., 362 ss.), che forse – ma solo 'forse' – poteva spingersi sino all'attribuzione del possesso dei beni. Ciò che, infatti, distingue, secondo G. PROVERA, *Il principio*, cit., 55 ss., il *sacramentum in rem* e quello reso nell'*in personam* quale seconda fase di un *agere per sponsionem* è che, in siffatto ultimo caso, qualora il convenuto si fosse rifiutato di partecipare alla *sponsio*, il processo si sarebbe sì paralizzato, come accadeva nell'*in rem*, ma, a differenza che nell'agone 'reale' ove il rifiuto aveva come conseguenza l'*addictio* del bene in contesa all'altro, la mancata risposta alla domanda dell'attore nell'*agere per sponsionem* «non comportava un provvedimento di quel tipo (l'*addicere* presupponeva la solenne dichiarazione di una delle parti relativa all'esistenza e al modo di essere di una situazione giuridica, dichiarazione che, non risultando contraddetta da alcuno, veniva immancabilmente ratificata dall'organo giurisdizionale)». L'unica strada sarebbe stata, a quel punto, la *legis actio sacramento in rem*: ma essa pone notevoli problemi circa la sua legittimazione attiva.

permesso a lui non di lucrare la *summa sponsionis*⁴⁵², ma – piuttosto – di recarsi dal pretore e richiedere la concessione della *bonorum possessio* sulla base di una delle clausole correttorie da egli predisposte nell'editto, a seguito dell'accertamento (ancorché indiretto) della giusta pretesa all'ottenimento dei beni dell'asse. Atteso il carattere incidentale della pronuncia centumvirale, tuttavia, l'erede scritto avrebbe conservato il suo titolo ma anche il suo diritto *iure civili* sui beni: cosicché egli avrebbe potuto agire con una *vindicatio hereditatis* (con *legis actio sacramento in rem* e poi anche con la *formula petitoria*) ma il pretore avrebbe probabilmente denegato l'azione (conferendo quindi alla *bonorum possessio* del *cognatus* carattere *cum re* e consentendogli, nel caso di mancata spontanea consegna dei beni da parte dell'erede, di avvalersi dell'*interdictum quorum bonorum*, che era *adipiscendae possessionis*).

Salvo voler sostenere che l'evento dedotto nella *sponsio* fosse la nullità del testamento per *insania* del *de cuius*: *insania* discendente dal non aver osservato i doveri pietativi verso il congiunto, e quindi dall'inofficioritas delle tavole testamentarie⁴⁵³.

⁴⁵² V. Gai 4.94: *Non tamen haec summa sponsionis exigitur: non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur; unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur. ideo autem appellata est pro praede litis vindictiarum stipulatio, quia in locum praedium successit, quod olim, cum lege agebatur, pro lite et vindictis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes.* Ivi si chiarisce che la somma non veniva mai esatta: tuttavia, può essere che all'epoca di sviluppo iniziale dell'*agere per sponsionem* la cifra venisse effettivamente riscossa. È di quest'idea G.I. LUZZATTO, *Spunti critici*, cit., 185 s. per il quale «se la *sponsio* avesse sempre avuto un carattere soltanto formale, in quanto diretta al solo scopo di instaurare un *praeiudicium*, è chiaro che non avrebbe [avuto] senso determinare l'ammontare di essa, in quanto esso sarebbe comunque indifferente, dato che la somma non veniva mai esatta». Di talché, la precisazione intervenuta *ex lege* doveva riguardare un periodo in cui la cifra era introitata. Non esclude, però, che pur se incassata, essa – a causa del vile valore raggiunto dall'asse, momento che serviva di calcolo per il sesterzio – non dovesse rappresentare che un piccolo sacrificio economico, dimodoché comunque si sarebbe trattato di una prestazione «meramente nominale».

⁴⁵³ La ricostruzione sopra esposta pone tuttavia un problema, ossia quello di perimetrare correttamente il fatto/situazione giuridica da dedurre nella *sponsio praeiudicialis*. Io sono dell'idea – e all'uopo mi sono richiamato al Pugliese – che nella promessa prodromica al giudizio fosse deducibile qualunque fatto che le parti volessero scegliere: del resto, le fonti in nostro possesso – davvero assai esigue – non ci dicono che tenore la *sponsio* dovesse necessariamente avere. Se, tuttavia, si volesse sostenere – come fa ad esempio M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., 47 s., sulla cui teoria, che si intreccia con la disamina della *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, mi soffermerò nei prossimi paragrafi – che la *sponsio* fosse 'subordinabile' solo alla circostanza che il *cognatus* querelante fosse 'heres' del defunto, è ovvio che egli non avrebbe potuto pronunciarla o comunque non avrebbe potuto poi vincere perché il fatto sarebbe risultato infondato. In questo caso – secondo una conclusione peraltro qui negata – mi sentirei di proporre, molto congetturalmente, una differente ricostruzione che valorizza alquanto il ruolo del tribunale centumvirale, ma ritaglia al contempo una funzione importantissima per il pretore. Questa avversa ricostruzione richiede, però, la disponibilità dell'interprete a sacrificare le nozioni processuali su cui anche la mia analisi si è incardinata, sfruttando all'uopo la particolare origine del collegio giudicante. Siamo davvero sicuri che, come da ultimo sostiene Gagliardi, i cognati davvero non potessero agire in qualità di attori con la *legis actio sacramento in rem*? Essi erano privi di titolo a succedere *ab*

intestato iure civili e di conseguenza difettavano – di primo acchito – della legittimazione ad agire, ma, a ben vedere, ai fini dell'«ammissibilità e la regolarità del processo bastava ... l'affermazione della titolarità attiva o passiva della situazione giuridica fatta valere, mentre il vaglio di tale affermazione avveniva poi nel giudizio di merito, come semplice aspetto degli accertamenti relativi alla fondatezza dell'azione», come ha scritto G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I, cit., 243 (corsivo mio). Ciò permette di superare senza alcun problema la fase *in iure* davanti al magistrato, che tanti problemi e tante contraddizioni manifesta per poi giungere davanti ai *centumviri*, liberi di plasmare la materia ereditaria come ritenevano più consona alle esigenze promananti dalla coscienza collettiva. Tale prerogativa potrebbe essere collegata alla particolare origine storica del collegio (forse) affondante nella struttura gentilizia. L'appartenenza 'genetica' della materia ereditaria alla 'sovranità' delle *gentes* avrebbe consentito un approccio innovativo e potenzialmente creativo alle questioni successorie tale da rendere i *centumviri* il reale 'regolatore' della disciplina. Una volta sopravanzato l'ostacolo dell'introduzione dell'azione, la decisione che i giudici potevano emettere all'esito della loro cognizione era in grado di innovare profondamente la materia, trattando le questioni con 'disinvoltura' al punto da ritenere che potessero creare addirittura il titolo di erede (opinione, quest'ultima, di Di Lella e Gagliardi). Si è costretti, però, su questa scia, a dare una qualificazione puramente formale al ruolo del pretore. Quest'ultimo non avrebbe svolto una rigorosa cernita del titolo sulla cui base l'attore esperiva l'azione, ma si sarebbe semplicemente comportato da mezzo di veicolazione della questione di inofficiosità, consentendo che entrambi pronunciassero il *meum esse aio*. Ecco che è opportuno, a questo punto, fare tesoro del pensiero di M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 11 ss. secondo cui «il controllo sulla legittimazione è ... proprio» di per sé «del *iudex privatus*, il quale deve stabilire se l'*actio* (ammessa come sussistente, in via provvisoria, per quel che riguarda il suo contenuto) spetti all'*actor* e nei confronti del *reus* che avevano preso parte alla *litis contestatio*. La questione della legittimazione si risolveva quindi nella questione della titolarità attiva e passiva dell'*actio*». Tuttavia, osserva acutamente il grande romanista, che «all'accertamento da parte del *iudex* si poteva arrivare, in diritto romano, soltanto attraverso la cooperazione del convenuto che prestasse la propria adesione alla *litis contestatio*». Ma, vada da sé che per arrivare alla *litis contestatio* era necessario transitare per la fase *in iure*, 'governata' dal pretore: in questa fase «il controllo sulla legittimazione attiva e passiva dell'*actor* e del *reus* non si poteva fare in concreto, com'era compito del *iudex* che pronunciava sull'*actio* una volta avvenuta la *litis contestatio*, in quanto per l'accertamento della pretesa attrice, cioè della sussistenza dell'*actio* ... è necessaria quella cooperazione del convenuto» che in caso di *indefensio* viene meno. «La legittimazione quindi, come le altre condizioni dell'azione, viene valutata sulla base delle affermazioni dell'attore, e nel caso in cui da queste risulti infondatezza, sotto qualsiasi profilo, della domanda svolta in giudizio, il pretore denega l'*actio*» (corsivo mio). Di talché, «*in iure* ... dinanzi al pretore si compirà un esame di diritto, procedendo al controllo se le affermazioni su cui si basa la domanda attrice concretino la legittimazione delle parti contendenti; *apud iudicem* invece si discuterà della relazione soggettiva dei fatti costitutivi del rapporto giuridico controverso, considerati nella loro entità oggettiva, con i soggetti della *litis contestatio*, e si compirà quindi un esame di fatto». Ne emergerebbe un ruolo del pretore comunque più sfumato rispetto a quello dell'organo giudicante, concretantesi nel consentire solo la devoluzione della causa al collegio centumvirale. Dopo tutto, Valerio Massimo agli albori della assunzione sul piano giuridico della inofficiosità, ci aveva elogiato un intervento pretorio assolutamente straordinario, ma, come tale, irripetuto. Non è affatto impensabile che, eletta la via centumvirale come strada maestra della tutela delle nuove pretese, il magistrato abbia dismesso un ruolo di rilevante centralità, a favore di un impegno più soffuso, ma al contempo di capitale importanza, concretantesi nella scelta di non porre ostacoli alla domanda, che, altrimenti, sarebbe stata destinata al fallimento. Peraltro, lo stesso Gagliardi, nel domandarsi perché i pretori non risolsero il problema dell'inofficiosità del testamento con una *bonorum possessio contra tabulas*, nota che «dovette trattarsi, in origine, di una scelta politica, volta a riservare a un organo rappresentativo del popolo romano, quali i *centumviri*, decisioni di tale rilevanza sul *ius civile*. La *bonorum possessio contra tabulas*, in conseguenza di ciò, si trovò, anche in seguito ad avere un margine di azione assai limitato, comprendente – nell'ambito del diritto successorio della famiglia – solo la tutela degli interessi dei *liberi* emancipati. L'intervento del pretore fu quindi sottile: da un

12. *Le tracce di un presunto intervento pretorio: la 'bonorum possessio litis ordinandae gratia'.*

Quella testè esposta è, a mio modo di vedere, la modalità (differente a seconda che il 'querelante' fosse successibile civile *ab intestato* oppure no) con cui la 'questione di inofficiosità' poteva essere portata dinanzi al collegio centumvirale: mentre la fattispecie del legittimario *agnatus* non pone molti problemi, maggiori incertezze aleggiavano intorno all'azione del *cognatus*, il quale – secondo una parte della dottrina e a differenza della ricostruzione da me proposta – non solo non avrebbe potuto agire mercé la *legis actio sacramento in rem*, ma neppure rendersi stipulante (attivo) della *sponsio praeiudicialis* e conseguentemente attore nella *legis actio sacramento in personam* successiva.

Ha evidenziato Matteo Marrone che se il legittimario non avesse avuto il possesso dei beni – il che, nella teoria dell'autore siciliano avrebbe condotto l'*heres scriptus* a convenirlo in giudizio con la *vindicatio hereditatis* – e avesse tentato di promuovere la lite «sostenendo nella *legis actio per sponsionem* il ruolo di attore, i *centumviri*, pur riconoscendo il testamento inofficioso e quindi nullo per infermità di mente del testatore, non avrebbero potuto che respingere l'azione: l'affermazione dell'attore di essere erede civile non avrebbe potuto essere che falsa»⁴⁵⁴.

Come dunque assicurare tutela al *cognatus* impossibilitato ad agire?

A siffatto problema, secondo autorevolissima dottrina, rispose il pretore con la creazione di un 'titolo'⁴⁵⁵, in grado da un lato di sorreggere l'esperimento

lato basato sul rispetto del *ius civile*, ma, dall'altro, fondato sulla consapevolezza che talune situazioni ereditarie dovessero essere sottoposte alla cognizione dei giudici preposti a questa materia». L. GAGLIARDI, 'Decemviri', cit., 308, nt. 504.

⁴⁵⁴ Così M. MARRONE, 'Querela inofficiosi testamenti', cit., 47.

⁴⁵⁵ Cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 435 s. per cui «nessun titolo giuridico legittima il cognato ad esperire la querela: ora è appunto per costituire questo titolo, che il pretore ricorre alla caratteristica *bonorum possessio litis ordinandae gratia*». Essa consisteva «unicamente nella attribuzione provvisoria di un titolo ereditario pretorio, che legittimava il cognato all'esperimento dell'azione». In quanto mero strumento servente alla 'incardinabilità' della *querela*, questa *bonorum possessio* – oltre che non poter essere classificata di per sé né come *sine re* né come *cum re* – non costituiva una forma di *b.p. intestati* ordinaria: era una versione «*sui generis*». Differente la funzione che invece le ascrive il Voci, legata alla necessità di una preventiva forma di accettazione della delazione ereditaria, sui cui si ritornerà *infra*. A quanto mi sembra di capire, poi, lo studioso la concepiva come sussumibile entro la categoria della *bonorum possessio ab intestato*, con ciò rigettando l'idea del La Pira. Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 703 s. L'assimilazione che l'autore opera tra *b.p.l.o.g.* e *b.p.sin.tab.* è tuttavia nuovamente criticata dal Ribas Alba che sottolinea come essa «no tiene fundamento en las fuentes» e sia addirittura «contradictoria con el orden de los llamados en esta ultima» cioè con la *bonorum possessio intestati*. Inoltre, «de las fuentes tampoco se depende que la aceptación tuviera que realizarse forzosamente a través de este instrumento». Per lo studioso spagnolo invece «la solicitud de esta medida se dirige fundamentalmente a provocar que la sentencia declare al querellante *bonorum possessor*». J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 219 s. Analogamente anche Gagliardi per il quale la *b.p.l.o.g.* non era una «vera *bonorum possessio ab intestato* (ciò che non avrebbe potuto realmente essere,

dell'azione (si vedrà poi in che 'ruolo') e dall'altro di concepire un esito utile della sentenza coincidente con l'assegnazione *lato sensu* dei beni. Lo strumento in questione fu la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*⁴⁵⁶.

È opportuno articolare qualche osservazione su tale aspetto, onde dimostrare come questa particolarissima forma di possesso bonitario non avesse forse la finalità immaginata dagli studiosi moderni.

Per cominciare, le fonti che ne attestano l'esistenza sono, in primo luogo, minime e la dicitura stessa con cui è conosciuta compare una volta soltanto, in un responso di Papiniano conservato da Ulpiano:

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8 pr.: *Papinianus libro quinto quaestionum recte scribit inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituire non posse invito eo: ipsius enim iniuria est. Sequenti loco scribit, si filius post adgnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii.*

Il giurista si chiede se un padre possa intentare la *querela inofficiosi testamenti* in luogo del figlio. La risposta è negativa qualora vi sia una volontà contraria del titolare della situazione giuridica soggettiva legittimante l'azione (ossia del vero e proprio legittimario) poiché essa ha carattere strettamente personale costituendo un'*iniuria* solo verso di lui. Qualora, tuttavia, un assenso sia stato prestato, il sostituto può agire. È questo il caso che fa da sfondo alla menzione dell'istituto. Papiniano infatti asserisce che se il figlio fosse morto dopo la richiesta del possesso dei beni ereditari necessaria ai fini dell'introduzione della lite, l'azione sarebbe venuta meno in quanto concessa non al padre, ma in nome del figlio. Le uniche certezze che dal passo si possono ricavare attengono alla collocazione cronologica dell'istituto nella fase iniziale e preparatoria della controversia, nonché il suo carattere di mezzo teleologicamente volto ad una corretta instaurazione della lite⁴⁵⁷.

visto che c'era un testamento *iure civili* valido, che non poteva essere rescisso dal pretore, ma solo dai *centumviri*), ma solo uno strumento che serviva per iniziare il processo». L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 304.

⁴⁵⁶ Su cui v. J.C. NABER, '*Ad edictum de inofficioso*', in '*Observatiunculae de iure Romano*' CIV, in *Mnemosyne*, XL, 1912, 367 ss.; ID., '*Ad bonorum possessionem litis ordinandae gratia*', in '*Observatiunculae de iure Romano*' CXII, in *Mnemosyne*, XLVIII, 1920, 162 ss.; G. LA PIRA, '*La successione ereditaria*', cit., 435 ss.; F. BOZZA, '*Actio in rem*', cit., 621 ss.; M. MARRONE, '*Querela inofficiosi testamenti*', cit., 47 ss.; P. VOCI, '*Diritto ereditario romano*', II, cit., 703 s.

⁴⁵⁷ Cfr. J.M. RIBAS ALBA, '*La desheredación*', cit., 218 che ritiene la *bonorum possessio* in questione «relacionada de alguna manera con los momentos iniciales del litigio, concretamente, con la *praeparatio litis*».

Un simile atteggiarsi emerge da altre due fonti che, anche topograficamente, sono ubicate in stretta contiguità. La prima riporta, ancora una volta, l'opinione di Papiniano:

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.6.2: *Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. Et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decessit, puto ad heredem transire.*

La seconda, collocata nel frammento successivo, è tratta dal *liber singularis de septemviralibus iudiciis* paolino ed è conservata in D. 5.2.7:

Quemadmodum praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus. Et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit: is si comminatus tantum accusationem fuerit vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit, ad heredem suum accusationem transmittet: idque divus Pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit. Quid ergo si in potestate non fuerit, an ad heredem actionem transmittat? Et recte videtur litem praeparasse, si ea fecerit quorum supra mentionem habuimus.

I frammenti trattano la questione riguardante il momento in cui la lite di inofficiosità può considerarsi trasmissibile in caso di premorienza. Papiniano sostiene che la successione nel processo può avvenire solo se è già stata operata la richiesta del possesso dei beni ereditari, mentre Ulpiano anticipa la trasmissibilità alla fase immediatamente precedente, ritenendo sufficiente che la lite sia stata iniziata o preparata. Per spiegare il significato dell'affermazione ulpiana i compilatori giustinianeî hanno inserito un passo di Paolo che tratta della medesima questione. Subito l'autore opera una distinzione: da un lato il querelante che si trovava in potestà del defunto al tempo dell'apertura della successione; dall'altro colui che invece non era astretto da un vincolo potestativo.

Il primo soggetto si ritiene possa trasmettere l'azione se abbia *comminatus accusationem* ovvero se sia giunto fino alla *denuntiatio* o alla *datio libelli*⁴⁵⁸. Ciò è

⁴⁵⁸ Il riferimento a questa forma di introduzione della lite ci fa apprezzare come Paolo (e primo di lui Antonino Pio) si stesse occupando di una *querela* introdotta secondo le forme della *cognitio extra ordinem*, essendo la *litis denuntiatio* estranea al processo dell'*ordo iudiciorum*: v. M. MARRONE, 'Querela inofficiosi testamenti', cit., 67.

stabilito da un rescritto di Antonino Pio. La sua opinione è dunque analoga a quella di Ulpiano, essendo entrambi propensi a consentire la successione nell'accusa purché la lite sia stata anche solo incardinata. A destare interesse è, però, la descrizione che Paolo fa della posizione processuale del soggetto *in potestate*: egli, ai fini dell'instaurazione della lite⁴⁵⁹, non deve né accettare l'eredità (*aditio hereditatis supervacua sit*) né domandare la *bonorum possessio*, altrimenti esplicitamente definita *necessaria*. Il riferimento di Paolo va circoscritto alla figura dell'*heres suus* poiché solo per lui l'atto di accettazione è da ritenersi superfluo. Di conseguenza, dalla testimonianza ricaviamo che il soggetto in procinto di esperire la *querela inofficiosi testamenti* non doveva richiedere questa *bonorum possessio* qualora potesse vantare lo *status* di *heres suus*, da cui discendeva la presenza di un titolo successorio valido *iure civili*.

L'azione incardinata da un querelante non *in potestate*, invece, sarebbe stata trasmissibile solo a seguito del raggiungimento delle fasi processuali descritte in precedenza, ma, con argomento *a contrario*, con l'aggiunta della *agnitio bonorum possessionis*.

Queste sono le tre fonti principali⁴⁶⁰ di cui disponiamo. Solo in una di esse, come ho detto, compare la formulazione terminologica completa, ma per la contiguità di collocazione e per l'analogia di contenuto che ha condotto la commissione di Triboniano a giustapporre questi passi, possiamo ritenere che anche gli altri due frammenti, nella menzione della *bonorum possessio*, si riferissero proprio all'istituto qui in rilievo. Di essa si sa, quindi, che serviva per «*litem praeparare*»⁴⁶¹ ponendosi in un momento iniziale della controversia ma dopo la *denuntiatio* e che era necessaria per i soggetti intenzionati a esperire la querela che non vantavano, però, un titolo successorio *iure civili*.

13. La '*bonorum possessio litis ordinandae gratia*' secondo la dottrina. In particolare la teoria di Matteo Marrone e la sua critica.

⁴⁵⁹ Diversa l'interpretazione di Ribas Alba che ritiene la *b.p.* menzionata riferentesi solo «a efectos de transmitir la *querella*». Di conseguenza «Paulo no excluye que pueda pedir la *bonorum possessio* quien se halla bajo potestad». J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 219.

⁴⁶⁰ Ad esse si aggiungono tradizionalmente altri due passi. Il primo è una costituzione contenuta nel *Codex Theodosianus* (C.Th. 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.*); la seconda è invece escerpta dal *Codex Iustiniani* (*Imp. Severus et Antoninus AA. Lucretio C. 3.28.2: Quamvis de inofficioso testamento acturum te bonorum possessionem accepisse proponas, tamen scriptis heredibus auferre possessionem incivile est* [a. 196]).

⁴⁶¹ L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 298.

L'autore che più di ogni altro si dedicò allo studio di questa *bonorum possessio*, già peraltro evocato, fu il Marrone⁴⁶², che ne fece il perno della sua ricostruzione della legittimazione dei *cognati*. Lo studioso sostiene che la querela alle origini fosse un incidente della *petitio hereditatis*⁴⁶³; di conseguenza per consentire al giudice una pronuncia sull'inofficiosità del testamento sarebbe stato necessario l'esperimento di un'azione vindicatoria alla quale, però, il *cognatus* non era legittimato. Lo stratagemma utilizzato dal pretore fu appunto la (concessione della) *bonorum possessio litis ordinandae gratia*⁴⁶⁴ – che, nata da interventi decretali dell'organo giurisdicente, sarebbe entrata stabilmente nell'editto verso la fine del I sec. d.C.⁴⁶⁵ o comunque con Giuliano⁴⁶⁶ – la quale, lungi dal trasformare la situazione sostanziale, costituiva in capo al querelante la *legitimatio ad causam*, svolgendo la funzione attributiva di un semplice 'ruolo processuale'⁴⁶⁷.

⁴⁶² M. MARRONE, *Di nuovo*, cit., 401 ss.

⁴⁶³ Il maestro palermitano dedicò una parte importante della sua attività scientifica allo studio della querela, riservando ad essa varie opere. Nel suo primo scritto – giovanile – sull'argomento (M. MARRONE, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, cit., 74 ss.) si attestava su posizione analoghe a quelle dell'Eisele ritenendo esistenti due querele (*q. Cvirale* e *q. cognitio*) con natura, fondamento e struttura tra loro differenti. In seguito, sulla scorta delle critiche del Voci involgenti la duplicità di un rimedio nell'età classica a favore invece di una connotazione unitaria dell'azione, solo esercitata nelle due forme processuali note, ma senza differenze di struttura, mutò opinione. Tuttavia non condivise l'idea dell'illustre romanista di Padova circa la natura rescindente della querela poiché «negato il fondamento legislativo e negato pure che il fondamento giuridico della *qit.* fosse il *color insaniae* non si comprendono gli effetti civili della sentenza Cvirale di inofficiosità, risultando oscuro in base a quali poteri potessero i Cvirii giudicare nullo, anzi addirittura potessero annullare, e con effetti di *ius civile*, un testamento *iure civili* valido». La soluzione cui perviene è pertanto quella di considerare la *querela inofficiosi testamenti* come un incidente della *p.h.* (*ab origine* e per tutto il periodo classico), ovviando al problema della legittimazione, appunto, con la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*. M. MARRONE, *Di nuovo*, cit., 402 s. e più compiutamente in ID., *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., *passim*.

⁴⁶⁴ «La cui esistenza – sostiene l'autore – è saldamente attestata, a proposito della *qit.*, in fonti di sicura provenienza classica». M. MARRONE, *Di nuovo*, cit., 405.

⁴⁶⁵ V. M. MARRONE, *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., 59. Per l'autore, «impresso carattere editale alla *bonorum possessio* di cui s'è detto – e che chiameremo *bonorum possessio de inofficioso* o *litis ordinandae gratia* – l'inofficiosità di un testamento ebbe per la prima volta riconoscimento formale sul piano giuridico; poiché ... nell'Editto pretorio la *bonorum possessio* in questione era promessa appunto a chi manifestasse l'intenzione di *inofficiosum testamentum dicere*». Solo da questo 'atto' si può affermare, per lo studioso, la nascita della *querela inofficiosi testamenti* come rimedio autonomo. E sarebbe stata proprio questa clausola che Ulpiano e Paolo, nei loro libri *ad edictum*, avrebbero preso a riferimento per commentare la *querela inofficiosi testamenti*.

⁴⁶⁶ V. sempre M. MARRONE, *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., 78.

⁴⁶⁷ Con essa «non si acquistava l'effettivo immediato possesso dei beni ereditari, ma solo ... un determinato ruolo processuale; e ciò in perfetta sintonia con la qualifica *litis ordinandae gratia*, che designava, nel linguaggio dei classici, la nostra *b.p.*». La sua funzione dovette essere «molto simile a quella che, in origine, fu propria di ogni *b.p.*: di fissare, cioè, sin dagli inizi della lite i rispettivi ruoli processuali delle parti in causa», come scrive in M. MARRONE, *Di nuovo*, cit., 405. La genesi di questo possesso bonitario è ulteriormente specificato in ID., *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., 48 ss. là dove l'autore, muovendo dal rilievo che rientra nei poteri dell'organo giurisdicente assegnare il possesso dei beni ereditari in caso di *vindicatio hereditatis* (il riferimento è

Tuttavia, essa non permetteva all'interessato di incardinare direttamente il rimedio giudiziario, e di conseguenza la sua tutela era subordinata alla *vindicatio hereditatis* dell'*heres scriptus*⁴⁶⁸ (che, va sottolineato, era ancora il possessore effettivo dei beni ereditari). Quest'ultimo non avrebbe avuto interesse ad agire avendo sia il titolo che la materiale disponibilità dei beni, ma all'instaurazione dell'azione perveniva sotto la minaccia di sanzioni pretorie. Il magistrato imponeva che il mezzo da utilizzare fosse non la *legis actio sacramento in rem*, bensì l'*agere per sponsionem*. Davanti al giudice si fronteggiavano da un lato l'*heres scriptus* che faceva valere il suo titolo, dall'altro il congiunto non successore che, agli occhi del processo, era il possessore. L'attore pertanto agiva per far accertare il suo *status* di erede, sul presupposto che il legittimario avesse il possesso dei beni: possesso che gli era, però, solo fittiziamente attribuito a fini processuali per mezzo della *bonorum possessio litis ordinandae gratia*. L'organo giudicante, dinanzi al quale l'escluso sollevava la questione di inofficiorità, era chiamato a verificare se il fatto dedotto dall'attore era fondato: tuttavia, in caso di accertamento dell'inofficiorità, l'affermazione sarebbe stata falsa. Egli avrebbe dunque perso la causa e quindi la *b.p.* del *cognatus da sine re* (mero ruolo processuale) sarebbe divenuta *cum re* (con efficacia sul piano sostanziale)⁴⁶⁹.

ovviamente alla liturgia sacramentale *in rem*), dimodoché «il principio per il quale nelle azioni reali chi possiede inizialmente continua a possedere nelle more del processo non è principio fermo della *legis actiones*». Ciò detto, lo studioso osserva che sarebbe intervenuto un mutamento nella prassi seguita dai pretori: dapprima essi usavano assegnare il possesso interinale al contendente che «appariva *prima facie* come più probabile erede *iure civili*», per poi, invece, durante gli ultimi tempi della Repubblica, «disporre il possesso ... non tanto a favore del più probabile erede *iure civili*, quanto a favore di chi ... appariva equo che venisse alla successione del *de cuius*»: da questa (tarda) prassi nacque la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*. A fondamento di tale inversione del comportamento pretorio non viene tuttavia addotta alcuna prova. È possibile, peraltro, che il Marrone abbia tratto spunto per la sua famosa teoria da F. BOZZA, '*Actio in rem*', cit., 621 s. la quale sin dal 1930 aveva supposto che la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* coincidesse con l'assegnazione interinale dei beni che, nell'*agere per sponsionem*, veniva fatta dal pretore prima che le parti in lite addivenissero alla stipula della *sponsio praeiudicialis* (v. *retro*). Sottolinea la studiosa che «questa *bon. possessio litis ord. gratia* differiva dalla comune *bon. possessio* per lo scopo e gli effetti: essa era data solo per stabilire chi, nell'incipiente processo, dovesse essere il convenuto e porre così la base del processo stesso: come tale era interinale *sine re*». L'effetto ascrivibile dalle fonti – ossia quello di rendere trasmissibile la *querela* agli eredi – sarebbe invece compilatorio.

⁴⁶⁸ Infatti «una volta adottato il rito della *legis actio per sponsionem*, i semplici *cognati*, se non nel ruolo di attori, certamente in quello di convenuti ... avrebbero potuto ben sollevare, di fronte all'azione ereditaria promossa dall'erede testamentario, la *qit*. La conseguenza sarebbe stata che, una volta riconosciuto nullo *sub colore insaniae* il testamento inofficioso, il cognato convenuto sarebbe stato assolto, onde avrebbe mantenuto il possesso dei beni ereditari». M. MARRONE, *Di nuovo*, cit., 404.

⁴⁶⁹ Tuttavia, vista la speditezza che i meccanismi pretori assicuravano, è possibile che la *b.p.l.o.g.* «giovasse pure ai querelanti che fossero eredi civili *ab intestato*. Per costoro la *b.p.l.o.g.*, pure se non necessaria, poteva ... in pratica risultare molto utile, a causa della celerità del procedimento interdittale, esperibile dopo la sentenza di inofficiorità». M. MARRONE, *Di nuovo*, cit., 409. Non abbiamo, però, fonti che attestino un simile utilizzo dello strumento pretorio da parte di

Questa teoria ha subito le dure critiche del Voci⁴⁷⁰ che ha sottolineato il paradosso cui essa conduce imponendo all'erede scritto di agire per ottenere il possesso dei beni che già detiene, solo per consentire al convenuto di far emettere una pronuncia sull'inofficiosità. Vi è, dunque, una stridente inversione di ruoli poiché il soggetto attore in realtà è il convenuto, costretto ad agire solo perché il querelante non può iniziare la procedura. Inoltre, rileva come le sanzioni pretorie tendenti alla coazione della volontà dell'erede avrebbero dovuto constare almeno della «traslazione effettiva del possesso: l'erede non vuole esperire la *her. petitio* e viene legittimato al possesso dell'eredità chi vuole agire con la *qit.* Ma allora si modifica radicalmente anche la situazione sostanziale»⁴⁷¹.

Per l'autore, che non può negare la genuinità dei riferimenti a questa *bonorum possessio*, la disponibilità bonitaria veniva concessa dal pretore ai soli parenti non *agnati*: ciò però al circoscritto scopo di fungere da accettazione anticipata dell'eredità (non necessaria invece per l'erede civile che «accetta implicitamente per il fatto stesso di esperire la *qit.*»⁴⁷²); il motivo è, per lo studioso, presto detto: «la *qit.* importa la rescissione del testamento, e non si può ammettere un risultato così grave se non con la sicurezza che chi lo consegue subentri, come erede, al posto dell'istituito»⁴⁷³.

Riprende, invece, l'impostazione di Matteo Marrone il Gagliardi⁴⁷⁴, il quale tuttavia si discosta dal romanista palermitano, affermando che la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* non presupponesse l'agire dell'erede scritto, ma legittimasse in via diretta⁴⁷⁵ il querelante all'azione petitoria '*per sponsionem*' nella quale versare l'inofficiosità del testamento.

soggetti già legittimati *ante processum*, in virtù di un precostituito titolo civile; né è da escludere che l'*agnatus* vittorioso potesse poi chiedere al pretore la *bonorum possessio sine tabulis* (*unde legitimi* e, se discendente di primo grado, *unde liberi*) con conseguente legittimazione all'utilizzo dell'*interdictum quorum bonorum*.

⁴⁷⁰ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 725 ss. Cfr. anche L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 31 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 162 ss.

⁴⁷¹ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 726. L'autore svolge ulteriori critiche alla teoria in esame. Innanzitutto, la *p.h* è azione civile e suo presupposto è proprio la mancanza del possesso nella sfera giuridica dell'attore, al cui conseguimento, anzi, il rimedio è preposto. «Come può il pretore prescindere da esso e con tutto ciò mandare le parti, sul fondamento di un'azione civile, davanti ai *Cviri*?». Inoltre, il successore può derivare il titolo da un testamento meramente pretorio che non lo legittima in alcun modo alla *petitio hereditatis*, inceppando sul nascere il meccanismo predisposto dal magistrato. In senso analogo anche J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 163; A. WATSON, *The law of succession*, cit., 67 e 83; L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 292 ss.

⁴⁷² V. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 703.

⁴⁷³ V. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 704.

⁴⁷⁴ Cfr. L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 292 ss.

⁴⁷⁵ L'obiettivo che il pretore perseguiva con la *b.p.l.o.g.* era quello di «attribuire ai *cognati* uno *status* giuridico il più possibile simile a quello che avevano quei soggetti già abilitati a esperire la *querela inofficiosi testamenti*: gli eredi legittimi. ... Occorreva costituire artificialmente un

Un tanto ricava, oltre che dai vari riferimenti al 'querelante' come *petitor*⁴⁷⁶, da una costituzione di Severo e Caracalla del 196 d.C.:

Imp. Severus et Antoninus AA. Lucretio C. 3.28.2: Quamvis de inofficioso testamento acturum te bonorum possessionem accepisse proponas, tamen scriptis heredibus auferre possessionem incivile est. <a. 196 D. III k. Dec. Dextro II et Prisco cons. >

Il lemma *acturus* per il Gagliardi proverebbe in maniera inequivocabile che colui che otteneva la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* agiva in qualità di attore e giammai di convenuto⁴⁷⁷.

I *centumviri*, a seguito della declaratoria di inofficiorità, «rescindevano il testamento, nominando eredi del *de cuius* i cognati che ritenevano ingiustamente diseredati»⁴⁷⁸. La sua teoria consente di superare l'inversione di ruolo che caratterizza la tesi del Marrone, ma incontra, mi pare, alcune difficoltà. Innanzitutto come può uno strumento pretorio, accordante un mero ruolo processuale, legittimare l'esperimento di un'azione vindicatoria civile? La *b.p.l.o.g* non è idonea ad assegnare un titolo successorio civile *ab intestato* per cui la *vindicatio hereditatis* non può per questa via essere intentata dal *cognatus*. In secondo luogo non si comprende quale potesse essere il contenuto della *sponsio prejudicialis* (qualora così avesse agito), né il Gagliardi mi pare lo specifichi.

Va da sé che se il 'querelante' avesse dedotto nella promessa la circostanza che l'*hereditas* fosse sua o, comunque, che egli fosse *heres* – come suppone il Marrone nella sua trattazione –, giammai il collegio avrebbe potuto reputare fondata simile affermazione.

14. Sulla non necessità procedurale della '*bonorum possessio litis ordinandae gratia*' nella liturgia sacramentale.

Ricordate le principali posizioni assunte dalla dottrina circa la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, preme evidenziare come la lettura proposta da

analogo titolo anche per i *cognati*. ... Essa, verosimilmente prevista nell'editto del pretore, serviva a rendere la posizione del *cognatus* querelante *de inofficioso*, analoga a quella dell'*heres legitimus* querelante *de inofficioso*, attribuendogli uno *status* che gli avrebbe consentito di agire per far valutare inofficioso il testamento e per pretendere dinnanzi ai *centumviri* la propria condizione di erede». L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 296 ss.

⁴⁷⁶ Tra cui valorizza, soprattutto, Plin. Min. ep. 5.1: v. L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 303.

⁴⁷⁷ V. L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 303.

⁴⁷⁸ L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 304. L'idea che la sentenza centumvirale creasse il titolo di erede è già L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 66. L'autore si basa essenzialmente su Quin. or. 4.2.5.

coloro che ritagliano a questa particolarissima forma di possesso bonitario una funzione 'capitale' nel processo *per legis actiones* davanti ai *centumviri* debba essere cautamente considerata.

Anzitutto, ogni riferimento a questa *possessio* è desunto da fonti d'età severiana: una sua funzionalità nell'ambito del processo quiritario davanti al tribunale dei cento ne avrebbe probabilmente comportato la menzione in brani d'età più antica, e non solo del III sec. d.C.

Di poi – e mi pare considerazione ancor più pregnante – i passi che ne contengono il ricordo o comunque ne contemplano l'esistenza paiono riferirsi indubitabilmente al processo *extra ordinem* e non alla liturgia sacramentale che, come oramai più volte si è detto, è l'unico *modus procedendi* utilizzabile per adire i *centumviri*⁴⁷⁹: tanto è vero che D. 5.2.7, oltre che contenere un riferimento esplicito alla procedura per libello e alla *denuntiatio litis* (forme non dell'*ordo*), è estrapolato dal volume monografico che Paolo dedica ai giudizi davanti ai settemviri: organo che, giusta la recente lettura dell'Arcaria, era competente in ambito *extra ordinem*.

⁴⁷⁹ È ciò che Francesco Arcaria sostiene esplicitamente per il frammento di Paolo (D. 5.2.7), ma con argomentazioni valide, a parer mio, anche per gli altri passi. Innanzitutto nel passaggio paolino compaiono per due volte sia il termine *accusatio* che *actio*, mentre non si fa apertamente riferimento alla *querela inofficiosi testamenti*. Tuttavia «numerose sono le fonti nelle quali i giuristi classici e gli imperatori, con il termine *accusatio*, designavano esclusivamente la *querela-cognitio*», escludendo codesta prassi lessicale per il giudizio centumvirale. In secondo luogo, sulla scia del Marrone, ritiene che il fatto di dover preparare la lite ai fini della sua trasmissibilità sia requisito solo della querela esperita nelle forme della *cognitio*, mentre quella centumvirale, strutturalmente costruita come incidente di una *p.h.*, seguiva le norme comuni in tema di *vindicatio* e perciò la semplice apertura della successione per l'*heres suus*, l'*aditio* per l'*heres extraneus*. La terza argomentazione si basa sul rilievo che Paolo ammette «la trasmissibilità dell'azione indipendentemente o, in ogni caso, prima di una *litis contestatio*, il che era contrario ai principi dell'*ordo iudiciorum*, al cui ambito la querela oggetto dell'attenzione del giurista era perciò completamente estranea». Infine va sottolineato l'utilizzo dei termini *denuntiatio* e *datio libelli* che, seppur tra le incertezze della dottrina, «erano istituti processuali del tutto estranei al sistema dell'*ordo* (nel quale funzionavano, per lo stesso scopo, la *in ius vocatio* e il *vadimonium*) e tipici invece della *cognitio extra ordinem*». F. ARCARIA, '*Septemvitalia iudicia*', cit., 57 ss. Le argomentazioni avanzate mi sembrano decisive, e non credo si possa discutere sulla riconduzione della *b.p.l.o.g.* alla *cognitio*. Lo stesso Gagliardi è conscio di un tale problema ma, nonostante l'ascrizione dei passi al procedimento *extra ordinem*, non crede che «da questo quadro sia deducibile necessariamente che la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* fosse istituito della sola *cognitio*. Anzi, la considerazione che i passi dei *Digesta* tratti dall'opera di Ulpiano sono escerpiti dal suo commento all'editto, rende probabile l'ipotesi già affacciata in dottrina, che in quel luogo Ulpiano istituì solo agili confronti tra la procedura della *querela* centumvirale, della quale trattava, e quella della *cognitio*, guidato, su questo terreno dalle *Questioni* di Papiniano, autore che egli cita in D. 5.2.6.2 e in D. 5.2.8 pr.». L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 302 nt. 489. Anche il Di Lella, seppur fuggacemente, ammette che «l'esistenza della *b.p. litis ordinandae gratia* è attestata solo per l'età classica avanzata». L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 31.

Ciò è ulteriormente corroborato da un ulteriore frammento ulpiano (che già si è analizzato), nel quale il Gagliardi ha intravisto un riferimento alla *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, probabilmente a ragione:

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.16: *Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt*⁴⁸⁰.

Se il *iudex* in una causa di inofficiosità avesse pronunciato sentenza contraria all'efficacia del testamento e non fosse stato interposto appello, l'atto di ultima volontà sarebbe stato automaticamente rescisso: con la conseguenza che il 'querelante' sarebbe stato *heres suus* qualora avesse intrapreso la lite in quel ruolo (ossia, meglio, se fosse stato discendente diretto agnato del defunto) ovvero *bonorum possessor*, nel caso opposto.

Orbene, mi sembra – come già peraltro sottolineato – che anche questa fonte ritragga le sembianze di un giudizio *extra ordinem*: militano in tal senso la dicitura *iudex cognoverit* e la menzione dell'appello, non contemplato nel processo dell'*ordo*⁴⁸¹.

In terzo luogo, che la funzione di questa *bonorum possessio* fosse quella di creare un titolo atto a legittimare la 'sollevabilità' della *querela inofficiosi testamenti* da parte dei *cognati*, non è provato dai passi addotti: essi si limitano a indicare che essa ha la funzione di consentire la trasmissione agli eredi del 'querelante' dell'azione di inofficiosità; segno, questo, che di per sé l'azione da ultimo richiamata non era trasmissibile. Ad avvalorare questa connotazione milita la circostanza che la querela è rimedio di natura strettamente personale: esso trova la propria giustificazione nell'*iniuria* perpetrata dal *de cuius* verso un più stretto congiunto (e si ricordi come l'azione che colpiva l'*iniuria*, intesa come *delictum*, era attivamente intrasmissibile – ovviamente fintantoché non fosse intervenuta la *litis contestatio* –, e fu fatta rientrare dai medievali nelle *actiones vindictam spirantes*).

⁴⁸⁰ Sul passo v. J.C. NABER, '*Ad bonorum possessionem*', cit., 163; M. MARRONE, *Di nuovo*, cit., 176, nt. 37 e ID., *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 453 ss., con sospetti di interpolazione; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 164; L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 299 s.

⁴⁸¹ Anche L. GAGLIARDI, '*Decemviri*', cit., 302, nt. 489 riconosce che si trattò probabilmente di una «*querela-cognitio*».

Dall'analisi congiunta dei tre brani – a mio parere – si ricava questo: per poter instaurare correttamente l'azione di inofficiosità il legittimario doveva effettuare un'accettazione dell'eredità (*aditio hereditatis*, che solo un successibile civile poteva compiere) o una richiesta al pretore di assegnazione del possesso dei beni (*adgnitio bonorum possessionis*, unica via concessa ai *cognati* non successibili civili), che dell'accettazione dell'eredità (impossibile per il *cognatus* pretermesso o diseredato) costituiva l'equivalente⁴⁸². Nel primo caso, attraverso il passo paolino si comprende che mentre il legittimario '*suus*' non era tenuto a compiere alcun atto espresso di accettazione, divenendo egli erede nel momento stesso di caducazione del testamento (*heres suus et necessarius*), gli altri agnati dovevano accettare in modo palese; così come palese doveva essere l'equivalente pretorio dell'accettazione civile, che era rappresentato dalla richiesta del possesso bonitario rivolto al pretore, da effettuarsi da parte dei *cognati*.

Di poi, si pone il problema della trasmissibilità dell'azione: per Papiniano era indispensabile che fosse intervenuta (almeno) la richiesta della *bonorum possessio* (ovviamente per i *cognati*); per Ulpiano (e probabilmente anche per Paolo, sulla scorta di Antonino Pio) era sufficiente che la lite fosse stata preparata, ossia che si fosse in maniera inequivocabile manifestata la volontà da parte del 'querelante' di intentare l'azione nei confronti dell'erede scritto.

I brani ci tramandano, altresì, che intensa fu l'attività dei principi *in subiecta materia*: in D. 5.2.6.2 si dice che il parere papiniano è simile a quanto disposto dagli imperatori in *quibusdam rescriptis* (non è dato sapere se precedenti o successivi al giureconsulto); in D. 5.2.7, invece, si rimembra un rescritto di Antonino Pio, emesso – lo si ribadisce – in materia di atti introduttivi di una *cognitio extra ordinem*; Severo e Caracalla nel 196 d.C. (C. 3.28.2) qualificano la *bonorum possessio* accordata in favore dell'attore (querelante) come – sostanzialmente – *sine re*, impedendo quindi che essa potesse condurre ad uno spossessamento dell'erede scritto.

Colpisce che gli imperatori siano così assiduamente intervenuti per disciplinare un istituto creato e plasmato dall'*imperium* del pretore: il che pone il problema del rapporto tra potere normativo imperiale e organi giurisdicenti e giudicanti del processo romano d'età classica⁴⁸³. In passato, la dottrina si era

⁴⁸² Per P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 718 «il motivo per cui non si può fare a meno della volontà di acquistare è ovvio: all'erede necessario si permette di accettare ancora prima che sia decisa la lite d'inofficiosità; questa accettazione lo mette in grado di trasferire, se muoia, l'eredità. Ma se l'accettazione non ci fosse, il suo erede non potrebbe agire: infatti, vincendo, dovrebbe conseguire una eredità che né il necessario aveva acquistato né egli personalmente può acquistare (perché non è legittimato alla *querela*, e può essere, addirittura, un estraneo)».

⁴⁸³ V. G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I-II, Milano, 1963, *passim*; P. DE FRANCISCI, *Per la storia della legislazione imperiale durante il principato*, in *BIDR*, LXX, 1967; E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Atti del II Congresso*

quietamente adagiata sull'ipotesi avanzata da Pernice⁴⁸⁴ e ripresa (con originali apporti) dall'Andt⁴⁸⁵, secondo la quale i rescritti imperiali sarebbero stati inconciliabili con i processi dell'*ordo iudiciorum privatorum* (gli autori si riferivano espressamente all'agone formulare, e quindi *a fortiori* anche alla liturgia sacramentale che viene in rilievo in tema di inofficiorum), dimodoché essi – contenendo una sorta di istruzione impartita a un giudice – davano luogo a un processo di tipo cognitorio, in cui il principe, anziché decidere egli stesso la controversia (evento che avrebbe comportato l'emanazione di un *decretum* e non di un *rescriptum*), definiva il punto di diritto e rinviava le parti dinanzi ad un *iudex* da lui nominato, il quale, accertata la verità dei fatti, avrebbe emanato la sentenza.

La teoria sopra esposta è stata fortemente criticata soprattutto dal Palazzolo, il quale ha – di contro – sostenuto come dai rescritti (aventi mera efficacia interpretativa, a differenza invece dei *decreta*) non nascesse alcun procedimento giudiziario⁴⁸⁶, ma essi, invece, fossero utilizzati «quando il principio di diritto che essi volevano affermare era integrabile nelle forme e negli strumenti processuali ordinari»⁴⁸⁷: tuttavia, è lo stesso Palazzolo a precisare che all'indomani della paralisi del potere innovativo del pretore, coincisa con la codificazione dell'editto al tempo di Adriano, la facoltà di modificare l'editto stesso o di colmarne le lacune passò alla cancelleria imperiale; da allora infatti «il principe da[va] egli stesso le azioni e le eccezioni, e il pretore non solo non p[oteva] rifiutarsi di accogliere la pretesa sostanziale ... ma neppure di strutturarla in quel preciso modo indicatogli dal principe»⁴⁸⁸.

La potestà degli imperatori è dunque massima e ben si comprende quindi come essi siano potuti intervenire nel disciplinamento di uno strumento fortemente

Internazionale della Società italiana di Storia del Diritto, Firenze, 1971, ora in ID., *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1994, 3 ss.

⁴⁸⁴ V. A. PERNICE, *Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit*, in *Juristische Abhandlungen, Festgabe für Georg Beseler*, Berlin, 1885, volto in italiano in ID., *L'ordo iudiciorum' e l'extraordinaria cognitio' durante l'impero romano*, in *Arch. Giur.*, XXXVI, 1886, 116 ss.

⁴⁸⁵ V. E. ANDT, *La procédure par réscrip*, Paris, 1920, 111 ss.

⁴⁸⁶ V. N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, 49 ss. che, mettendo a frutto i risultati delle ricerche del Volterra in tema di costituzioni imperiali, le quali hanno messo in luce il procedimento mercé il quale si giungeva all'emanazione di un rescritto, ha evidenziato come «non c'è posto per una efficacia dei rescritti che andasse al di là della pura e semplice attività interpretativa del diritto. L'utilizzazione del rescritto in sede processuale era sempre affidata alla volontà del richiedente che, in base alla risposta ricevuta, poteva valutare l'opportunità di agire in giudizio oppure di rinunciarvi. Ed anche la scelta del tipo di procedimento, sempre che questa fosse possibile, era lasciata ovviamente al richiedente, o a chiunque altro volesse servirsi di quel rescritto. In altre parole, il fatto che su una questione di diritto fosse stato emesso un rescritto non è immediatamente connesso all'introduzione di un procedimento; il rescritto non può in alcun modo essere visto come l'atto iniziale di un processo».

⁴⁸⁷ V. N. PALAZZOLO, *Potere imperiale*, cit., 69 s.

⁴⁸⁸ V. N. PALAZZOLO, *Potere imperiale*, cit., 117.

pretorio, com'era la *bonorum possessio*: ma proprio per questo nulla porta ad escludere che di un istituto più antico i principi – attraverso il sostanziale ‘dominio’ dell’editto – si siano potuti servire per ‘ordinare’ un processo *extra ordinem* che si svolgeva davanti a loro stessi o a un loro delegato.

Ed io penso che proprio questa sia stata la fenomenologia che può – ma è congettura – aver riguardato la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*: del resto, essa è certamente relativa, nelle fonti a nostra disposizione, alla procedura *extra ordinem*, mentre tutt’altro che sicura è una sua riferibilità all’arcaica liturgia sacramentale prodromica al processo davanti ai *centumviri*, non foss’altro che per la totale assenza di testimonianze più antiche rispetto all’età severiana; la sua stessa funzione in quest’ultimo tipo di agone giudiziario, per come essa è scolpita dalla dottrina maggioritaria, è dubbia: se da rigettare è l’opinione di Marrone, che impone un’inaccettabile inversione dei ruoli di attore e convenuto tra legittimario ed erede scritto, non meno accoglibile mi sembra quella del Gagliardi, che preservando – è vero – un innegabile *status* di attore al *cognatus* impugnante, non chiarisce come il collegio dei cento avrebbe potuto accertare la fondatezza di una *sponsio* in cui si è addotta la spettanza dell’eredità, fondata però su di una semplice fittizia attribuzione pretoria; ancora, non si può negare che una clausola nota con il nome di ‘*bonorum possessio litis ordinandae gratia*’ non esistesse nell’editto, di cui infatti non vi è alcuna testimonianza: credo quindi che il possesso bonitario in esame – a volergli ritagliare un ruolo nel processo sacramentale – non fosse nulla di più che una *bonorum possessio sine tabulis*, vuoi *unde liberi* vuoi *unde cognati*, che al pretore veniva inizialmente richiesta dal legittimario privo di titolo *ex iure civili* quale surrogato della manifestazione della ‘disponibilità’ all’acquisizione dei beni ereditari, come messo in luce, in fondo, dal Voci⁴⁸⁹.

Un’importanza maggiore (o unica) essa può aver acquisito nel processo *extra ordinem*, cui pacificamente si riferisce: a mio parere l’azione di inofficiosità nel ‘processo della terza epoca’ divenne mezzo puramente ed esclusivamente rescindente, che come tale richiedeva la preconstituzione al giudizio di un titolo successorio.

⁴⁸⁹ Un tanto è confermato dallo scolio 6 a Bas. 39.1.6 (= Hb IV, 7-8), di cui riporto un tratto: ... Δεῖ τὸν βουλόμενον κινήσαι τὴν δεῖνοφρικόσο, ἐν ᾧ μὴ σοῦός ἐστιν, ἀδιτεύειν πρότερον ἢ αἰτεῖν διακατοχὴν ... Va premesso che il frammento è probabilmente da ascrivere a Stefano (G.E. HEIMBACH, in *Basilicorum Libri LX*, VI, cit., 234): quindi a uno degli *antecessores*. Ciò detto, il maestro bizantino specifica – sulla scorta di Paolo, il cui pensiero si legge tra le righe – che il querelante, qualora voglia agire con l’azione di inofficiosità (che alla sua epoca è ormai, però, una *petitio hereditatis ex causa de inofficioso*: cfr. B. BRUGI, ‘*Hereditatis petitio de inofficioso*’, cit., 115 ss.) deve previamente effettuare un atto di accettazione, *ex iure civili* o *ex iure praetorio*. Concentrandosi su quest’ultima, continua asserendo che la *bonorum possessio* non conduce allo spossessamento dell’erede scritto, ma attribuisce semplicemente al richiedente una ‘specie di successione’.

15. *Esperimento dell'azione secondo le forme 'extra ordinem'. Elasticità di movente e precostituzione del titolo come superamento del rito decemvirale.*

Di decisioni *extra ordinem* relative all'inofficioritas del testamento – anche se a questo ‘concetto’ non si fa direttamente riferimento – abbiamo notizia fin dagli albori del cd. ‘processo della terza epoca’⁴⁹⁰: già Augusto, infatti, si era dedicato, non si sa se in prima persona o delegando un funzionario, alla disamina di questioni in cui un legittimario era stato escluso – a suo parere ingiustamente – dalle tavole testamentarie di uno stretto congiunto.

Il primo riferimento è al *decretum*⁴⁹¹ emesso dal *princeps* a tutela di Caio Tettio, di cui è menzione in Valerio Massimo:

Val. Max. 7.7.3: *C. autem Tettium a patre infantem exheredatum, Petronia matre, quam Tettius, quoad uixit, in matrimonio habuerat, natum, diuus Augustus in bona paterna ire decreto suo iussit, patris patriae animo usus, quoniam Tettius in proprio lare procreato filio summa cum iniquitate paternum nomen abrogauerat.*

Il giovane Caio Tettio viene diseredato dal padre: fatta presumibilmente istanza ad Augusto, ottiene, grazie ad un *decretum* di quest'ultimo⁴⁹²,

⁴⁹⁰ Su cui v. M. KASER, *Gli inizi della 'cognitio extra ordinem'*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milano, 1968, 171 ss.

⁴⁹¹ Il significato del lemma è ben indagato da M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit'. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano, 2012, 32 che evidenzia come con il termine *decretum* si designino comunemente «le decisioni dell'imperatore in funzione giudicante, forma sostantivata della voce verbale *decernere*» che assume «l'accezione generale di “decisione presa dopo un esame”», anche se spesso nelle fonti «figura anche per indicare forme di “Willensäußerungen” promananti da assemblee e collegi, oppure da singoli, come nel caso dei decreti dei magistrati o, ancora, del *princeps*».

⁴⁹² Mi pare che dal brano emerga il carattere di ‘decisione di prime cure’ dell'atto augusteo: non così però per M. KASER, *Gli inizi*, cit., 178 per il quale il *princeps* qui intervenne per «annulla[re] il decreto del pretore» onde sostituirlo «con uno suo proprio», rifacendosi al diritto di *intercessio*, che già in età repubblicana spettava al *par* o al *maior magistratus*. Analogamente T. SPAGNUOLO VIGORITA - M. MAROTTA, *La legislazione imperiale. Forme e orientamenti*, in *Storia di Roma*, a cura di A. Momigliano e A. Schiavone, II.3, Torino, 1992, 128 a mente dei quali il principe avrebbe annullato un previo decreto del pretore, facendo ricorso «a strumenti propri dell'attività magistratuale repubblicana». Non mi riesce di comprendere, tuttavia, quale sarebbe stato l'atto pretorio cassato da Augusto: qualche rigo più su l'autore tedesco fa parola di una *bonorum possessio* concessa dall'organo giudicante, lasciando presumere che la questione di inofficioritas fosse di fatto decisa dal solo pretore senza l'intervento del collegio dei *centumviri*. Il magistrato avrebbe infatti emesso un *decretum* nell'esercizio della sua cognizione: *decretum* che, a questo punto, sarebbe stato ‘sorpasato’ dal provvedimento imperiale. Altrove (e precisamente a p. 184 s., nt. 59) il Kaser esclude che questo testo possa riguardare la querela, ma supponendo che attinga una fattispecie di

l'autorizzazione ad essere immesso nel possesso dei beni ereditari⁴⁹³. L'atto del principe è esaltato da Valerio Massimo, che sottolinea l'iniquità della scelta del defunto di privare il discendente (non solo, verrebbe da dire, del titolo di erede, ma anche) del diritto di chiamarlo padre.

Un secondo episodio è raccontato sempre dallo scrittore di aneddoti, in un brano appena successivo a quello poc'anzi illustrato:

Val. Max. 7.7.4: *Septicia quoque mater Trachalorum Ariminensium irata filiis in contumeliam eorum, cum iam parere non posset, Publicio seni admodum nupsit, testamento etiam utroque praeterito. a quibus aditus diuus Augustus et nuptias mulieris et suprema iudicia improbavit: nam hereditatem maternam filios habere iussit, dotem, quia non creandorum liberorum causa coniugium intercesserat, uirum retinere uetuit. si ipsa Aequitas hac de re cognosceret, potuitne iustius aut grauius pronuntiare? spernis quos genuisti, nubis effeta, testamenti ordinem uiolento animo confundis neque erubescis ei totum patrimonium addicere, cuius pollincto iam corpori marcidam senectutem tuam substruisti. ergo dum sic te geris, ad inferos usque caelesti fulmine daflata es*⁴⁹⁴.

«concessione pretoria della *bonorum* possessio». Tuttavia, ripeto, di questa primeva decisione pretoria non v'è traccia nell'arresto di Valerio Massimo: non mi sembra dunque accettabile la ricostruzione del Kaser. Più mi sembra rispondente al tenore del testo, invece, immaginare che il giovane diseredato si sia rivolto direttamente ad Augusto e che questi abbia deciso di risolvere la questione in prima persona. Convinto che si tratti di atto di prima istanza in sede giudicante è anche G. GULINA, *La cognizione del 'princeps'*, cit., 41, il quale però ritiene che il caso suindicato (unitamente a quello di Val. Max. 7.7.4) non si iscriva nella prassi della *querela inofficiosi testamenti*.

⁴⁹³ Per G. GULINA, *La cognizione del 'princeps'*, cit., 51 s. non si trattò di assegnazione 'definitiva' del possesso dei beni, quanto all'inverso di immissione nella «*custodia et observatio* di questi: ciò che tradurrei qualificando senz'altro la situazione guadagnata in detenzione». Per l'autore infatti la pronuncia augustea si pone come «meramente interlocutoria, costituita tutta in chiave preprocessuale e dunque destinata a rappresentare un punto di partenza, piuttosto che di arrivo» (p. 44): essa era simile alla *bonorum possessio litis ordinandae gratia* di cui si è ampiamente discusso *retro*. Il Gulina ricostruisce la fattispecie immaginando che ad agire sia il tutore di Tettio, di cui presume la impubertà: tutore nominato dal *pater* nel proprio testamento. Di talché, il suo caso presenta alcune difficoltà fattuali: invero, «il giovane, debitamente assistito, ha piena legittimazione agli strumenti ordinari e principali attraverso i quali dare corso alla propria solida aspettativa ereditaria. Nella situazione in cui egli si trova, constano tuttavia difficoltà di ordine fattuale – in punto di debita assistenza –, che rischiano di affliggerlo: la promozione di un giudizio rappresenta pur sempre un onere per la parte, onere che diviene più gravoso e responsabilizzante nel caso di un tutore, il quale deve positivamente deliberare un'iniziativa grave, che potrebbe, da un lato, revocare il presupposto del proprio ufficio ... dall'altro determinare conseguenze infamanti in danno della memoria del testatore».

⁴⁹⁴ Sul testo v. M. KASER, *Erbe und 'conventio in manum'*, in *IURA*, I, 1950, 64 ss.; L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 287, nt. 449, 343, nt. 591, 344, nt. 594; G. GULINA, *La cognizione del 'princeps'*, cit., 64 ss.

Una donna, di nome Septicia, madre di due figli (i Tracali di Rimini) sposa un vecchio uomo (Publicio), non più in grado di procreare: poco prima di spirare redige un testamento in cui pretermette i discendenti, a vantaggio del novello sposo, che quindi lucra non solo l'eredità ma pure trattiene la dote portata da Septicia. Augusto, evocato dai figli preteriti, disapprovò l'atto di ultima volontà della donna, e ordinò⁴⁹⁵ che i supplicanti avessero l'eredità materna e assegnò loro pure la dote, visto che essa – a causa dell'ormai sopraggiunta sterilità dei nubendi – era stata confezionata per un matrimonio non celebrato allo scopo di avere figli.

Entrambi i casi presentano notevole interesse specie perché le decisioni imperiali derogano a molte regole civilistiche, al punto che l'Orestano ha osservato come «sarebbe fuori di luogo compiere ... l'esame del gran numero di gravi principi dello *ius civile* che entravano in questione in tali cause e che pure sono stati senza preoccupazione violati dall'imperatore al fine di raggiungere una soluzione certamente equa. Ma anche a prima vista la funzione e la libertà di criteri della *cognitio* imperiale appaiono in piena evidenza»⁴⁹⁶.

Notevole era peraltro l'interesse che Augusto nutriva per l'attività giudiziaria, seguita con tanto zelo da frequentare le aule d'udienza sino a notte fonda e pure in caso di malattia, come ci racconta Svetonio⁴⁹⁷:

Svet. Aug. 33.1: Ipse ius dixit assidue et in noctem nonnumquam, si parum corpore valeret lectica pro tribunali collocata, vel etiam domi cubans.

L'attività giudicante imperiale si rafforzò poi con Adriano, come risulta da questo frammento paolino, estrapolato dal *liber singularis de septemviralibus iudiciis*:

Paul. lib. sing. sept. iud. D. 5.2.28: Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit

⁴⁹⁵ È condiviso in dottrina che si tratti di un *decretum*: «l'intervento imperiale [infatti] introdotto da *pronuntiare* è preceduto da altro termine, *cognoscere*, con il quale si designa comunemente lo svolgimento dell'attività giudiziaria, circostanza, questa, che ha portato la maggioranza della dottrina a ricomprendere questo provvedimento nel novero delle decisioni emesse dal *princeps* in funzione giudicante», come sottolinea M. RIZZI, *'Imperator cognoscens decrevit'*, cit., 68 s., nt. 158; così anche per L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 287 e 344, S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 40, G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 282 e N. PALAZZOLO, *Potere imperiale*, cit., 59, nt. 107

⁴⁹⁶ V. R. ORESTANO, *Appunti sulla 'cognitio extra ordinem'*. Corso di diritto romano. Anno accademico 1950-1951, in ID., *Scritti con una nota di lettura di A. Mantello*. II, Sezione prima saggistica, Napoli, 1998, 1053. Solo tangenzialmente si occupa dei due brani M. RIZZI, *'Imperator cognoscens decrevit'*, cit., 32, nt. 47, 48 s., nt. 103.

⁴⁹⁷ V. R. MARTINI, *La legislazione di Augusto e la durata dei processi*, in *Sem. Compl.*, I, 1989, 93 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 350 s.

*hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*⁴⁹⁸.

Una madre, sul falso presupposto che il figlio fosse morto in guerra, istituì eredi degli estranei: Adriano, chiamato a sentenziare, decretò⁴⁹⁹ che l'eredità della donna spettasse al figlio, ma con l'obbligo per quest'ultimo di osservare le disposizioni a titolo particolare contenute nel testamento (manomissioni e legati). Paolo, che ci tramanda il ricordo di questo *decretum*, ne sottolinea l'eccezionalità, collegata alla circostanza che 'generalmente' la declaratoria d'inofficiosità cagiona la caducazione totale dell'atto di ultima volontà, dimodoché nessuna disposizione particolare avrebbe dovuto essere eseguita⁵⁰⁰. La decisione imperiale si segnala quindi per il suo equilibrio, volto a contemperare sia le pretese del legittimario sia quelle di legatari e servi manomittenti⁵⁰¹: del resto, la fattispecie implicitamente

⁴⁹⁸ Sul passo v. M. EVANGELISTI, *Profili di rilevanza dell'errore nel diritto ereditario romano*, Ospedaletto, 2018, 104 ss.; M. RIZZI, *'Imperator cognoscens decrevit'*, cit., 341 ss., L. GAGLIARDI, *'Decemviri'*, cit., 351 ss.; S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 141, nt. 108; A. SANGUINETTI, *Considerazioni sull'origine del principio 'sui heredes instituendi sunt vel exheredandi'*, in *SDHI*, LIX, 1993, 267; C. SANFILIPPO, *Potere del 'princeps' e diritto testamentario*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di B. Paradisi*, Firenze, 1982, 96 ss.; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale*, cit., 96 s.; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 234 ss.; U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, 148 s.; M. MARRONE, *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., 172 s.; E. RENIER, *Étude*, cit., 114, 120, 124 e 313 s.; P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, 35 ss.; G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 466 e 535 s.

⁴⁹⁹ Non v'è dubbio neppure in questo caso che si trattasse di un vero e proprio *decretum*: v. M. RIZZI, *'Imperator cognoscens decrevit'*, cit., 59 s., nt. 132 con ricca indicazione bibliografica. Inoltre, credo che Adriano si sia espresso in prima istanza e non in sede d'appello (posizione, quest'ultima, fatta propria da M. LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, Milano, 1927, 368, ma anche per C. SANFILIPPO, *Potere del 'princeps'*, cit., 96 s. secondo cui si potrebbe congetturare che «il figlio soldato, *propter nimiam imperitiam* (come direbbe il buon Gaio), avesse intentato una *querella*; che i *septemviri* l'avessero giustamente respinta, e che perciò il *miles* avesse supplicato l'imperatore in grado di appello»): crede che si tratti di «decisione adottata in un giudizio direttamente portato alla cognizione dell'imperatore» anche M. MARRONE, *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., 172, seguito da S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 141, nt. 108.

⁵⁰⁰ A ciò aggiungasi che la pronunzia adrianea si pone in contrasto con altri due principi: quello della «regola *institutio est caput et fundamentum*» del testamento e quello del «principio per cui non si può gravare di legati chi non riceva l'eredità per volontà del testatore»: così C. SANFILIPPO, *Potere del 'princeps'*, cit., 97.

⁵⁰¹ Cfr. C. SANFILIPPO, *Potere del 'princeps'*, cit., 99 che parla «di un colpo al cerchio e uno alla botte». Equilibrio che ispirerà meno di un secolo dopo il *decretum* di Severo e Caracalla ricordato ancora da Paolo, che per più versi può essere avvicinato al brano su ricordato. Mi riferisco a Paul. imper. sent. in cogn. prol. ex lib. sex primo seu decret. lib. secundo D. 28.5.93.1: *Pactumeius Androstheneis Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno occiso et rumore perlato, quasi filia quoque eius mortua, mutavit testamentum Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: «quia heredes, quos volui habere mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto». Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia*

suggerisce come – in realtà – il testamento non potesse dirsi veramente inofficioso⁵⁰², stante il fatto che la mancata indicazione del legittimario nelle *tabulae* era dovuta a errore, non a una volontà *contumeliosa* della donna⁵⁰³.

Si potrebbe quindi dubitare, a rigore, che la fattispecie possa essere ricondotta all'inofficiosità, stante il summenzionato errore sui motivi dell'istituzione d'erede: tuttavia, seguendo il Di Lella, «non può non rilevarsi come Paolo inquadrì il caso nello schema della inofficiosità e conseguentemente mostrò sorpresa per il tenore della suddetta decisione, essendo per lui indubitabile che, aprendosi la successione intestata, libertà e legati debbano rimanere travolti»⁵⁰⁴.

falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum. igitur pronuntiavit hereditatem ad magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta. Un tale, di nome Pattumeio Androstene, aveva istituito erede una certa Pattumeia Magna, sostituendo, peraltro, a quest'ultima, il padre di lei. Ebbene, diffusasi la falsa notizia della morte sia dell'erede scritta che del sostituto, il testatore decise di modificare l'atto di ultima volontà, nominando un nuovo erede, ma scrivendo altresì che un tanto faceva perché non aveva potuto avere gli eredi che voleva. Aperte le tavole, Pattumeia Magna si rivolse agli imperatori i quali, *suscepta cognitione*, decretarono che ella avesse l'*hereditas*, con l'obbligo però di prestare i legati indicati nel secondo testamento. Non è possibile comprendere se la supplicante avrebbe potuto agire *de inofficioso*, ipotesi che potrebbe trovare asilo nel caso in cui vi fosse stato un rapporto parentale col defunto (tesi non del tutto da escludere visto visto che entrambi recavano il nome Pattumeio). In ogni caso, va segnalato che la supplica della postulante «indica l'invocazione per ottenere dall'imperatore un intervento estraneo agli schemi e all'assetto processuale tardoclassico» (così F. PERGAMI, *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano, 2007, 96), secondo un *modus operandi* non dissimile da quello attuato nel caso del *decretum* di Adriano. Paolo pone in rilievo «il carattere innovativo della sentenza dell'imperatore rispetto al *ius civile*; assume evidenza il fatto che la giurisdizione imperiale concorre a formulare un nuovo sistema, sovrapposto allo stesso *ius civile*», come evidenzia L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano*, cit., 130, nt. 79.

⁵⁰² Così P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 701 s. secondo cui «non si tratta di un'applicazione del regime della *querela*, ma di un provvedimento che vuole sanare le conseguenze dell'errore», argomentando da una costituzione di Severo e Caracalla del 197, serbata in *Impp. Severus et Antoninus AA. Ianuario C. 3.28.3: Si mater filiis duobus institutis tertio post testamentum suscepto, cum mutare idem testamentum potuisset, hoc facere neglexisset, merito utpote non iustis rationibus neglectus de inofficioso querellam instituere poterat. Sed cum eam in puerperio vita cecisset proponas, repentini casus iniquitas per coniecturam maternae pietatis emendanda est. quare filio tuo, cui nihil praeter maternum fatum imputari potest, perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset. Sin autem heredes scripti extranei erant, tunc de inofficioso testamento actionem instituere non prohibetur* <a. 197 pp. VIII k. Iul. Laterano et Rufino cons. >.

⁵⁰³ Per un confronto con una fattispecie simile (in cui però si discusse più di errore determinante che di inofficiosità), in cui tuttavia il testatore era un padre, v. Val. Max. 7.7.1 e Cic. *de orat.* 1.38.175, per cui rimando a G. GULINA, *La cognizione centumvirale generale*, cit., *passim*, E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, Milano, 2009, 181 s., G. NEGRI, *La clausola codicillare*, cit., 286 ss., L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 80 ss. Notazioni anche in L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano*, cit., 45 s.

⁵⁰⁴ V. L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 234 ss. Convinto che si tratti pur sempre di inofficiosità si dimostrano anche E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 182, e F. ARCARIA, '*Septemviralia iudicia*', cit., 63 s., che adduce tre motivi: a) la fattispecie esaminata da Adriano e riportata da Paolo si calava in un momento temporale anteriore al s.c. Orfiziano, in cui momento in cui, quindi, il figlio «non aveva alcun diritto di successione né civile né pretorio nei confronti della madre» di taché «non

Inoltre, depone nel senso di una riconduzione alla tematica dell'inofficiorità un breve lacerto ulpiano.

Ulp. 6 *opin.* D. 5.2.27.4: *De testamento matris, quae existimans perisse filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.*

Anche qui una madre, convinta erroneamente della morte del figlio, istituisce un erede diverso: il discendente, dice il giurista di Tiro, può agire *de inofficioso*. Non vi è motivo di sospettare la genuinità del passo, come fatto da coloro⁵⁰⁵ che ritenevano impossibile esperire la *querela inofficiosi testamenti* nel caso di errore del testatore, non venato da alcuna violazione dell'*officium pietatis*: se anche ciò non fosse stato possibile dinanzi ai *centumviri*, «possiamo solo ammettere che siano cadute le parole di Ulpiano, che lo riferivano alla *qit. extra ordinem*»⁵⁰⁶.

Giurisdizione centumvirale e giurisdizione *extra ordinem* convivono, sin dall'inizio del I sec. d.C. secondo uno schema singolare, non rispondente al procedimento che ha dato il là al formarsi delle *cognitiones extraordinariae*⁵⁰⁷: il potere giudicante del principe o di suoi delegati, infatti, inizia ad affermarsi, a voler seguire Kaser, in settori in cui non era possibile avvalersi di un rimedio presso i giudici dell'*ordo* (ovvero in sede d'appello, anche se, rileva la Rizzi, «per tutto il primo secolo e, nel secondo secolo, sino ad Adriano, non sono rintracciabili ...

avrebbe avuto altra possibilità se non quella di esperire la *querela inofficiosi testamenti*»; b) Paolo discorre proprio di inofficiorità testamentaria e «invero tale non secondario rilievo di ordine testuale può essere superato solo ove si riuscisse a dimostrare in maniera incontrovertibile l'interpolazione dell'intera chiusa del passo»; c) il frammento è stato inserito dai commissari proprio nel titolo dedicato all'inofficiorità testamentaria.

⁵⁰⁵ Tra cui v. P. VOCI, *L'errore*, cit., 35 ss. e M. MARRONE, '*Querela inofficiosi testamenti*', cit., 172.

⁵⁰⁶ V. M. MARRONE, '*Querela inofficiosi testamenti*', cit., 173, nt. 3.

⁵⁰⁷ Non uso qui il termine *cognitio extra ordinem* che è fin troppo generalizzante: non di una singola *cognitio* si compone il sistema, ma di tante *cognitiones* differenti, quantomeno per l'oggetto. E di ciò si è accorto l'Orestano, che sul punto ha mutato la sua idea. Se infatti, negli anni '50, egli scriveva (v. R. ORESTANO, *Appunti sulla 'cognitio extra ordinem'*, cit., 1033) che «l'espressione *cognitio extra ordinem* al singolare indica o un determinato giudizio, isolatamente e concretamente considerato, oppure la procedura nel suo insieme, appunto come sistema procedurale nuovo», poi nel 1980 si avvedeva che «la *cognitio extra ordinem* non esiste. Esistono le *cognitiones extraordinariae*, esistono gli *extraordinaria iudicia*, esistono le *extraordinariae actiones*. Ma la *cognitio extra ordinem*, nel senso abitualmente attribuito – che tutti attribuiamo – a quest'espressione, ripeto, non esiste. Né nelle fonti, né nella realtà ... La *cognitio* in quanto 'sistema' di cui cogliere e delineare la 'storia' (la 'storia della *cognitio*'), seguire le 'vicende', operare la 'ricostruzione' e la 'costruzione' è solo un'astrazione, una categoria storiografica, sostantiva, ipostatizzata e assunta come avente una realtà in sé» (v. R. ORESTANO, *La 'cognitio extra ordinem': una chimera*, in *SDHI*, XLVI, 1980, ora in ID., *Scritti con una nota di lettura di A. Mantello*, III, Sezione prima saggistica, Napoli, 1998, 1832).

decisioni emesse dal *princeps* a seguito di *appellatio*⁵⁰⁸) e quindi «soltanto per quelle cause, per le quali una qualche difficoltà si opponeva a che le si facessero valere dinanzi ai tribunali ordinari»⁵⁰⁹. Tuttavia, si è visto come già nella tarda repubblica il consesso centumvirale fosse attivo nella risoluzione delle questioni di inofficiosità, garantendo una tutela alquanto forte ai legittimari, che – vuoi a titolo d'erede vuoi quali *bonorum possessores* – riuscivano ad ottenere la materiale disponibilità dei beni agognati⁵¹⁰.

Se ai primordi, quindi, si segnala questa coesistenza, è da credere che essa, pur astrattamente ipotizzabile per tutta l'età classica, non dovè protrarsi troppo a lungo: il collegio dei *centumviri* – come si è visto – terminò di essere convocato, secondo la dottrina, allo spirare dell'età dei Severi, in concomitanza col venir meno dell'*album iudicum*⁵¹¹: ma esso, come osserva ancora il Kaser⁵¹², perse probabilmente di vitalità già nel II sec. d.C., forse a causa della complessità del rito di adizione, forse perché l'agone cognitorio presentava una snellezza tale da sopravanzarlo nel lungo periodo⁵¹³.

⁵⁰⁸ V. M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit*, cit., 136. Potrebbe tuttavia deporre in senso contrario un passo di Svet. *Dom.* 8.1: *Ius diligenter et industrie dixit, plerumque et in foro pro tribunali extra ordinem; ambitiosas centumvirorum sententias rescidit ...* Ivi il biografo ricorda come Domiziano avesse 'resciso' varie sentenze 'ambiziose' del collegio centumvirale: sull'interpretazione del passo – che, a latere dei molteplici problemi che pone, in ogni caso testimonia che tra Augusto e Adriano gli imperatori continuavano ad intervenire con le loro sentenze in tema di inofficiosità – v. A. TRISCIUOGGIO, *Studi sul 'crimen ambitus' in età imperiale*, Milano, 2017, 24, nt. 29, con ampio apparato bibliografico.

⁵⁰⁹ V. M. KASER, *Gli inizi*, cit., 183.

⁵¹⁰ Le cui decisioni venivano ormai stratificandosi, fungendo da veri e propri 'precedenti': questa è l'idea di M. TALAMANCA, *Diritto e prassi*, cit., 159 per il quale «v'è un caso in cui ... i precedenti giudiziari ebbero ad assumere, nell'ambito del *ius civile*, una valenza normativa al livello di precedenti: alludo, ovviamente, alle decisioni del tribunale centumvirale ed al ruolo da esse svolto nell'introduzione della *querela inofficiosi testamenti*. ... Da quanto risulta dalle fonti, la portata di questi precedenti, se da un verso appare decisiva, si palesa, dall'altro, molto limitata sotto un differente profilo: si fondi o meno sul *color insaniae*, la prassi giudiziaria dei *centumviri* si limita in definitiva a introdurre un mezzo di impugnazione sostanziale, senza che al proposito risulti un'elaborazione giurisprudenziale da parte del detto tribunale. E ciò era impossibile proprio perché la decisione dei *centumviri* stessi portava ... esclusivamente sul *thema decidendum* (*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*). L'elaborazione dell'istituto della *querela* era quindi lasciata, ancora una volta, ai giuristi, i quali partivano dalla prassi centumvirale».

⁵¹¹ V. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 711 e M. WLASSAK, voce '*Centumviri*', cit., coll. 1950.

⁵¹² V. M. KASER, *Gli inizi*, cit., 184 s.

⁵¹³ Ancora per M. KASER, *Gli inizi*, cit., 183 «la *cognitio*, particolarmente efficiente, potè essere collocata, qui non meno che in materia penale, accanto ai vecchi banchi dei giudici, nella fondata aspettativa che il procedimento più funzionale avrebbe fatto sparire dalla prassi quello che era sopravvissuto da un'epoca più antica». Analogamente v. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 710 secondo cui «il funzionamento di organi straordinari dovette a poco a poco condurre all'inaridimento della competenza centumvirale. Ai *Cviri* ricorrevano persone come gli amici e i clienti di Plinio: cioè gli appartenenti alle classi alte, che potevano valersi di un grande avvocato ... Agli altri bastava la *cognitio*».

Il che mi fa propendere per l'idea – rafforzata dalla notizia della creazione, ad opera di Vespasiano⁵¹⁴ o di Antonino Pio, del collegio dei settemviri, certamente giudicante *extra ordinem* – che al cominciamento dell'età severiana – coincidente con l'avvio della riflessione di Ulpiano, Papiniano, Paolo, cui dobbiamo la parte maggioritaria delle notizie sulla *querela* – la liturgia cogniziale fosse il rito pressoché esclusivo per far valere la questione di inofficiosità del testamento.

Ciò detto, è bene svolgere solo qualche considerazione sull'azione di inofficiosità agita *extra ordinem*. Sebbene essa, come accennato, iniziò ad essere giudicata al di fuori del circuito che vedeva come protagonisti i *centumviri* sin dagli albori del processo della terza epoca, è probabile che – almeno per tutto il I sec. d.C. – in un numero ancora elevato di casi la via d'elezione che i 'querelanti' sceglievano fosse proprio quella centumvirale: un conforto in tal senso si può trarre dalle lettere di Plinio il Giovane, che ritraggono vari casi di questioni d'inofficiosità incardinate dinanzi al tribunale dei 100 (che al suo tempo contava però 180 componenti)⁵¹⁵: organo davanti al quale il noto avvocato era aduso perorare le proprie cause, al punto da definirla 'la sua arena'⁵¹⁶.

A poco a poco però venne rafforzandosi la via *extra ordinem*, a mio parere – e qui mi muovo nuovamente sulle orme del Kaser – negli anni successivi alla codificazione dell'editto: ciò potrebbe essere stato determinato dalla cospicua attività normativa imperiale in tema di inofficiosità, che segna – a dire il vero già con Traiano, ma in parte esigua – soprattutto con Adriano⁵¹⁷ una novità (come visto

⁵¹⁴ Arg. ex Svet. *Vesp.* 10: *Litium series ubique maiorem in modum excreverant, manentibus antiquis intercapedine iuris dictionis, accedentibus novis ex condicione tumultuque temporum; sorte elegit per quos rapta bello restituerentur quique iudicia centumviralia, quibus peragendis vix suffectura litigatorum videbatur aetas, extra ordinem diiudicarent redigerentque ad brevissimum numerum.* Questa commissione venne creata (per quanto ricaviamo da Tac. *hist.* 4.40.2) nel 70 d.C., allo scopo di smaltire il contenzioso arretrato, che negli anni era stato accumulato dal collegio dei *centumviri*: sicuramente questa nuovo consesso giudiziario giudicava a Roma secondo le movenze *extra ordinem* (così F. ARCARIA, 'Septemviralia iudicia', cit., 70 s.). La commissione vespasiana, tuttavia, non deve essere confusa con il giudice settemvirale, avendo la prima carattere temporaneo (p. 72 s.).

⁵¹⁵ V. Plin. *Min. ep.* 5.1 e 6.33.

⁵¹⁶ V. Plin. *Min. ep.* 6.12.2.2: ... *praesertim in harena mea, hoc est apud centumvirov ...*

⁵¹⁷ Il quale, secondo la G. COPPOLA BISAZZA, *La successione 'contra voluntatem defuncti'*, cit., 69 s., nt. 106 avrebbe probabilmente creato un giudice unico affiancante i *centumviri* (sicura peraltro la sua presenza quantomeno dall'età degli Antonini), mentre a partire da Alessandro Severo la giurisdizione – sempre *extra ordinem* – sarebbe passata al *praefectus Urbi* ovvero al *procurator* fiscale, in caso di coinvolgimento, nella controversia, del *fiscus*. *Adde* F. ARCARIA, 'Septemviralia iudicia', cit., 51 ss. e J.P. CORIAT, *Les tribunaux de l'empire à l'époque du Principat: état de la question et perspectives*, in 'Carmina iuris'. *Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, Paris, 2012, 168 s.

nel precedente capitolo, si ha notizia di svariati *rescripta* dello stesso imperatore ispanico, ma anche di Antonino Pio, Marco Aurelio e Lucio Vero)⁵¹⁸.

Cominciando, all'epoca di sviluppo della cd. *querela cognitio* era giunta a completamento l'attività pretoria volta alla creazione di un omnicomprensivo sistema di successione basato sulla *bonorum possessio*. Da quando la querela cominciò ad essere esperita attraverso il «sistema della *cognitio extra ordinem*»⁵¹⁹ le clausole correttorie di *ius civile* erano già state codificate e di conseguenza anche i *cognati* agivano sulla base di un titolo antecedente il giudizio che potesse sostenere sia la legittimazione sia l'acquisto dei beni.

A questo punto è possibile sostenere – a mio modo di vedere – che l'azione 'cambiò pelle', diventando un rimedio puramente rescindente di un testamento inofficioso e cagionante la mera apertura della successione intestata cui tutti, *cognati* compresi, potevano concorrere anche se non su di un piano di parità, stante la graduazione interna alla *bonorum possessio sine tabulis*⁵²⁰. Infatti, i soggetti

⁵¹⁸ Del resto, in quest'epoca è il *princeps* il motore di sviluppo del sistema giuridico: scrive R. ORESTANO, *Augusto e la 'cognitio extra ordinem'*, in *Studi Economico-Giuridici per cura della Facoltà di Giurisprudenza Università di Cagliari*, XXVI, 1938, ora in ID., *Scritti. Con una nota di lettura di A. Mantello*. I, *Sezione prima Saggistica*, Napoli, 1998, 533 «al di sopra di tutti sta l'imperatore che mediante cognizioni dirette, di prima istanza o più spesso d'appello, e con rescritti, promuove, guida, coordina tutto questo movimento, il quale nel corso del terzo secolo travolgerà la procedura formulare, affermando come unica e generale forma di processo la *cognitio extra ordinem* dominante poi in tutto il periodo postclassico». Non è da escludere neppure che il rafforzamento della via straordinaria abbia potuto trarre linfa dalla prassi provinciale, in cui il processo *extra ordinem* dovè – come già chiaramente messo in luce dall'Eisele – essere l'unica strada concessa ai querelanti, visto che non si la via centumvirale era esclusa per i *peregrini* e assai impervia per tutti coloro che dimoravano nelle provincie, così distanti da Roma ove solo veniva riunito il tribunale centumvirale. Nata quindi nell'Urbe, la procedura della '*cognitio*' venne ben presto esportata in luoghi dove si radicò e crebbe. Se questa è la mia visione, non priva di interesse potrebbe tuttavia essere anche una diversa ipotesi: ossia quella in virtù della quale la cd. *querela cognitio* nacque proprio nelle provincie. Tuttavia, milita in senso opposto la testimonianza di Valerio Massimo di cui a 7.7.3 e 7.7.4 in cui non v'è allusione al fatto che i supplicanti non fossero residenti a Roma; di poi, come rileva ancora una volta R. ORESTANO, *Augusto e la 'cognitio extra ordinem'*, cit., 534 «che la *cognitio* traesse origine da prassi introdotte nella giurisdizione dei magistrati e funzionari provinciali, è smentito da diverse fonti, da cui appare che i poteri e le cognizioni di tali organi giudicanti venivano modellati su i poteri e le cognizioni dei magistrati e funzionari in Roma ... Si può piuttosto parlare di un influire e reinfluire tra la prassi urbana e la provinciale ... Di poi per l'importanza assunta nelle provincie, la nuova procedura si generalizzò sempre più anche in Roma, finendo nel corso del terzo secolo con lo scalzare interamente la procedura dell'*ordo*».

⁵¹⁹ Espressione che mutuo da R. ORESTANO, *Augusto e la 'cognitio extra ordinem'*, cit., 539.

⁵²⁰ Il riferimento è alle quattro classi che componevano il sistema della *b.p.sin.tab.* per quanto riguarda gli *ingenui*, non interessando qui le sette classi previste per i liberti, per le quali si rimanda a M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 714. La prima classe è quella *unde liberi* che comprende sia i *sui heredes* sia i figli del sangue emancipati, i quali, se non fosse intervenuta l'emancipazione, sarebbero rientrati tra gli *heredes sui*. Tale b.p. è *cum re* rispetto a tutti i successibili civili *ab intestato*, ma deve cedere davanti all'*heres civilis* che faccia valere un valido titolo testamentario. La successione al suo interno avviene *per stirpes*, dando luogo sostanzialmente al moderno fenomeno della rappresentazione. La seconda classe, detta *unde legitimi*, annovera coloro che

legati al *de cuius* da un vincolo di consanguineità rientravano nella terza classe di successibili (*unde cognati*) e davanti avevano gli *agnati* con titolo civile che componevano la classe *unde legitimi*. Il problema che si pone intercetta appunto il sistema su esposto visto che i *cognati*, pur querelanti vittoriosi, avrebbero potuto non ottenere i beni, a vantaggio invece di un soggetto che potesse vantare un vincolo agnazio, sebbene non si fosse premurato di impugnare il testamento.

Questa situazione paradossale, discendente dall'efficacia puramente rescindente dell'azione, va, tuttavia, temperata. Analizziamo a tal fine un frammento ulpiano, tratto dall'opera che più di ogni altra contribuisce a comporre il contenuto del titolo del Digesto dedicato al testamento inofficioso.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.1: *Sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas: omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent.*

Il giurista originario di Tiro, nel passaggio riportato, che costituisce l'*incipit* del titolo 5.2, stila un elenco dei legittimati attivi all'esperimento della *querela inofficiosi testamenti*. Essi sono (ma il catalogo, come si vedrà, non è esaustivo): genitori, figli, fratelli e sorelle.

Dall'andamento del passo si desume che nessun intervento normativo di 'delimitazione di confini' è stato emanato⁵²¹ ma il novero è frutto della prassi dei tribunali, orientata ad accogliere le pretese solo di certe persone, pur non potendosi respingere le richieste di altre che comunque sono ammesse all'azione.

In altre parole, Ulpiano ci dice che solo ascendenti, discendenti, e fratelli/sorelle possono esperire utilmente l'azione, mentre gli altri consanguinei farebbero meglio a desistere dalla *querela* (che potrebbero tuttavia incardinare) poiché *optinere spem non haberent*. Quindi nell'epoca in questione (ma è lecito pensare anche in precedenza visto la perentorietà del linguaggio utilizzato che non lascia adito a discussioni, segno di una situazione processuale ormai cristallizzata)

vengono chiamati all'eredità in mancanza di *sui* e in difetto di un testamento. Dapprima, dunque, gli *adgnati*, poi anche coloro che usufruiscono di una vocazione civile in base ai *senatusconsulta Tertullianum* ed *Orphitianum* (madre e figli). Nella terza classe rientrano i *cognati*. Possono accedere allo strumento pretorio i soggetti legati da un vincolo di parentela (solo) naturale, senza distinzione tra linea maschile e linea femminile, fino al sesto grado. Qui, a differenza che nel sistema civile dell'*hereditas*, opera la *successio graduum*, cioè vi sono più sottoclassi i cui componenti sono chiamati in subordine. La *b.p. unde cognati* è di solito *sine re* rispetto all'*heres civilis*, sia esso *ex testamento* sia esso *ab intestato*. Nell'ultima classe, *unde vir et uxor*, è chiamato il coniuge superstite e la *b.p.* è sempre *sine re*. Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 712 ss.

⁵²¹ Il primo in tal senso è dell'anno 294 e si deve a Diocleziano: cfr. *Imp. Diocletianus et Maximianus* C. 3.28.21 (a. 294).

solo queste tre categorie di persone, nella sostanza⁵²², esercitavano il rimedio di inofficiosità.

Se ad esperire l'azione fosse stato un figlio avverso il testamento del padre, egli avrebbe sicuramente conseguito l'eredità, essendo il primo chiamato. Nel caso opposto (impugnazione del testamento del figlio da parte del padre) il querelante avrebbe poi con alta probabilità conseguito i beni, salvo che davanti a sé trovasse i figli del defunto, rientranti nella prima classe e legittimati a chiedere la *b.p. unde liberi*. Il padre, di per sé appartenente alla terza classe avrebbe comunque potuto ereditare sulla base di un titolo diverso, ossia in qualità di *parens manumissor*⁵²³. Discorso analogo può essere svolto per i fratelli salvo l'omissione del diritto scaturente dalla manomissione. La madre, infine, era, se vogliamo, il congiunto meno tutelato dal punto di vista pretorio, ma per essa intervenne addirittura il *ius civile* con il riconoscimento di un legame agnatizio con la prole. Gli atti normativi sono i ben noti *senatusconsulta Tertullianum* ed *Orphitianum*⁵²⁴ che legittimarono l'ingresso della madre nella classe *unde legitimi*.

Il sistema, dunque, accredita al querelante un titolo sulla base del quale esperire l'azione e in virtù del quale ottenere l'eredità con graduazione naturale dovuta alla differente valenza del rapporto affettivo e al fisiologico andamento della vicenda successoria. È infatti congruente ad uno sviluppo lineare del ciclo della vita che il genitore muoia prima dei figli, i quali sono, e devono essere, pertanto, i soggetti più tutelati. In seconda battuta vengono il padre e la madre in caso di dipartita del figlio, poi i fratelli/sorelle, la cui legittimazione sarà ulteriormente circoscritta, *per tabulas*⁵²⁵, da Costantino.

⁵²² Ritiene il Sanguinetti che «la scarsa possibilità di successo per i collaterali *ultra fratrem* si può spiegare considerando che un legame di parentela meno stretto non comportava, probabilmente, a livello di coscienza sociale, un *officium pietatis* tale da giustificare l'attacco ad un testamento giuridicamente perfetto». Tuttavia dissente da me in merito al contenuto del frammento – ricondotto alla delimitazione dei legittimati attivi all'esperimento dell'azione – asserendo che esso esprime «piuttosto una differenza di posizione – tra i parenti in linea collaterale – in prospettiva di vittoria sostanziale». Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 2 s.

⁵²³ Cfr. P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 673 s. che parla di una «doppia qualifica» per il padre che ha provveduto all'emancipazione del figlio: «il *parens manumissor* ha la *bonorum possessio contra tabulas* nei riguardi del figlio, con *portio debita* che in diritto classico è pari alla metà dell'asse, in diritto giustiniano al terzo. Questo diritto ... non esclude l'altro diritto, che al padre spetta in quanto tale» cioè la facoltà di esperire la *q.i.t.* «per conseguire tutto il patrimonio ereditario». Cfr. Pap. 2 *resp* D. 5.2.16.1: *Contra tabulas filii possessionem iure manumissionis pater accepit et bonorum possessionem adeptus est: postea filia defuncti, quam ipse exheredaverat, quaestionem inofficiosi testamenti recte pertulit: possessio, quam pater accepit, ad irritum reccidit: nam priore iudicio de iure patris, non de iure testamenti quaesitum est: et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est*. Sul passo v. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 428 s.

⁵²⁴ Sul punto cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 707

⁵²⁵ *Imp. Constantinus A. ad Lucrium Verinum C. 3.28.27: Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem*

Come risulta da tale breve disamina tutti i soggetti ammessi all'esperimento dell'azione godono di un titolo preconstituito al giudizio. Un'ulteriore conferma possiamo trarla, ancora una volta, dal libro quattordicesimo all'editto del giurista severiano che si sofferma sulla legittimazione del postumo.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.6 pr.: *Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore: sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. Quid ergo? Eis imputatur, cur intestati non decesserant? Sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare: non enim interdicitur testamenti factione. Hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit: potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausula de ventre in possessionem mittendo: item natus secundum tabulas haberet. Simili modo et eum, qui post testamentum matris factum exsecto ventre extractus est, posse queri dico*⁵²⁶.

Il postumo può impugnare il testamento di colui del quale sarebbe divenuto *suus heres* ovvero *heres legitimus*. La prima locuzione non richiede alcuna forma di esplicazione, mentre con la seconda Ulpiano fa probabilmente riferimento alla presenza di un legame agnatizio che attribuisce un titolo successorio rilevante per il *ius civile* (e quindi rientrante nella gerarchia dei successori *ab intestato*) ma anche per il *ius honorarium*, in virtù della clausola della *b.p.sin.tab. unde legitimi*. Ulpiano continua sostenendo che il postumo può proporre l'impugnativa anche avverso le tavole dei consanguinei (sottointeso non *adgnati*) *quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere*⁵²⁷. Vi è l'instaurazione di un evidente nesso eziologico tra la possibilità di acquisto per causa di morte dei beni assicurata dalla

durante vel non agnatione contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adsparguntur vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum adsecuti instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto (a. 319).

⁵²⁶ Sul testo v. F. LAMBERTI, *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana*, II. *Profili del regime classico*, Milano, 2001, 225 ss.

⁵²⁷ Convinto che tutto il paragrafo sia interpolato è G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 421 s. per il quale «poiché in diritto classico non ci sono legittimari agnati, non potrebbe un *postumus legitimus*, solo perché tale, essere legittimato alla querella. L'interpolazione ... è anche ispirata al nuovo valore assunto dal principio 'conceptus pro iam nato habetur'. In particolare la sua critica interpolazionistica involge la proposizione causale: «si fa dipendere l'esperimento della querella dal fatto che il postumo, se il defunto fosse morto intestato, avrebbe potuto chiedere la bon. possessio intestati. Ricorre qui, chiaramente, il principio postclassico che il legittimario è sempre il più prossimo successibile ab intestato, al quale soltanto può portare vantaggio il vittorioso esperimento della querella».

clausola edittale e l'esperibilità della querela. Egli può agire proprio perché a monte dell'impugnazione vi è un titolo d'acquisto⁵²⁸.

Ciò conferma che l'azione è probabilmente volta all'apertura della successione intestata previa eliminazione dell'atto cui è conseguentemente necessaria la presenza di una causa giustificativa dell'acquisto che permette di concorrere nella delazione dell'eredità. L'utilizzo di una proposizione causale rischiera il vincolo indissolubile tra il titolo, che deve essere preesistente all'instaurazione della querela, e l'efficacia della sentenza puramente rescindente e dunque utile per l'attore solo se quest'ultimo può ambire all'assegnazione dei beni in base ad un mezzo giuridico alieno dalla sentenza.

A ciò aggiungasi quando rilevato in apertura di questo capitolo, ossia che vi sono molteplici passi da cui desumere che l'azione – nella mente dei giuristi severiani – aveva efficacia rescindente: rinvio, quindi, a quanto illustrato *retro*, specie con riferimento a D. 5.2.6.1⁵²⁹, D. 5.2.8.16⁵³⁰, D. 5.2.15.2⁵³¹ e D. 5.2.25.1⁵³².

16. *Ipotesi di concorso di domande con 'petitum' differente: rescissione e rivendica.*

La demolizione del testamento, cui (per usare una terminologia antica) la *querela extra ordinem* era volta, non può tuttavia essere considerato il fine ultimo

⁵²⁸Anche Ribas Alba si attesta su questa esegesi sostenendo che «el postumo puede impugnar el testamento si goza de la condicion de *suus* o de *legitimus*. Hasta ahi la remision a la sucesion *iure civili*. De forma inmediata Ulpiano introduce la *bonorum possessio sine tabulis*, con objeto de explicar la legitimacion de los simples cognados». Cfr. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 209.

⁵²⁹ Il cui testo è: *Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patrem familias facit.*

⁵³⁰ Il cui testo è: *Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt.*

⁵³¹ Il cui testo è: *Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere: verum enim est familiae eriscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.*

⁵³² Il cui testo è: *Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse.*

dell'agire del querelante. Esso investe della questione di inofficiosità l'apparato giudiziario allo scopo non semplicemente di vedere accertata la violazione dell'*officium*, che poteva comportare, come già detto, il biasimo della collettività, ma per ottenere in tutto o in parte i beni dell'asse. L'interesse sotteso è pur sempre quello volto all'implementazione del proprio patrimonio attraverso l'acquisto dei cespiti ereditari cui si pretende di avere titolo. Si può pertanto immaginare, sviluppando un pensiero non nuovo in dottrina⁵³³, che la *querela inofficiosi testamenti* e l'azione volta al conseguimento dei beni fossero esperite in concorso tra loro, dando vita ad un vero e proprio processo cumulativo⁵³⁴, in cui la seconda domanda doveva essere giudicata solo in caso di esito positivo della prima⁵³⁵. La flessibilità del processo cognitorio, cui peraltro faceva difetto la distinzione in due fasi⁵³⁶, propria invece dei sistemi giudiziari civili precedenti, consentiva tale possibilità, generando in questo modo un risparmio sia in termini economici per l'attore sia in termini di tempo per l'apparato giudiziario, e favorendo un esito delle cause necessariamente collegato, riducendo al minimo l'eventualità, dovuta, magari, ad errori, di giudicati contrastanti. Va notato, preliminarmente, che tale cumulo si configurava come una possibilità, rimessa alla libera scelta dell'attore, per cui va esclusa qualunque motivazione di carattere procedurale, che ne avrebbe, invece, imposto autoritativamente l'obbligatorietà.

La connessione mi pare possa desumersi da un frammento ulpiano, in cui si cita un responso di Papiniano:

⁵³³ Come già avevo rilevato in precedenza, il Voci aveva sostenuto la connessione di *q.i.t. rescindente e p.h.* Da rigettare per il tempo in cui il processo era quello centumvirale, essa va ripresa e accolta per il periodo in cui la *q.i.t.* aveva come sistema processuale di riferimento il procedimento *extra ordinem*. Infatti «di questo procedimento è propria l'indifferenza per la forma individuale delle singole azioni (ch'è invece caratteristica essenziale dell'*ordo iudiciorum privatorum*); quindi è inevitabile che, data la possibilità di esperire insieme la *qit.* e la *hereditatis petitio* ... ne segua un accostamento e una specie di fusione tra i due istituti». È proprio la conclamata flessibilità a consentire un esame congiunto delle due domande che «possono con facilità essere riunite, in modo che si ottengano trattazione e decisione univoche: dove non sono da rispettare le forme dell'*ordo*, il risultato è inevitabile». Ciò sembra confermato, inoltre, dal fatto che «l'età postclassico-giustiniana, la quale non conosce altra forma di procedimento che la *cognitio*, concepisce la *qit.* come causa particolare della *hereditatis petitio* ...: questa costruzione non poté derivare che dalla pratica della *cognitio*». P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 707 ss.

⁵³⁴ Cfr. sul punto C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 316 ss.

⁵³⁵ Si potrebbe, pertanto, parlare, di un nesso di pregiudizialità-dipendenza tra le cause, nella specie di un nesso di accessorietà. Si tratta «di un rapporto di connessione che, ferma l'identità soggettiva, si caratterizza per il fatto che la pretesa che forma oggetto della domanda accessoria, pur essendo autonoma, trova il suo titolo nella pretesa che forma oggetto della domanda principale: in virtù di tale nesso di pregiudizialità logico-giuridica l'accoglimento della domanda accessoria presuppone di regola l'accoglimento della domanda principale». C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 318-319.

⁵³⁶ V. per questa come per le altre caratteristiche delle *cognitiones extraordinariae* G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo 'extra ordinem'*. I. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, 11 ss.

Ulp. 14 *ad ed. D. 5.2.8.8*: ... *si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere*⁵³⁷

Il testo, riportato da me solo in parte, pone la questione della impugnazione del testamento da parte di due soggetti parimenti legittimati, in quanto fratelli entrambi diseredati. Uno dei due, tuttavia, ha ottenuto, ovviamente a titolo particolare (presumibilmente un legato), un lascito che, ragguagliato per valore alla quota *ab intestato*, ne rappresenta il quarto. Come più avanti si vedrà, l'ottenimento della *quarta pars* impedisce l'esperimento dell'azione e, pertanto, ad incardinare il rimedio giudiziario è solo un fratello. Egli, secondo Papiniano, *si dica(t) inofficiosum, non debe(t) petere* tutta l'eredità, ma solo la metà poiché un pari diritto sui beni accampa anche il fratello non impugnante. Da cosa desumiamo che le azioni esperite sono due? Ogni sentenza del giudice, per usare una terminologia moderna utile come categoria euristica, è circoscritta nella sua efficacia da una doppia serie di limiti: i limiti oggettivi e quelli soggettivi del giudicato. I primi attengono alla 'quantità di realtà giuridica' accertata con quell'atto giudiziario, porzione che non può più essere oggetto tra le stesse parti di un nuovo giudizio. I secondi invece involgono il novero di persone tra le quali l'accertamento ha valenza di irretrattabilità, per il quale dunque non è più possibile andare davanti ad un giudice. La regola cardine è che il giudicato 'fa stato' solo tra le parti di un processo. Il rimedio giudiziario esperito nel frammento riguarda solo un fratello, per cui la sentenza non dovrebbe valere per l'altro, per il quale il testamento rimane valido come anche la diseredazione che contiene. Se nel caso di specie fosse stata esperita un'azione petitoria con accertamento incidentale dell'inofficiosità il testamento sarebbe stato eliminato per intero e i beni sarebbero andati tutti al diseredato. Papiniano tuttavia ci dice che l'attore non deve rivendicare tutta l'eredità, ma solo la metà. Di conseguenza dovrebbe immaginarsi che il soggetto-figlio agisca sin dall'inizio per la metà dei beni, richiedendo, parimenti, la rescissione del testamento per la metà.

A contrario per l'altra metà il testamento rimane valido e i beni ricadenti in quella parte non andranno al fratello non impugnante, rimanendo invece agli eredi scritti. Il giurista è chiaro, però, nel giustificare la doverosità dell'impugnazione limitata sulla base del fatto che non può ambire a tutto l'asse poiché deve tener conto della posizione del fratello. Ma costui non può agire perché ha la *quarta pars*

⁵³⁷ Riporto qui il testo intero del passo, per completezza: *Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem faciat qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati. Et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querella excludit.*

e la pronuncia ha rescisso il testamento solo nella parte che non lo riguarda, mantendolo inalterato per l'altra metà. Non si capisce allora l'iniziale impossibilità ad agire per una quota maggiore della metà. Perché Papiniano dovrebbe limitare la rivendica dei beni giustificandolo con la presenza del fratello che, tuttavia, non può venire all'eredità nella qualità di erede (poiché per lui il testamento rimane valido e produttivo di effetti) e non può eliminare il testamento (poiché ha la *quarta*)?

È più semplice pensare ad un'azione autonoma volta alla rescissione totale del testamento. A seguito della stessa si apre la successione legittima cui concorreranno in parti uguali i due fratelli, per la *dimidia* entrambi. E in conseguenza di ciò l'azione vindicatoria deve essere limitata alla metà. Essa viene esperita sulla base del risultato dell'azione precedente che ha, in via di primo effetto, rescisso il testamento e, in via di riflesso, comportato l'apertura della successione legittima. Le domande sono, pertanto, due, connesse tra loro, ed esercitate nel medesimo giudizio.

Un addentellato si può riscontrare anche, mi pare, nel passo di Papiniano che già abbiamo analizzato, D. 5.2.15.2⁵³⁸. L'azione, come ci è sembrato, milita inequivocabilmente per una natura rescindente della querela, e ciò abbiamo ricavato dalla cronologicamente successiva e pertanto processualmente distinta, azione vindicatoria dei beni. L'elemento da sottolineare ora è che, in contrasto apparente con la nostra ipotesi sul processo cumulativo, non vi è il contestuale esperimento delle domande. Tuttavia si può benissimo ritenere che la distinzione cronologica sia dovuta alla situazione possessoria dei beni. Se l'erede scritto, contro il quale va esercitata la *q.i.t.*, non si trova nel possesso dei *corpora hereditatis*, difetta di legittimazione passiva all'azione vindicatoria. Se i beni sono nella disponibilità di un terzo, il querelante deve incardinare (contro l'erede scritto) il rimedio demolitorio per vedersi riconosciuto il titolo di *heres* sulla cui base esercitare contro il terzo la *vindicatio rei*, che altrimenti non avrebbe potuto esperire. Infatti una domanda reale contro l'*heres scriptus* non possessore sarebbe stata respinta per difetto di legittimazione passiva del convenuto; una domanda *in rem* autonoma dalla rescissione del testamento contro il terzo possessore avrebbe avuto esito negativo poiché l'attore non avrebbe avuto un titolo peggiore rispetto a quello del possessore, in quanto non (ancora) erede. Insomma la distinzione qui è dipesa dalla conformazione della fattispecie nel caso concreto, potendosi ipotizzare che l'attore

⁵³⁸ Pap. 14 *quaest.* D. 5.2.15.2: *Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere: verum enim est familiae eriscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.*

avrebbe esercitato contestualmente le due azioni nel caso in cui, nella persona del convenuto, si fossero sommate la qualità di erede scritto e quella di possessore.

Un terzo riscontro si può ricavare, ancora, da un passo già analizzato, escerpito dal secondo libro delle questioni del giurista Scevola⁵³⁹. A suo tempo avevo ipotizzato una duplice lettura, restituente una differente natura della *q.i.t.* Il nodo del contendere risiede nel riferimento ad una *vindicatio* che pare tanto potersi ascrivere alla funzione intrinseca della *querela*, quanto ad un'azione distinta esperita sulla base della prima. Ritengo di poter rigettare la prima possibilità, in quanto la maggior parte delle fonti di cui disponiamo per la cd. *querela cognitio* militano, mi pare, per una sua ricostruzione in termini rescindenti e pertanto risulta più sensata l'interpretazione del passo conforme all'ipotesi che trova più appigli.

La *q.i.t.* è dunque autonoma rispetto alla petizione dell'eredità, ma il fatto che il giurista dica che non si possa esperire nessuna azione tranne la *vindicatio* vuol dire che la stessa presenta un collegamento particolare con la *querela*. Non pare privo di concretezza ritenere che il 'blocco' delle azioni non riguardi la *petitio* perché già esercitata in subordine al rimedio rescindente. I due strumenti giudiziali sono talmente collegati che la domanda di ottenimento dei beni è quasi un corollario della domanda demolitoria.

In conclusione⁵⁴⁰, mi pare convincente sostenere l'usuale esercizio contestuale della *querela inofficiosi testamenti*, rimedio strutturalmente autonomo

⁵³⁹ Scaev. 2 *quaest.* D. 5.2.20: *Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere (totiens enim ea indulgenda est, quotiens, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor, ut interim et possideat et alatur et actionibus praeiudicium non patiatur: qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere nec ali), ne unquam melioris sit condicionis, quam si confitetur adversarius.*

⁵⁴⁰ Avviandoci alle conclusioni è, tuttavia, doveroso ritornare su un passo che milita in senso opposto alla mia tesi, senza che sia possibile, a prima vista, ricondurlo a sistema. Ci si riferisce a Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.13: *Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querellam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.* Nelle pagine precedenti avevo sostenuto come il giurista severiano presupponesse, nella logica del paragrafo, una *querela* strutturata in termini di rimedio petitorio. Per vero, la precisione terminologica che si deve ascrivere al giureconsulto non lascia spazio a dubbi di sorta sul significato di *petere*, che pertanto connota la l'azione di inofficiorità nella sua ontologia. A questo dato va aggiunto che, con buon grado di verosimiglianza, la fattispecie aveva riferimento al processo *extra ordinem* poiché, se non mi inganno, non era concepibile la domanda riconvenzionale nel processo per *legis actiones*. In conseguenza ci troviamo dinanzi ad una *querela* che (seppur esperita *in modum contradictionis*) ha natura petitoria, nell'ambito, però, della *cognitio*, sistema per il quale, invece, la restanti fonti paiono suffragare una funzione rescindente dell'azione in esame. Per cercare di dare una spiegazione si possono sollevare due ipotesi: a) Ulpiano dà qui conto di una fattispecie limite – non abbiamo infatti alcun altro passo che attesti una simile conformazione processuale della *q.i.t.* – in cui la *querela* petitoria veniva esercitata al di fuori dell'*ordo*. Potrebbe quindi trattarsi di un 'ibrido', in cui la vecchia funzione viene abbinata al nuovo procedimento. Il giurista severiano, nel commentario all'editto che costituisce la più cospicua e completa trattazione sulla *q.i.t.* che possediamo, ci restituisce una *querela* costituente una sorta di anello di congiunzione, un momento di transizione tra l'antico rimedio petitorio *per legis actiones*

e volto alla rescissione del testamento, e della *vindicatio hereditatis*⁵⁴¹, tendente all'ottenimento dei beni ereditari e funzionalmente collegata alla prima azione.

17. *La 'querela inofficiosi testamenti' come azione esclusivamente 'extra ordinem'.*

Alla luce di quanto esposto, si può concludere sostenendo che la 'questione d'inofficiosità del testamento' nacque in seno al tribunale dei *centumviri*, ove venivano giudicate le cause in materia d'eredità: l'azione coincideva con una *vindicatio hereditatis*, esperita secondo la liturgia quiritaria, ma in modo differente, a seconda che il legittimario fosse *agnatus* o semplice *cognatus*. Tuttavia, parallelamente al consolidarsi della giurisdizione del tribunale dei cento, sorse e progressivamente si perfeziò la via *extra ordinem*, che, incipiata da Augusto, divenne a poco a poco – e probabilmente già al cominciamento dell'età severiana – la via prediletta di accesso alla giustizia per i legittimari che intendevano dolersi di un'ingiusta esclusione dalla successione di uno stretto congiunto.

In uno all'affermarsi della giurisdizione imperiale, è possibile che il rimedio abbia mutato la sua struttura: se è vero che le fonti analizzate sembrano provare che all'origine lo strumento d'inofficiosità aveva carattere vindicatorio, è altrettanto vero che i brani giuridici successivi – per lo più estratti da opere d'età severiana – paiono restituire i contorni di un mezzo esclusivamente rescindente, cui però, sulla scorta del Voci, ho reputato di 'associare' pure l'azione di rivendica del patrimonio ereditario, che il *iudex* avrebbe potuto decidere dopo aver risolto (positivamente per il legittimario) la questione della violazione dell'*officium pietatis*.

ed il nuovo strumento rescindente *extra ordinem*. Oppure b) Ulpiano nel riferimento alla *petitio* fondeva (duplicità di) rimedio e interesse dell'attore, facendo assurgere il fine dell'agire a elemento connotante esclusivamente la fattispecie. Cioè si potrebbe leggere il caso in modo conforme allo situazione procedurale del tempo, supponendo la *q.i.t.* rimedio rescindente cui si accompagnava, quale elemento 'naturale', la rivendica. Il convenuto avrebbe potuto resistere in giudizio proponendo come riconvenzionale la querela, connessa con la domanda petitoria, proposta in subordine, in virtù del nesso di accessorietà, in un andamento perfettamente speculare al *modum* ordinario. La simmetria è, infatti, esplicitata dal giurista che non avverte distinzione di sorta tra l'azione diretta e quella avanzata *in modum contradictionis*. Il riferimento esclusivo alla *petitio* si potrebbe, pertanto, ascrivere all'assolutizzazione dell'*Interessenlage* sotteso a tutta la sua attività processuale, indirizzata *in primis* a respingere la pretesa dell'attore, *in secundiis* a mantenere, sotto l'egida di un accertamento giudiziale conferente un titolo foriero di stabilità acquisitiva, i beni di cui già materialmente dispone.

⁵⁴¹ Da notare che «nelle fonti tardo-classiche si prevede, a favore del *bonorum possessor*, anche una *hereditatis petitio possessoria*, la cui genuinità era negata dalla critica interpolazionistica. Appare, ora, preferibile l'opinione che almeno i giuristi severiani abbiano ammesso questo mezzo giudiziario, il che corrisponde alla diffusione della *bonorum possessio cum re* ed ovvia alle manchevolezze della tutela offerta dal *quorum bonorum*». M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 705. Sul punto, più nello specifico, v. il lavoro di R. QUADRATO, '*Hereditatis petitio possessoria*', cit., 1 ss.

Ciò detto, mi sentirei di avanzare un'ulteriore ipotesi, prendendo spunto dalla teoria del Di Lella⁵⁴²: come si ricorderà, l'autore distingue il regime del testamento inofficioso dal regime della *querela inofficiosi testamenti*, specificando come nella prima partizione temporale non esistesse un'azione autonoma di inofficiorità, mentre essa sorse solo nella seconda fase, potendo contemporaneamente essere esperita davanti ai *centumviri* e davanti al *iudex extra ordinem*.

Orbene, ritengo che codesta ricostruzione colga nel segno: ma – a mio parere – l'azione di inofficiorità non fu mai azione autonoma se esperita dinanzi al tribunale centumvirale (neppure dopo la codificazione dell'editto pretorio, come sostiene il Di Lella), rimanendo essa sempre coincidente con la *vindicatio hereditatis*.

Viceversa, la questione di inofficiorità divenne *querela inofficiosi testamenti* solo nell'ambito della cognizione straordinaria del giudice imperiale (o di suoi delegati/funzionari).

Alcuni indizi mi fanno pensare a questo esito: innanzitutto, la *querela* (chiamata proprio con questo nome) compare solo in fonti d'età severiana⁵⁴³, mentre né Valerio Massimo né Plinio il Giovane – che ampiamente conoscevano i giudizi centumvirali – si riferiscono ad essa con la sua 'denominazione tecnica'; anche a voler considerare le fonti giuridiche più 'antiche', né Giuliano né Marcello né Scevola usano tale nomenclatura, ripiegando verso l'espressione più anodina di *inofficiosum testamentum dicere*⁵⁴⁴.

Inoltre, il termine stesso '*querela*' sembra condurre verso una forma di doglianza sollevata dinanzi al magistrato: ne è prova Val. Max. 7.7.5 – che rimane però caso eccezionale –, ma di *querela* dovè trattarsi anche nelle fattispecie di Val. Max. 7.7.3 e 7.7.4 le quali, pur esse eccezionali, diedero l'abbrivio alla cognizione imperiale sull'inofficiorità. Inoltre, è noto all'ordinamento romano un altro

⁵⁴² V. L. DI LELLA, '*Querela*', cit., 126 ss.

⁵⁴³ V. Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.1; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8 pr.; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.3; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.4; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.7; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.8; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.9; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.10; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.13; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.15; Mod. 3 *resp.* D. 5.2.11; Mod. *lib. sing. praescrip.* D. 5.2.12.2; Pap. 5 *quaest.* D. 5.2.14; Pap. 14 *quest.* D. 5.2.15.1; Paul. 3 *resp.* D. 5.2.21 pr.; Paul. 3 *resp.* D. 5.2.21.1; Paul. 3 *resp.* D. 5.2.21.2; Ulp. 48 *ad Sab.* D. 5.2.24; Ulp. 2 *disp.* D. 5.2.25 pr.; Ulp. 2 *disp.* D. 5.2.25.1; Paul. *lib. sing. sept. iud.* D. 5.2.31.1; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.4.8 pr.; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.4.10.5; Tryph. 19 *disp.* D. 37.4.20 pr.; Ulp. 44 *ad ed.* D. 38.5.1.8

⁵⁴⁴ V. Marcel. 3 *dig.* D. 5.2.3; Marcel. 3 *dig.* D. 5.2.5; Marcel. 3 *dig.* D. 5.2.10 pr. (il quale potrebbe, peraltro, ben riferirsi al processo *extra ordinem*); Scaev. 2 *quaest.* D. 5.2.20.

strumento a cui si fa riferimento col termine *querela*⁵⁴⁵: esso è la *querela non numeratae pecuniae*, che è mezzo ricondotto alla giurisdizione *extra ordinem*⁵⁴⁶.

Come si è notato, poi, numerosi sono i riferimenti disseminati nel titolo 5.2 alla flessibile movenze di una liturgia promanante dall'*imperium* del *princeps*: ne sono prova le allusioni al *iudex* (che non poteva essere di certo il giudice formulare, non competente in tema di inofficiorità), all'appello, all'intervento e al gravame che poteva essere interposto dai beneficiari di disposizioni a titolo particolare.

Del resto, i riferimenti ai *centumviri* sono affatto sporadici nel predetto titolo⁵⁴⁷: esplicitamente il loro 'ricordo' compare solo due volte, mentre è dubbio che in altre fattispecie – pur ricondotte alla decisione del succitato collegio – l'evocazione dei *centumviri* sia implicita.

Si consideri il seguente brano di Marcello:

Marc. 3 dig. D. 5.2.10 pr.-1: *Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit sequi eius partis sententiam quae secundum testamentum spectavit: nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit. 1. Illud notissimum est eum qui legatum perceperit non recte de inofficioso testamento dicturum, nisi id totum alii administravit.*

Il giurista (che, come noto, era componente del *consilium principis* di Marco Aurelio⁵⁴⁸) affronta il caso di un giudizio di inofficiorità sottoposto alla cognizione di un organo collegiale: quest'ultimo si sarebbe diviso, propendendo una parte di esso per la declaratoria della violazione dell'*officium pietatis*, virando l'altra parte per la reiezione della domanda attorea. Ebbene, per il giurista è 'più umano'⁵⁴⁹ che,

⁵⁴⁵ Termine che, per A. PERNICE, *Parerga. Der sogenannte Realverbalkontrakt*, in ZSS, XIII, 1892, 277 ss. farebbe sempre riferimento a un processo *extra ordinem*. Per uno sguardo sulla dottrina che si è occupata del tema v. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 175 ss.

⁵⁴⁶ Sullo strumento v. M.R. CIMMA, *'De non numerata pecunia'*, Milano, 1984, 160 ss.; G. FERRARI, voce *'Querella non numeratae pecuniae'*, in NNDI, XIV, Torino, 1967, 673, ma anche l'utile voce di M.J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana*³, Madrid, 1988, 291. Lo ritiene strumento *extra ordinem* anche M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, 129.

⁵⁴⁷ V. Scaev. 3 resp. D. 5.2.13; Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr.; adde Paul. 10 quaest. D. 34.3.30 pr.

⁵⁴⁸ V. L. GAROFALO, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, 13.

⁵⁴⁹ Sul concetto di *humanitas* e sulla sua importanza ai fini del progresso del diritto, specie a partire dall'età successiva alla codificazione dell'editto v. L. GAROFALO, *L'humanitas*, cit., 16 ss., per il quale «isterilitosi il *ius honorarium* [dopo l'intervento di Giuliano e Adriano], gli unici interpreti delle esigenze sprigionanti dall'*aequitas*, anche sotto il profilo formale, rimanevano i giuristi, unitamente al principe, con cui collaboravano: solo loro erano in grado di tradurre quelle

in caso di parità, prevalga la posizione di coloro che vogliono salvaguardare il testamento, salvo che sia acclarato che essi abbiano sentenziato in modo iniquo. Il passo continua, al § 1, con l'illustrazione della regola – per vero non proprio coerente con il caso esposto nel *principium* – per cui se il legittimario ha percepito il legato lasciategli dal testatore, decade dalla facoltà di dolersi dell'inofficiosità del testamento.

Sebbene sia opinione consolidata che i *iudices* evocati da Marcello fossero i *centumviri*⁵⁵⁰, mi pare che a tale conclusione un colpo importante sia stato inferto dalla rilettura operata dall'Arcaria, per il quale il consesso giudiziario sarebbe stato quello settemvirale, operante *extra ordinem*. Le motivazioni addotte sono: a) dove il passo (al § 1) fa menzione della circostanza che era notissima la preclusione dell'azione di inofficiosità per il legittimario che avesse ricevuto il legato conferitogli dal defunto, il giurista, per l'autore, «faceva riferimento ad un principio, quello ... della decadenza dalla *querela inofficiosi testamenti* di chi avesse comunque mostrato di riconoscere le disposizioni testamentarie, che apparteneva unicamente alla *querela cognitio*»⁵⁵¹; b) il brano allude a un collegio che si sarebbe diviso in due *partes*: tuttavia, all'epoca del giureconsulto il tribunale centumvirale contava quattro sezioni, ognuna composta da 45 membri, di talché «sembra, se non proprio impossibile, certamente assai inverosimile ipotizzare che all'interno di quella sezione centumvirale di cui parlerebbe Marcello nel *principium* non si fosse raggiunta una maggioranza»⁵⁵²; c) non potrebbe essere addotto contro la giurisdizione settemvirale che quest'ultimo organo non poteva porre un problema di parità di voti, essendo composto da un quantitativo dispari di giudici, poiché si potrebbe facilmente obiettare che «anche i *septemviri* sarebbero potuti rimanere in numero pari e, quindi, avrebbero ben potuto esprimere parità di voti, in seguito all'astensione di uno di essi»⁵⁵³.

esigenze in nuove soluzioni tanto normative, sia pure sempre di impianto casistico, quanto interpretative e applicative del diritto preesistente. Essi non godevano però di uno spazio creativo illimitato: le decisioni che prospettavano dovevano invero presentare comunque un margine di compatibilità con l'ordinamento complessivo, pur caratterizzato dal *ius controversum*, in cui si calavano. Per questo è probabile che i *prudentes*, specie allorché avvertissero l'opinione propria (o del principe) come di rottura, tale cioè da forzare il sistema senza peraltro vulnerarlo, sentissero nel contempo il bisogno di rinvigorirne la solidità attraverso l'espresso richiamo ora dell'*aequitas* ora dell'*humanitas*, che pur stava dentro alla prima, a seconda di quella che apparisse loro più pertinente».

⁵⁵⁰ Così F. BOZZA, *Sulla competenza*, cit., 50, 54, 62 e nt. 5, 64 e 74; C. SANFILIPPO, *Studi*, cit., 195 e nt. 2; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 105, anche se non è certo; P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 692, nt. 75; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 5; S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 171.

⁵⁵¹ V. F. ARCARIA, *'Septemviralia iudicia'*, cit., 81 s.

⁵⁵² V. F. ARCARIA, *'Septemviralia iudicia'*, cit., 82 s.

⁵⁵³ V. F. ARCARIA, *'Septemviralia iudicia'*, cit., 83.

Di poi, si ha notizia, come ampiamente messo in luce, di una fertile attività giudiziaria (*decreta*) e normativa (*rescripta*) dei principi *in subiecta materia*: si è ipotizzato, sulle orme del Kaser, che il consesso centumvirale venisse sempre più raramente adito dai legittimari a partire dall'età adrianea, in favore della cognizione imperiale. Significativamente, poi, l'attività interpretativa della giurisprudenza inizia – o almeno noi abbiamo attestazione di questo – solo con l'età adrianea, per intensificarsi sotto i Severi: di talché, mettendo insieme questi indizi – ma, ripeto, è congetturale – mi sembra che si possa ragionevolmente sostenere che i tre giuristi di cui ci sono conservati più frammenti in tema di inofficiosità, ossia Ulpiano, Papiniano e Paolo, commentassero pressoché esclusivamente l'azione di inofficiosità *extra ordinem*, ossia la vera e propria *querela inofficiosi testamenti*, essendo ormai disseccata (anche se forse non del tutto sopita) la via centumvirale⁵⁵⁴.

⁵⁵⁴ Questo potrebbe anche fornire una spiegazione alla perplessità sollevata da P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 724 il quale adduce – a sostegno della sua idea secondo cui la *querela* ha sempre avuto, sia nella liturgia sacramentale d'anziché ai *centumviri* sia nell'agone cogniziale, una efficacia rescindente – che «ci è pervenuta una sola trattazione sistematica sulla *qit.*: quella che Ulpiano ha scritto nel libro XIV *ad edictum*, e che i compilatori hanno riportato nelle Pandette. Nessun dubbio che l'originale doveva essere più ampio e compiuto: ma dal testo, così com'è attualmente, si desume ancora un ordine organico di trattazione ... Ma appunto di una trattazione sola: l'esperienza dei commentari ulpianei c'insegna che, quando i mezzi giuridici sono più d'uno, la trattazione è separata (valgano gli esempi della duplicità di azioni, civili e *in factum*, in materia di deposito, comodato, mandato, *negotiorum gestio*). Ulpiano trattava della *querela*, cioè di una *querela*, con riferimento alla possibilità che dava la *cognitio*».

CAPITOLO TERZO

Caratteristiche dell'azione di inofficiosità

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La personalità dell'azione e la sanzione dell'indegnità a seguito della soccombenza. – 3. La graduazione dell'impugnazione. – 4. La prescrizione dell'azione. – 5. L'accettazione del *iudicium defuncti*. – 6. La sussidiarietà della *querela inofficiosi testamenti*. – 7. Retroattività dell'efficacia rescindente dell'azione. – 8. Intervento dei legatari e facoltà di interporre appello in caso di *collusio* tra querelante ed eredi scritti. – 9. La *portio debita* intesa come presupposto dell'impugnazione. – 10. Modi di attribuzione della *portio*. Tra negozio testamentario ed innovazioni ulpianee. – 11. Emersione del presupposto della *quarta pars*. – 12. Ipotesi circa il motivo della sua introduzione. Istituzione d'erede in quota irrisoria e riflessione affinatrice della giurisprudenza. – 13. Altri presupposti minori. – 14. L'effetto della sentenza di inofficiosità: la rescissione del testamento come archetipo dell'efficacia costitutiva della pronuncia giudiziale.

1. *Premessa.*

L'azione di inofficiosità testamentaria ha subito, nel corso della sua storia, una progressiva opera di definizione e di specificazione: nata in seno all'attività del collegio dei *centumviri*, si è poi evoluta grazie all'intervento dapprima degli imperatori, di poi della giurisprudenza. Tale duplice apporto contribuì a plasmare il mezzo giudiziario, specie nella delineazione dei presupposti e nelle sue principali caratteristiche. È doveroso premettere che non è semplice collocare cronologicamente e processualmente ogni condizione, dato che, com'è noto, nel titolo delle Pandette dedicato al testamento inofficioso potrebbero essere confluiti anche frammenti di giuristi che commentavano l'azione esperita secondo il rito quiritario: giusta la conclusione tratta alla fine del precedente capitolo, tuttavia, mi sembra che la maggior parte dei lacerti siano da ricondurre alla 'vera e propria' *querela inofficiosi testamenti*, cioè al rimedio incardinato dinanzi al un *iudex extra ordinem*. Ad esso si farà, dunque, riferimento nella trattazione che seguirà.

2. *La personalità dell'azione e la sanzione dell'indegnità a seguito della soccombenza.*

Già nelle pagine precedenti si è lumeggiato il carattere ingiurioso discendente dall'esclusione, che un giudice ha accertato essere priva di motivazione, dal testamento di una persona che vanti un particolare vincolo di sangue con il *de cuius*. Tale *iniuria*, da me posta a fondamento dell'azione, produce i suoi effetti limitatamente alla sfera affettiva, sociale e giuridica dell'escluso, affidando solo alla volontà di quest'ultimo la scelta di esperire o meno il rimedio. Tuttavia, nonostante siffatto carattere personale dell'azione dovuto alla natura altrettanto personale del fatto giuridicamente rilevante contro cui si rivendica una tutela, anche uno stretto parente del diseredato/pretermesso può agire (in sostituzione del primo), salvo non vi sia stata una manifestazione di volontà contraria da parte del soggetto che sarebbe unico legittimato. Ciò emerge da un passo già noto, la cui esegesi è, però, legata tradizionalmente alla configurazione della *bonorum possessio litis ordinandae gratia*.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8 pr.: *Papinianus libro quinto quaestionum recte scribit inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: ipsius enim iniuria est ...*

Il padre può intentare l'azione ma solo in nome del figlio ed esclusivamente con la sua approvazione: un diniego rivolto all'iniziativa processuale dell'ascendente condannerebbe l'azione all'insuccesso difettando la legittimazione ad agire. Qualora, tuttavia, tale veto non fosse posto, il padre potrebbe esercitare la querela anche nel caso in cui non potesse far valere in un separato processo alcuna pretesa, essendo per lui il testamento pienamente officioso. Ciò di cui si discute è, infatti, solo la *iniuria* arrecata al *filii* come anche Trifonino ricorda:

Trif. 17 *disp.* D. 5.2.22 pr.: *Filius non impeditur, quo minus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet vel adisset hereditatem, quamquam in eius esset potestate: nec prohiberi patrem dixi iure filii accusare: nam indignatio filii est*⁵⁵⁵.

Il giurista discorre di *indignatio*, termine col quale fa riferimento alla ingiuriosa violazione del dovere pietativo, sottolineando, come già accennato, il *vulnus* arrecato alla sfera della *dignitas* dell'escluso.

L'esperimento dell'azione, peraltro, non inficia in alcun modo la posizione giuridica del sostituto processuale che in caso di soccombenza non incorre nella sanzione dell'indegnità.

⁵⁵⁵ Cfr. E. RENIER, *Étude*, cit., 133.

Infatti nell'eventualità di esito negativo dell'impugnazione è previsto che al querelante venga tolto, a favore del fisco⁵⁵⁶, ogni lascito del quale era stato onorato nel testamento.

È Ulpiano a tramandarci questa particolare forma di indegnità a succedere⁵⁵⁷, emergente *ex post* e non sussistente *ex ante*, legata all'esigenza di sanzionare eventuali azioni temerarie. La querela, infatti, persegue un'ingiuria ma può essa stessa divenire fonte di offesa, anzi il suo stesso esercizio, in virtù del *fumus* di inofficiosità che avvolge l'esclusione di un congiunto, dstando nella collettività l'immediata disapprovazione dell'atto, è foriero di *iniuria* per la memoria dell'ereditando⁵⁵⁸.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.14: *Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere et id fisco vindicari quasi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam iudicum lite improba perseveraverit: ceterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur quod datum est: proinde et si absente eo secundum praesentem pronuntietur, potest dici conservandum ei quod accepit. Eo autem solo carere quis debet, cuius emolumentum ad eum pertinet: ceterum si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri. unde non male Papinianus libro secundo responsorum refert, si heres fuit institutus et rogatus restituere hereditatem, deinde in querella inofficiosi non optinuit, id quod iure Falcidiae potuit habere solum perdere.*

Anche in questo caso opera una finzione, racchiusa nel *quasi indigno* con cui il giurista giustifica l'effetto cagionato dalla soccombenza. Il frammento rende conto di una completa regolamentazione dell'istituto, tracciandone le eccezioni e

⁵⁵⁶ Salvo che vi fosse un sostituto: è il caso di Paul. Sent. 4.5.10: *Heres institutus habens substitutum si de inofficioso dixerit nec obtinuerit, non id ad fiscum, sed ad substitutum pertinebit.* L'erede istituito, che ha un sostituto, agisce con la *querela* e non vince: i beni costituenti l'oggetto dell'istituzione d'erede non vengono devoluti al fisco, bensì al sostituto. La dottrina si è interrogata su chi dovesse essere questo sostituto: in particolare, ci si è chiesti «se la sostituzione ha un'accezione tecnica, nel senso di istituzione di erede subordinata all'impossibilità di acquisto da parte del primo istituito, oppure [se] i termine sostituto [sia] utilizzato in un senso più ampio del termine, comprendendo anche i discendenti dell'erede istituito». Cfr. A. GUASCO, *L'indegnità a succedere. Tra 'bona ereptoria' e 'diritto di rappresentazione'*, Napoli, 2018, 19. Possibile, però, che qui la locuzione abbia significato tecnico.

⁵⁵⁷ Su cui v. G. LAVAGGI, *L'indegnità a succedere*, cit., 76 ss.; E. NARDI, *In tema di indegnità*, cit., 450 ss.;

⁵⁵⁸ L'imperatore Caracalla, in un rescritto del 239, definisce la querela esercitata senza un motivo per opporsi alla (giusta) volontà del testatore come *calumniosam inofficiosi actionem adversus iustum iudicium testatoris* e aggiunge che *non debetis instituere*. Cfr. *Imp. Antoninus A. Liciniano et Diogeniano* C. 3.28.12.

specificando quando lo stesso possa dirsi operante. È necessario, innanzitutto, che la lite *improba*⁵⁵⁹ sia sfociata in una sentenza di rigetto della richiesta, non attivandosi la sanzione in caso di abbandono della causa prima della pronuncia; l'assenza del querelante, che sancisce la vittoria della parte avversa, non fa scattare l'indegnità del primo, poiché non è stato possibile un completo accertamento in contraddittorio e pertanto esso conserverà quanto ha ricevuto; inoltre passeranno al fisco solo i beni che per il querelante costituivano un *emolumentum*, non la quota intera gravata da un fedecommesso.

A corroborare quest'ultima fattispecie, evidentemente non incontrastata tra gli interpreti, viene citata l'opinione di Papiniano, per il quale la soccombenza, nella lite, di colui che era stato istituito erede con la richiesta di dare per fedecommesso l'eredità, produce l'indegnità a succedere solo nei limiti di quanto sarebbe andato a suo esclusivo vantaggio, cioè la parte corrispondente alla Falcidia⁵⁶⁰.

Tale sanzione, come si diceva, colpiva solo il titolare della posizione giuridica legittimante l'impugnazione, non il soggetto che materialmente aveva esercitato l'azione⁵⁶¹. Pertanto si poteva dare il caso di un padre beneficiato da un legato e agente *de inofficioso* in nome del figlio. L'eventuale sconfitta, che avrebbe avvalorato l'efficacia del testamento, non lo avrebbe privato del lascito.

⁵⁵⁹ Per A. GUASCO, *L'indegnità*, cit., 56 s. e nt. 75 il querelante doveva aver agito «in mala fede» di talché «il fisco, nell'agire per l'*ereptio* avrebbe dovuto dimostrare al *praetor fiscalis* che il querelante aveva agito in mala fede, presupposto questo per procedere all'ablazione del patrimonio ereditario a lui assegnato col testamento dichiarato in un precedente giudizio rispettoso dell'*officium pietatis*». Sul testo v. anche E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, 88.

⁵⁶⁰ V. ancora A. GUASCO, *L'indegnità*, cit., 57 s.

⁵⁶¹ Cfr. Trif. 17 *disp.* D. 5.2.22.1-3: 1. *Et quaerebatur, si non optinisset in accusando, an quod patri datum est publicaretur? Quoniam alii commodum victoriae parat et in hac causa nihil ex officio patris, sed totum de meritis filii agitur. Et inclinandum est non perdere patrem sibi datum, si secundum testamentum pronuntiatum fuisset.* 2. *Multo magis si mihi legatum testator dedit, cuius de inofficioso testamento filius agens decessit me herede relicto, egoque hereditariam causam peregi et victus sum: id quod mihi eo testamento relictum est, non perdam: utique si iam defunctus agere coeperat.* 3. *Item si adrogavi eum, qui instituerat litem de inofficioso testamento eius qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filii nec optinero: perdere me legatum non oportet, quia non sum indignus, ut auferatur mihi a fisco id quod derelictum est: cum non proprio nomine, sed iure cuiusdam successionis egi.* E ancora lo stesso Tryph. 5 *disp.* D. 34.9.22: *Tutorem, qui pupilli sui nomine falsum vel inofficiosum testamentum dixit, non perdere sua legata, si non optinuerit, optima ratione defenditur et, si libertum patris pupilli sui nomine capitis accusaverit, non repelli a bonorum possessione contra tabulas, quia officii necessitas et tutoris fides excusata esse debet. nec quisquam iudicum calumnia notabit tutorem, qui non suis simultatibus accusationem sub nomine pupilli instituit, sed cogente forte matre pupilli vel libertis patris instantibus. et si tutor reum aliquem postulaverit pupilli nomine et ideo non sit executus, quod interim ad pubertatem pupillus pervenerit, non oportet dici in Turpillianum eum senatus consultum incidisse. discreta sunt enim iura, quamvis plura in eandem personam devenerint, aliud tutoris, aliud legatarii: et cum non suae personae iure, sed pupilli accusaverit, propriam poenam mereri non debet. denique pupillo relicta in eo testamento, nisi a principe conservata sint, pereunt: adeo ille est accusator, is defensor et quasi patronus. idem et Sabinus libris ad Vitellium scripsit.*

3. La graduazione dell'impugnazione.

La querela ammette per sua natura un numero plurimo di soggetti al suo esperimento, purché legati al *de cuius* da un vincolo almeno cognatizio. Si è chiarito che un elenco rigido di legittimati alla stessa non si ebbe fino a Diocleziano, ma la giurisprudenza, già nell'età severiana, era giunta ad una delimitazione 'sostanziale', ammonendo le persone che potessero vantare solo un grado di parentela oltre quello di fratello/sorella a non intentare l'azione, pur sempre esperibile formalmente, perché la pretesa sarebbe andata incontro ad un rigetto. Tale perimetrazione, pertanto, dovette essere frutto della prassi dei tribunali, non inclini ad accogliere le domande di tutela avanzate da soggetti verso i quali non era riscontrabile un netto dovere pietativo, salvaguardando per questa via il testamento. I congiunti che potevano sperare di esercitare utilmente il rimedio erano, dunque, discendenti, ascendenti, fratelli/sorelle, ma le domande non erano tra loro in un rapporto di perfetta 'parità assiologica'.

Vi era infatti una graduazione all'interno del novero dei legittimati, che vedeva la pretesa dei discendenti al vertice della gerarchia, seguita da quella degli ascendenti, relegando all'ultimo posto la richiesta di tutela proposta dai fratelli. Qualora il *de cuius* abbia escluso tanto un figlio quanto il genitore, in capo ad entrambi sorge il potere di attaccare il testamento, ma le cause non possono essere esperite congiuntamente, poiché la domanda del figlio è di ordine precedente e l'esercizio dell'azione da parte dello stesso impedisce al padre l'instaurazione della causa che lo riguarda. Si pone, a questo punto, il quesito se, in caso di soccombenza del figlio ovvero nell'eventualità in cui egli non possa o non voglia agire, l'ascendente possa esercitare l'azione facendo valere la sua esclusione.

Nelle Pandette è conservata l'opinione di Paolo, in un frammento che presenta i tratti di un possibile intervento riassuntivo dei compilatori⁵⁶².

Paul. lib. sing. sept. iud. D. 5.2.31 pr.: Si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est. Et placuit posse, ut fiat successioni locus.

Secondo il giurista in caso di rifiuto od impossibilità ad agire da parte del primo legittimato, vi è la successione nell'azione, consentendo al legittimato di ordine posteriore di intentare la causa. Probabilmente il passo originario conteneva anche l'argomentazione suffragante tale possibilità, ma, come ho detto, una

⁵⁶² P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 675 per il quale «è strano che un giurista apra una *quaestio* con un *videndum*, per concluderla immediatamente con un *placuit*. Il *placuit*, evidentemente, dà solo il risultato».

possibile interpolazione giustiniana ha eliso parte del testo, ritenendola ormai inutile a fronte di una situazione ormai cristallizzata e condivisa nel senso della concepibilità della successione.

Papiniano, infatti, non ha dubbi sull'esperibilità del rimedio, da parte del padre, in subordine alla soccombenza del figlio dell'ereditando.

Pap. 5 quaest. D. 5.2.14: Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit: emancipatus suscepto postea filio, duobus exhereditatis patre praeterito vita decessit. In quaestione de inofficiosi testamenti praecedente causa filiorum patris intentio adhuc pendet. Quod si contra filios iudicetur, pater ad querellam vocatur et suam intentionem implere potest.

La pretesa del padre, durante l'azione del figlio, è definita pendente. Essa si trova pertanto in uno stato di quiescenza: è esistente ma non può essere attivata giudizialmente, dovendosi attendere la conclusione del processo di grado precedente.

La graduazione è il riflesso, sul piano procedurale, della gerarchia dei successibili *ab intestato*. Com'è noto, il sistema appresta una disciplina che tutela con maggior pregnanza la posizione dei figli, in un'ottica di fisiologico andamento della vita, basato sulla dipartita del padre prima dei discendenti. Infatti in caso di morte di un soggetto che non ha redatto testamento i primi chiamati all'eredità sono proprio i figli, che pertanto acquistano l'intero asse mentre i genitori, *agnati* o *cognati*, possono accettare un'eventuale vocazione solo a seguito di assenza, rifiuto, impossibilità a succedere dei primi.

La priorità della posizione dei discendenti si ha anche nel caso in cui l'acquisto dei beni ereditari sia avvenuto, da parte del padre, in virtù di un titolo successorio accordatogli comunque dall'ordinamento. È il caso di

Pap. 2 resp. D. 5.2.16.1: Contra tabulas filii possessionem iure manumissionis pater accepit et bonorum possessionem adeptus est: postea filia defuncti, quam ipse exheredaverat, quaestionem inofficiosi testamenti recte pertulit: possessio, quam pater accepit, ad irritum reccidit: nam priore iudicio de iure patris, non de iure testamenti quaesitum est: et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est.

L'ascendente ottenne dal pretore la concessione della *bonorum possessio contra tabulas*, con cui superare il testamento del figlio emancipato: il titolo successorio fatto valere era, qui, quello di *parens manumissor*, di talché non gli fu necessario esperire la *querela*. Tuttavia, il *de cuius* aveva – nelle proprie *tabulae* – anche diseredato la figlia *in potestate*: ella incardinò correttamente la *querela* nei

confronti del nonno possessore bonitario, all'esito della quale ebbe – correttamente secondo Papiniano – l'eredità con tutti i suoi frutti.

4. La prescrizione dell'azione.

L'azione, nel corso del tempo⁵⁶³, fu sottoposta ad un termine breve di prescrizione⁵⁶⁴, di durata quinquennale⁵⁶⁵. Di essa ci informano Ulpiano e

⁵⁶³ Alla luce della ricostruzione dell'azione effettuata nel precedente capitolo, sono portato a ritenere che nel procedimento instaurato davanti ai *centumviri* secondo la liturgia sacramentale – quando la questione di inofficiosità era nulla più che una *vindicatio hereditatis* ovvero un'azione personale incentrata su una *sponsio praeiudicialis* – non vi fosse prescrizione: del resto, «*legis actiones* e successivamente azioni civili spettano in perpetuo», come evidenziato da M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 2. Viceversa, «è nell'ambito della *extraordinario cognitio* che la prescrizione trova un terreno più favorevole di sviluppo ed è nello stesso ambito che affiora e si afferma sempre più, come motivo ispiratore, l'esigenza della certezza dei rapporti giuridici» (p. 3). Dubitativa L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione civile per decorso del tempo nel diritto romano. Profili generali*, in *TSDP*, III, 2010, 65 ss. per la quale «l'unica eccezione al principio della perpetuità delle *legis actiones* potrebbe individuarsi nella prescrizione quinquennale della procedura di rescissione del testamento inofficioso (poi evolutasi nella *querella inofficiosi testamenti*), che, alla sua comparsa, sul finire dell'età repubblicana, si svolgeva dinanzi ai *centumviri*, ancora secondo il rito delle *legis actiones*. Ma l'eccezione è, forse, solo apparente: sulla applicazione *ab origine* della prescrizione quinquennale alla *querella inofficiosi testamenti*, e quindi sulla natura processuale della figura in oggetto, gravano seri dubbi, perché a fronte di quanti propendono per inquadrare le origini della *querella* nell'ambito della procedura formulare, alcuni ritengono invece assai più probabile che la prescrizione quinquennale si applicasse solo nell'ambito della *extraordinaria cognitio*».

⁵⁶⁴ Sulla perdita dell'azione per decorso del tempo v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione*, cit., 1 ss.; M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 1 ss.: in particolare, per la *querela inofficiosi testamenti* considera le p. 129 ss.

⁵⁶⁵ Oltre alle fonti che ci apprestiamo a commentare, sussiste un passaggio, contenuto nell'epistola pliniana che reca menzione del testamento di Pomponia Galla (Plin. Min. 5.1): vicenda che vede impegnato in prima persona Plinio il Giovane, in cui pare che l'azione di impugnativa dell'atto di ultima volontà si prescrivesse in due anni, al tempo dell'orazione, quindi a cavaliere tra I e II sec d.C. Plinio infatti, rivolgendosi ad Asudio Curiano per presentargli il progetto di transazione chiesto dai coeredi per scongiurare la prosecuzione della *q.i.t.*, dice che *scis te non subscripsisse mecum, et iam biennium transisse omniaque me usu cepisse*. Vi è il riferimento ad un'usucapione biennale dei beni ereditari, che avrebbe messo ormai al sicuro l'acquisto dell'oratore, contro cui l'azione non era stata esercitata. Ma, sostiene il Voci, «la cosa non ha senso: l'erede istituito non ha bisogno di ricorrere all'*usucapio*, che, d'altra parte, nella sua figura di *usucapio pro herede*, è annuale». Per cui si potrebbe ipotizzare, secondo lo studioso, che «il biennio fosse un termine di prescrizione», considerando non sicura la lezione del testo. P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 712, nt. 37. Per il Ribas Alba, sulla scorta dell'opinione appena riportata, «es erronea la relación con la usucapion», ma altresì equivoco si presenta il passo se riferito alla prescrizione. In questo caso tuttavia consente per lo meno di asserire che un termine prescrizionale era previsto anche per la *querela* esperita dinanzi ai *centumviri*. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 232. Da ultimo si è occupata del passo la Coppola Bisazza (sviluppando spunti risalenti al pensiero del Solazzi) secondo la quale l'iscrizione del termine biennale all'istituto dell'usucapione è corretto. Infatti «il termine biennale di cui parla Plinio è ... il termine richiesto per usucapire anche la *res soli*, mentre quello annuale, che invece bastava per usucapire qualunque cosa facente parte di una *hereditas*, e che venne revocato solo in seguito ad un *senatusconsultum* del tempo di Adriano, e

Modestino, le cui opinioni, seppur contenute in frammenti formalmente distinti (benchè contermini), vanno lette congiuntamente.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.17: *Plane si post quinquennium inofficiosum dici coeptum est ex magna et iusta causa, libertates non esse revocandas, quae competierunt vel praestitae sunt, sed viginti aureos a singulis praestandos victori*⁵⁶⁶.

La seconda fonte è escerpita dal *liber singularis de inofficioso testamento*, opera monografica che Modestino aveva dedicato al rimedio, di cui abbiamo traccia in D. 5.2.9.

Si autem intra quinquennium egerit, libertates non competunt. Sed Paulus ait praestaturum fidei commissas libertates, scilicet viginti aureis et in hoc casu a singulis praestandis.

Entrambi i passaggi afferiscono alla salvezza o meno delle manomissioni disposte nel testamento. Ulpiano sostiene che *plane* in caso di esercizio dell'azione dopo il *quinquennium* le manomissioni prestate non possono in alcun modo essere revocate. Tuttavia, qualora il rimedio sia esperito nel periodo successivo in base ad una *magna et iusta causa*, il liberto, sebbene secondo la regola generale conservi la libertà, deve pagare al querelante vittorioso venti monete d'oro, a compensazione del nocumento patrimoniale che la manomissione ha prodotto all'asse. In sostanza il frammento pone una deroga al principio della totale irrilevanza *ab origine* di un testamento acclarato come inofficioso, all'interno, peraltro, di una fattispecie limite in cui l'azione è incardinata dopo i cinque anni di prescrizione, sussistendo una giusta causa la cui decifrazione è impossibile. Può essere considerata, forse, come una situazione legittimante una rimessione in termini⁵⁶⁷.

quindi presumibilmente ancora in vigore nell'età del nostro, non poteva essere invocato nell'ipotesi in questione». G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 76. Cfr. altresì G. GULINA, *La 'querela'*, cit., 309 ss. Convinto che si tratti di termine per l'usucapione anche M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 130 e nt. 75.

⁵⁶⁶ Per il Voci il principio contenuto nel frammento dovette probabilmente essere di Papiniano, con una probabile interpolazione che ha eliso il riferimento al giurista. Infatti «secondo quanto afferma Papiniano, 6 *quaest.*, 122, D. (40,4) 47, Severo stabilì il pagamento di 20.000 sesterzi da parte dello schiavo manomesso, in caso di libertà prestata dall'erede per l'adempimento di un fdc. disposto in un codicillo falso: Papiniano estende la norma alla manomissione compiuta dall'erede *adimplendae condicionis causa*, quando il testamento risulta inofficioso o falso. Ulpiano accettava l'opinione di Papiniano». P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 684 nt. 58.

⁵⁶⁷ Per S. CUGIA, *L'invalidità totale della istituzione d'erede*, Napoli, 1913, 56 «Ulpianus molto probabilmente faceva l'ipotesi della *in integrum restitutio* concessa contro la prescrizione della *querella*, forse al minore».

Una tale configurazione è corroborata dal frammento di Modestino che, in apertura, ribadisce il principio generale della totale inefficacia di una manomissione disposta testamentariamente in caso di esito positivo dell'impugnazione esercitata *intra quinquennium*. Tuttavia è tramandato anche il pensiero di Paolo che, un po' stranamente per taluno⁵⁶⁸, ritiene debbano essere eseguite le manomissioni disposte per fedecommissio⁵⁶⁹, sebbene il testamento sia stato demolito con azione incardinata nei termini, con l'unico obbligo in capo al liberto di pagare venti monete auree⁵⁷⁰.

A torto questi passi sono stati sospettati⁵⁷¹: ma in realtà, come ha ben rilevato l'Amelotti, «classico è l'affermato rapporto tra prescrizione della *querella* e validità delle manomissioni testamentarie ... classica è la sottrazione alla *querella*, pur tempestivamente esercitata, delle manomissioni fedecommissarie, ma limitatamente a quelle già compiute»⁵⁷².

⁵⁶⁸ Per Voci la soluzione paolina è solo «dettata da puro spirito di benevolenza». P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 684 nt. 58.

⁵⁶⁹ Sulle libertà fedecommissarie v. F.M. SILLA, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova, 2008, 1 ss.

⁵⁷⁰ Sul punto potrebbe essere seguito il pensiero del La Pira secondo cui Modestino non intendeva che «le libertà lasciate per fedecommissio debbano essere prestate: egli diceva che le libertà fedecommissarie *già prestate* non potevano essere revocate. E ciò perché, quantunque il testamento venga rescisso, e quindi vengano rescisse tutte le disposizioni che in esso hanno fondamento, non possono tuttavia essere annullati quegli effetti rispetto ai quali il testamento funge da *causa remota*. Ora le libertà già prestate ex fideicommissio hanno fondamento *nell'atto di manomissione* esecutivo del fideicommissio». G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 467. Mi pare sulla stessa linea anche M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 132, nt. 79 per il quale le manomissioni «sono state dal testamento sollecitate ma sono nate per il diritto dall'atto di manomissione esecutivo del fedecommissio».

⁵⁷¹ V. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 466 ss. e in generale l'*Index Interpolationum*. Si pronuncia per una manipolazione anche S. CUGIA, *L'invalidità*, cit., 56 ss.

⁵⁷² V. M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 132, nt. 79. Peraltro il termine quinquennale di prescrizione dell'azione è già noto al tempo di Antonino Pio, come emerge da Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.3.7 pr.-1: pr. *Si quis libertatem ex testamento sibi competisse dicat, non debet iudex de libertate sententiam dicere, ne praeiudicium de testamento cognituro faciat: et ita senatus censuit: sed et divus Traianus rescripsit differendum de libertate iudicium, donec de inofficioso iudicium aut inducatur aut finem accipiat. 1. Ita demum autem sustinentur liberalia iudicia, si iam de inofficioso iudicium contestatum est: ceterum si non contestetur, non exspectantur liberalia iudicia: et ita divus Pius rescripsit. nam cum quidam Licinnianus de statu suo quaestionem patiebatur et, ne maturius pronuntiaretur de condicione sua, nolebat ad liberale iudicium ire, dicens suscepturum se de inofficioso testamento iudicium et petiturum hereditatem, quia libertatem et hereditatem ex testamento sibi defendebat: divus Pius ait, si quidem possessor esset hereditatis Licinnianus, facilius audiendum, quoniam esset hereditatis nomine iudicium suscepturus et erat in arbitrio eius, qui se dominum esse dicit, agere de inofficioso testamento iudicium. nunc vero sub obtentu iudicii de inofficioso testamento ab ipso Licinniano non suscepti per quinquennium non debere moram fieri servituti. plane summatim aestimandum iudici concessit, an forte bona fide impleretur iudicium de testamento: et si id depraehenderit, praestituendum modicum tempus, intra quod si non fuerit contestatum, iubeat iudicem libertatis partibus suis fungi.* Il passo è peraltro molto interessante: qui Ulpiano tramanda la regola per cui il giudizio di inofficioritas testamentaria non può essere pregiudicato da altre azioni. In particolare, si espone il caso di un'azione di libertà *ex testamento*, la

Ulpiano e Modestino furono, inoltre, protagonisti di una disputa riguardante il momento di decorrenza della prescrizione⁵⁷³: tale problema sarà però esaminato nel capitolo dedicato alla configurazione della *querela inofficiosi testamenti* nella legislazione giustiniana, cui pertanto rinvio.

5. L'accettazione del *'iudicium defuncti'*.

quale non può giungere a sentenza fintantoché non venga decisa la causa di inofficiosità incardinata parallelamente da un legittimario: questo perché l'esito vittorioso della *querela* comporterebbe la caducazione del testamento e quindi pure della disposizione testamentaria costituente la base della pretesa libertà del liberto. Di talché, la causa liberale deve essere sospesa fino a quando la *querela* sia stata ritirata ovvero giunta al termine: così *senatus censuit* e rescrisse Traiano, *ne praeiudicium de testamento cognituro faciat*. Il § 1 pone un articolato caso: esso si apre con la specificazione per cui la sospensione necessaria della causa di libertà può avvenire solo se l'azione di inofficiosità sia già stata incardinata: sul punto, Ulpiano ricorda esservi un rescritto di Antonino Pio. Di poi, il giurista di Tiro si sofferma sulla fattispecie del liberto Licinniano, il quale, volendo scongiurare un giudizio di stato sulla sua persona, minaccia di *suscipere se de inofficioso testamento iudicium et petere hereditatem* (preziosa la testimonianza ulpiana anche per sottolineare come azione di inofficiosità e azione petitoria fossero distinte, ancorché esercitabili congiuntamente, secondo un *modus agendi* che si è creduto di individuare per la *querela* cd. *cognitio*: probabile quindi che la paventata iniziativa di Licinniano avesse come teatro il tribunale *extra ordinem*, ipotesi suffragata pure dal riferimento al *iudex* e non ai *centumviri*). Antonino Pio, allora, rescrisse che «se Licinniano fosse stato possessore dell'eredità, avrebbe dovuto essere ascoltato con più indulgenza, poiché sarebbe stato sul punto di sostenere il giudizio in nome dell'eredità e sarebbe spettato alla valutazione di chi affermava essere il <di lui> padrone intentare l'azione per testamento inofficioso. Ora, invero, sotto il pretesto del giudizio sul testamento inofficioso non <ancora> sostenuto dallo stesso Licinniano, non si deve ritardare *per cinque anni* la <causa sullo stato di> servitù dello stesso. Chiaramente, <il divo Antonino Pio> concesse al giudice di valutare in modo sommario se l'azione di testamento <inofficioso> fosse richiesta in buona fede; e se ciò abbia constatato, <concesse> di fissare un modico termine entro il quale, se non fosse stato istituito il giudizio <sul testamento inofficioso>, egli <Antonino Pio> avrebbe potuto ordinare al giudice <del giudizio> di libertà di svolgere il proprio compito» (traduzione tratta da *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, II, a cura di S. Schipani, con la collaborazione di L. Lantella, Milano, 2005, 44).

⁵⁷³ V. *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. 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, 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 praeparavit, ad suam posteritatem transmittet, ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciat praeparationem (a. 531).*

L'accettazione, in qualunque forma essa sia operata, della volontà del defunto impressa nel testamento impedisce l'esercizio della querela. Nella totale assenza di un elenco esplicito delle cause tipiche di accettazione⁵⁷⁴, la giurisprudenza si interrogava sul singolo caso, cercando di desumere un, seppur implicito ed indiretto, riconoscimento⁵⁷⁵ del *iudicium* dell'ereditando. Le ipotesi addotte nelle fonti sono pertanto varie, ma tutte accomunate dall'interpretazione della volontà del soggetto legittimato all'esperimento del rimedio.

Paul. *lib. sing. inoff. test.* D. 5.2.23.1: *Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt vel res singulas scientes eos heredes esse: aut conduxerunt praedia aliudve quid simile fecerunt: vel solverunt heredi quod testatori debebant: iudicium defuncti adgnosceri videntur et a querella excluduntur*⁵⁷⁶.

Paolo pone un'articolata serie di azioni compiute dal congiunto diseredato, dalle quali si arguisce che lo stesso è pervenuto ad un'accettazione delle disposizioni testamentarie: egli infatti compra l'eredità in blocco ovvero singoli cespiti, prende in affitto dei fondi ereditari, paga all'erede scritto un debito che avrebbe dovuto adempiere al testatore o compie qualcos'altro di *simile*. Il baricentro del passo è messo in rilievo dall'osservazione attinente lo stato di conoscenza dell'escluso; egli infatti compie le azioni suddette *scientes eos heredes esse*, fugando qualsivoglia dubbio concernente un errore, in grado di inficiare il processo di formazione della volontà. Paolo è poi chiaro nel tracciare le conseguenze di tali comportamenti: *iudicium defuncti adgnosceri videntur et a querella excluduntur*.

La casistica esaminata dal giurista severiano si arricchisce per mezzo della lettura di un altro frammento, escerpito dal medesimo *liber singularis de inofficioso testamento* (D. 5.2.32 pr.-1).

Si exheredatus petenti legatum ex testamento advocacionem praebuit procuracionemve susceperit, removetur ab accusatione: adgnosisse enim videtur, qui qualequale iudicium defuncti comprobavit. 1. Si legatario heres extiterit exheredatus petieritque legatum, videbimus an sit summovendus ab hac accusatione: certum est enim iudicium defuncti et rursus nihil ei ex testamento relictum verum est. Tutius tamen fecerit, si se abstinerit a petitione legati.

⁵⁷⁴ Cfr. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 235.

⁵⁷⁵ Perez Simeon parla di un «estado psicologico de resignacion, de acatamiento de la voluntad del causante». M. PEREZ SIMEON, *'Nemo'*, cit., 311.

⁵⁷⁶ Sul passo, seppur con semplici notazioni, v. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 469; S. QUERZOLI, *I 'testamenta'*, cit., 209 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 77 ss.

Il soggetto diseredato che abbia svolto attività di *advocatio* ovvero di *procuratio* in favore della persona onorata di un legato nel testamento per lui inofficioso, non potrà poi agire con la querela, poiché tra le due azioni vi è contraddittorietà logica. Con l'attività espletata nel primo caso si dimostra di aver accettato il *iudicium*, mentre con l'esercizio della querela si suppone una volontà demolitoria dell'atto.

Il responso paolino è qui, tuttavia, estremo, perché, va ricordato, la querela ha carattere personale e ciò di cui si discute è sempre essenzialmente la giustificazione dell'esclusione. L'attività di procuratore o di avvocato in una causa aliena dalla questione di inofficiosità non dovrebbe ipotecare negativamente l'esperibilità della *q.i.t.*, specie se si tiene conto che altri giuristi severiani ammettono che un padre istituito erede possa intentare l'azione *de inofficioso* facendo valere la posizione giuridica del figlio. Tale situazione implica in modo ancor più stridente un'incoerenza (se si segue l'argomentare paolino) sul piano logico, poiché il padre ha al contempo accettato per sé e rifiutato per altri il testamento. Tuttavia una tale situazione non implica illogicità se calata nella prospettiva della differente situazione giuridica soggettiva, con annessa sfera volontaristica sottesa, fatta valere. Il congiunto diseredato del frammento non agisce in giudizio chiedendo l'accertamento di una propria pretesa, ma quella di altri, sulla base, pertanto, di una volontà (ad agire) ad esso aliena.

L'eccessiva rigidità⁵⁷⁷ della soluzione emerge viepiù se confrontata con quella tramandata dal § 1 del frammento, connotata, invece, da una certa dose di prudenza⁵⁷⁸. Il diseredato è divenuto, in un periodo successivo al testamento per lui ingiurioso, ma prima dell'esperimento della querela, erede di un soggetto che nel citato atto testamentario era stato beneficiato con un legato. Si pone il problema della legittimità di un'eventuale impugnazione *de inofficioso*, tenendo conto che l'eredità del legatario è stata accettata e sulla sua base il diseredato ha chiesto l'adempimento del legato. Paolo sostiene che la decisione del congiunto è chiara (nel senso di un'accettazione del *iudicium*) e tuttavia ritiene che per fugare qualsiasi dubbio sarebbe meglio astenersi dal chiedere giudizialmente il lascito⁵⁷⁹. La soluzione è ben comprensibile nella sua esitazione, perché le situazioni giuridiche dedotte nell'azione involgente il legato e in quella *de inofficioso* sono diverse, e dunque meritevoli di una considerazione distinta.

Ma, soprattutto, va considerato che la decisione sottesa alla causa per l'adempimento del lascito presuppone solo l'accettazione della volontà del legatario, e pertanto la condivisione di quel *iudicium*, non della volontà del *de cuius*

⁵⁷⁷ Riconosciuta anche da M. PEREZ SIMEON, *'Nemo'*, cit., 311 per il quale «Paulo es especialmente duro».

⁵⁷⁸ Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 78.

⁵⁷⁹ Secondo il La Pira, tuttavia, tale riferimento nel passo paolino è forse insitico. Cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 469 nt. 3.

ingiuriante. Il diseredato agirebbe *de inofficioso* sulla base del testamento, mentre per il legato sulla base di un diritto ad esso estraneo e involgente un titolo diverso. Le pretese fatte valere hanno titolo differente e il *iudicium* da accettare non è lo stesso. Tuttavia Paolo opta per la soluzione suaccennata poiché egli non è disposto a pervenire facilmente ad una deroga del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, la cui logica frattura sarebbe stata presupposta dalla duplice e, a suo parere, contraddittoria iniziativa giudiziaria del diseredato. Infatti la querela avrebbe eliminato il testamento contenente il legato che, a sua volta, costituiva il titolo della domanda sull'opportunità del cui esercizio si discute.

Di conseguenza l'accoglimento dell'azione *de inofficioso* avrebbe implicato la necessaria impossibilità di incardinare la seconda causa, mentre l'accoglimento della domanda volta all'ottenimento del legato avrebbe supposto la originaria efficacia perdurante del testamento (oltre si analizzerà infatti l'efficacia retroattiva della sentenza rescindente di inofficiorità), dovendo consecutivamente condannare la querela ad un esito negativo. A questo punto possiamo constatare come la soluzione paolina sia connotata sì da prudenza, ma soprattutto da concretezza e buon senso, volti a non escludere in partenza l'esperibilità della querela. Si consiglia pertanto di agire dapprima con il rimedio *de inofficioso* e solo a seguito del suo giudizio incardinare la causa afferente il lascito. Se avrà vinto con la querela, otterrà l'intero asse (o una quota) e quindi anche la cosa o la prestazione oggetto del legato; se invece in essa avrà perso, si sarà pervenuti ad un accertamento della persistenza del testamento e dunque potrà richiedere il lascito.

Lo stesso Paolo tuttavia, in un altro passo⁵⁸⁰, asserisce chiaramente che se il soggetto legittimato all'esercizio della querela abbia ricevuto in legato un'utilità patrimoniale che il dante causa aveva ottenuto mediante il testamento incriminato (il giurista non specifica se l'acquisto fosse avvenuto per istituzione d'erede ovvero per altro titolo, ma sappiamo solo che nelle *tabulae* vi era la causa remota) e abbia accettato il lascito, sarà escluso dalla possibilità di esercitare la *q.i.t.* La soluzione è in contrasto con l'esito del caso precedente e più vicina alla rigidità di D. 5.2.32 pr.

Questo oscillare⁵⁸¹ del pensiero del giurista severiano, unito alla mancanza di interventi autoritativi sul punto in grado di apportare maggior certezza, fanno

⁵⁸⁰ Paul. lib. sing. sept. iud. D. 5.2.31.3: *Diversum dicemus, si legaverit mihi eam rem, quam quis ex eo testamento acceperat: nam si eam agnoscam, repellar ab accusatione.*

⁵⁸¹ Cfr. anche Paul. lib. sing. sept. iud. D. 5.2.31.2: *Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est quod de inofficioso arguere volo, non mihi nocebit, maxime si eam portionem non possideam vel iure suo possideam.* Il passaggio non contribuisce a chiarire il pensiero di Paolo, ma anzi ne aumenta la complessità. Qui il querelante *in pectore* diviene erede di colui che nel testamento da impugnare era stato istituito erede, ma, precisa il giureconsulto, se il primo non possieda la *quota hereditatis* in questione ovvero la possieda *iure suo*, non sarà respinto dalla querela.

presagire numerose dispute⁵⁸² relative all'ammissibilità dell'azione qualora fosse in discussione tale presupposto. Il principio base⁵⁸³ era ben noto a tutti, ma le concrete declinazioni che di volta in volta esso assumeva alla luce della fattispecie e agli occhi del singolo giureconsulto, dovettero legittimare soluzioni anche molto differenti da caso a caso e da giurista a giurista.

A ogni modo, preme evidenziare come i *prudentes*, secondo l'approccio casistico che connotava il loro operare, siano giunti a porre dei temperamenti a questo principio: si veda

Modest. lib. sing. de praescr. D. 5.2.12.2: *Si cum filius ademptum legatum instituerit petere, summotus repetat inofficiosi querellam, praescriptione removendus non est: quamvis enim agendo testamentum comprobaverit, tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.*

Un figlio, non istituito nel testamento, ma solo beneficiario di un legato (di valore inferiore alla *quarta pars*, su cui vedi dopo), agisce per ottenere dal terzo la restituzione del bene oggetto della disposizione a titolo particolare (è possibile che si sia posto un caso di evizione): così facendo dimostra di aver accettato il *iudicium defuncti*, accontentandosi del lascito, ma nell'azione incardinata contro il terzo risulta soccombente. A questo punto, stando a quanto si è illustrato in precedenza, egli dovrebbe aver perso la possibilità di agire *de inofficioso*, ma Modestino, sul presupposto che il testamento contenesse una sorta di 'vizio' lo ammette: non avendo egli potuto lucrare quanto lasciategli, poiché fondamentalmente il bene era di proprietà di un terzo, non è conforme a equità – verrebbe da dire – che il legittimario si trovi privato di tutto, con la conseguenza che in tal caso l'accettazione deve intendersi come *tamquam non esset*.

⁵⁸² Di tale stato di cose sembra convinta anche G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 81 per la quale «i passi analizzati sono sufficienti per farci desumere come la giurisprudenza severiana, pur concordando in linea di massima nell'individuare nell'*agnoscere iudicium defuncti* un limite all'esperimento della querela, finisse però coll'esprimere anche punti di vista differenti rispetto alle diverse ipotesi prospettate».

⁵⁸³ È ancora Paolo a tramandarlo in D. 5.2.31.4: *Quid ergo si alias voluntatem testatoris probaverim? Puta in testamento adscripserim post mortem patris consentire me? Repellendus sum ab accusatione*. V. anche Paul. 1 iur. fisc. D. 34.9.5 pr.: *Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: inofficiosum autem dicere non permittitur*; Marc. 3 dig. D. 5.2.10.1: *Illud notissimum est eum qui legatum perceperit non recte de inofficioso testamento dicturum, nisi id totum alii administravit*; Modest. lib. sing. praescr. D. 5.2.12 pr.: *Nihil interest sibi relictum legatum filius exheredatus agnoverit an filio servove relictum consecutus sit: utrobique enim praescriptione submovebitur. quin etiam si idem institutum servum priusquam adire hereditatem iuberet manumiserit, ut ille suo arbitrio adeat hereditatem, idque fraudulento consilio fecerit, summovebitur ab actione*.

6. La sussidiarietà della 'querela inofficiosi testamenti'.

Il congiunto pretermesso o diseredato può esercitare la querela solo quando non vi sia alcun altro strumento per ottenere i beni dell'*hereditas*. La nostra azione, pertanto, riveste il carattere di *ultimum adiutorium*⁵⁸⁴: tale definizione ritorna, in altra veste, in un passaggio delle *Institutiones* di Giustiniano.

I. 2.18.2: *Tam autem naturales liberi, quam secundum nostrae constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt si nullo alio iure ad bona defuncti venire possunt. nam qui alio iure veniunt ad totam hereditatem vel partem eius, de inofficioso agere non possunt. postumi quoque, qui nullo alio iure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

Per il periodo classico è ancora una volta Paolo che ricorda questo tratto connotante l'azione, in un frammento escerpito dalla monografia dedicata al testamento inofficioso.

Paul. lib. sing. de inoff. test. D. 5.2.23 pr.: *Si ponas filium emancipatum praeteritum et ex eo nepotem in potestate retentum heredem institutum esse: filius potest contra filium suum, testatoris nepotem petere bonorum possessionem, queri autem de inofficioso testamento non poterit. Quod si exheredatus sit filius emancipatus, poterit queri et ita iungetur filio suo et simul cum eo hereditatem optinebit.*

Un padre ha emancipato il figlio e trattenuto in potestà il nipote; nella redazione del testamento preterì il primo e istituì erede il secondo. L'escluso potrà chiedere al pretore la *b.p.c.t.* contro suo figlio, ma *queri de inofficioso testamento non poterit*. Diversa sarebbe la fattispecie, e dunque la forma di reazione, qualora il figlio emancipato fosse stato investito da una clausola diseredativa. In tal caso, com'è noto, non avrebbe potuto usufruire della tutela pretoria veicolata dalla *bonorum possessio contra tabulas* e pertanto la via (unica) da scegliere sarebbe

⁵⁸⁴ Cfr. Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 6.28.4.4: *Nam cum ultimum adiutorium de inofficiosi querella positum est et nemo ex alio ortus praesidio ad hanc decurrere possit, inventa fuerat filia praeterita minus habens quam filia exheredata. Cum enim per contra tabulas bonorum possessionem vel ius ad crescendi semissem substantiae filia praeterita accipiebat et omnibus legata praestare compellebatur, scilicet usque ad dodrantem suae portionis, remanebat ei sescuncia tantummodo in sua successione (a. 531).*

passata per l'azione di inofficiosità. Nonostante la differenza dei due rimedi, la conclusione sarebbe peraltro risultata la medesima, portando entrambi gli strumenti ad una divisione per metà dell'asse in virtù della clausola *de coniungendo cum emancipato filio eius* che si applicava sia in caso di *b.p.c.t* che di *b.p.sin.tab.*⁵⁸⁵, da chiedere a seguito della rescissione del testamento.

Non è previsto invece alcun ordine di esperibilità qualora il soggetto legittimato alla querela voglia impugnare il testamento per motivi diversi dall'esclusione.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.12: *Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum et inofficiosum, condicio ei deferrī debet, utrum prius movere volet.*

Il giurista è chiaro nel porre su di un piano di parità la querela e l'azione volta a far dichiarare *irritum* o *ruptum* il testamento, stante la differenza di *causa petendi*⁵⁸⁶. Per cui il diseredato può scegliere con quale mezzo giudiziario reagire, con la facoltà di incardinarli entrambi⁵⁸⁷.

7. Retroattività dell'efficacia rescindente dell'azione.

La rescissione del testamento avviene con efficacia *ex tunc*: un tanto lo si ricava da

Paul. 3 *resp.* D. 5.2.21.2: *Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querellam ab eo qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum qui superavit competere et compensationem debiti.*

⁵⁸⁵ Cfr. P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 698 ss.; L. DI LELLA, 'Querela', cit., 157 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 230 ss.

⁵⁸⁶ Cfr. P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 699.

⁵⁸⁷ Cfr. anche *Impp. Valerianus et Gallienus AA. et. Valerianus nob. C. Theodotae C. 3.28.16: Contra maiores viginti quinque annorum duplicem actionem inferentes, primam, quasi testamentum non iure sit perfectum, alteram, quasi inofficiosum, licet iure perfectum, praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest* (a. 258). La costituzione risolve un dubbio concernente l'interruzione del termine di prescrizione, essendo incerto se, incardinata l'impugnazione del testamento perché *non iure perfectum*, smetta di decorrere il termine prescizionale della querela. La risposta è negativa poiché i due rimedi sono volti al conseguimento di risultati differenti e pertanto le due azioni possono (anzi devono, per non perdere una delle due) essere esperite contemporaneamente. Da notare come il *testamentum inofficiosum* sia espressamente definito *iure perfectum*. Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 72.

Evitta l'eredità da parte del querelante, l'erede scritto – ora privato del suo titolo – potrà agire nei confronti del legittimario vittorioso per riscuotere il credito che vantava nei confronti del *de cuius* e che, all'indomani dell'*aditio hereditatis* compiuta *ex testamento*, si era estinto per confusione; inoltre potrà portare la suddetta posta attiva in compensazione con un debito verso il legittimario. Invero, scrive Paolo, la situazione sostanziale uscente dall'azione di inofficiosità deve essere conformata come se l'erede scritto mai avesse accettato: donde l'efficacia retroattiva della pronuncia giudiziale.

A volte tuttavia la completa retro-azione della situazione sostanziale non poteva verificarsi, stante l'operare di principi confliggenti. Si analizzi il caso descritto da

Ulp. 8 *disp.* D. 5.2.26: *Si sub hac condicione fuerit heres institutus «si Stichum manumiserit» et manumisisset, et posteaquam manumisit inofficiosum vel iniustum testamentum pronuntietur: aequum est huic quoque succurri, ut servi pretium a manumisso accipiat, ne frustra servum perdat*⁵⁸⁸.

Il *de cuius* ha istituito erede un tale sotto la condizione che manometta Stico, schiavo compreso nel suo patrimonio personale: il chiamato adempie alla condizione (e quindi accetta l'eredità), ma poco dopo viene vinto dal legittimario in un'azione di inofficiosità (il giurista di Tiro per vero menziona pure un'azione per *iniustum testamentum*, sottolineando che la disciplina effettuale sarebbe la medesima). Alla luce del principio sovra esposto, la situazione dovrebbe essere ricostruita com'era *quo ante*, tuttavia – lo si legge tra le pieghe del responso – ciò non è possibile, stante l'avvenuta liberazione dello schiavo, il quale *favore libertatis* non potrebbe essere richiamato in servitù: tuttavia, esigenze di equità impongono di ristorare la posizione dell'erede soccombente, che si vedrebbe al contempo privato dell'eredità e del servo. Tale riequilibrio è raggiunto imponendo al manomesso di pagare al patrono il suo valore (si noti come nel passo esaminato in precedenza e confluito in D. 5.2.8.17, in caso di manomissione di schiavo ereditario e successiva caducazione del testamento per inofficiosità, l'ammontare pecuniario era stabilito in modo fisso, a venti aurei).

8. *Intervento dei legatari e facoltà di interporre appello in caso di 'collusio' tra querelante ed eredi scritti.*

⁵⁸⁸ Sospetti d'interpolazione nutriti da S. CUGIA, *L'invalidità*, cit., 73, ma a mio modo di vedere privi di fondamento.

Da un passo ritagliato dal quinto libro delle dispute ulpianee apprendiamo come i principi siano intervenuti, mediante costituzione, a dirimere una questione che dovè avere profili di rilevante interesse:

Ulp. 5 *disp.* D. 5.2.29 pr.: *Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios et voluntatem defuncti tueri constitutum est, eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit*⁵⁸⁹.

Nel brano si tratteggia la fattispecie di un possibile accordo doloso (*suspecta collusio*) tra il querelante e gli eredi scritti, avente quale esito la soccombenza dei convenuti e dunque la rescissione del testamento: ciò, ovviamente, a tutto detrimento dei beneficiati con disposizioni a titolo particolare, tra cui i legatari, i quali avrebbero visto il loro acquisto venir meno a causa della caducazione del titolo attributivo. Ecco che, allora, viene concessa una duplice facoltà: quella di intervenire nel giudizio e quella di interporre appello avverso la sentenza che abbia pronunciato *contra testamentum*⁵⁹⁰.

Da un ulteriore frammento, questa volta tratto dal commentario ulpiano all'editto (e proprio dal libro XIV, che già si è analizzato nel primo capitolo del presente lavoro), apprendiamo che l'imperatore fautore di tale soluzione fu Antonino Pio⁵⁹¹:

Ulp. 14 *ad ed.* D. 49.1.14 pr.: *Si perlusorio iudicio actum sit adversus testamentum, an ius faciat iudex, videndum. et divus Pius, cum inter*

⁵⁸⁹ V. sul testo R. SCEVOLA, *La 'collusio' nella prospettiva della giurisprudenza classica: origini storiche, aspetti concettuali e profili rimediali*, in *'Res iudicata'*, II, cit., 219 s.; B. SANTALUCIA, *I 'libri opinionum' di Ulpiano*, I, Milano, 1971, 51 ss., per il quale il passo farebbe riferimento – a mio di modo di vedere in maniera assolutamente corretta – a un giudizio *extra ordinem*.

⁵⁹⁰ Per R. SCEVOLA, *La 'collusio'*, cit., 219 le due facoltà sarebbe strettamente collegate, al punto che lo strumento dell'*appellatio* sarebbe stato riservato «soltanto a quei successori a titolo particolare volontariamente inseritisi nel giudizio per monitorare il dipanarsi della *suspecta collusio*», non nascondendosi tuttavia che «sussistono comunque discussioni sul punto, non essendo del tutto chiaro se la facoltà di intervenire fosse stata prevista dal rescritto, oppure sia stata introdotta in un momento successivo, sì da essere contemplata *ex novo* nei passi dei giuristi severiani». A mio parere l'una attività non era necessariamente prodromica alla seconda: la 'propedeuticità' dell'intervento *ad defendendas tabulas testamenti* non emerge dal brano, che depone piuttosto per una distinzione tra le due facoltà accreditate ai legatari, rendendo quindi possibile tanto l'una quanto l'altra quanto infine entrambe. Mi convince questa conclusione anche alla luce della testimonianza di Marcian. 1 *appell.* D. 49.1.5.1, il cui testo è ricordato più avanti, ove non si fa parola dell'intervento ma solo della possibilità per i legatari e gli schiavi manomessi *ex testamento* di interporre appello.

⁵⁹¹ V. K.P. MÜLLER-EISELT, *'Divus Pius constituit'*. *Kaiserliches Erbrecht*, Berlin, 1982, 120 ss.

*coniunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare eis permisit. et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere*⁵⁹².

Come rileva Roberto Scevola, «anche in questo caso è il sospetto della *collusio* ad autorizzare il gravame, cui appaiono legittimati non solo i legatari, ma anche gli schiavi manomessi ... inoltre la disciplina dell'intervento sarebbe stata trattata separatamente alla fine del passo – inficiato, anche per tale ragione, da forti sospetti di manipolazione compilatoria – e, per concludere, si devolvrebbe la pronuncia ad un *iudex*, quando nel frammento precedente non vi sarebbero indicazioni in proposito»⁵⁹³.

Il tema della reale integrità del contraddittorio nel giudizio di inofficiosità è peraltro caro agli imperatori, come dimostra l'*epistula* vergata da Marco Aurelio e Lucio Vero, tradita da Paolo:

Paul. 2 *quest.* D. 5.2.17.1: *Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo libertates competunt et legata petuntur.*

Il giurista severiano evidenzia come all'esito della *querela inofficiosi testamenti*⁵⁹⁴ il defunto, sul presupposto (fittizio) dell'insanità mentale, venga considerato come privato della facoltà di predisporre validamente un testamento: di

⁵⁹² La facoltà di sollevare il gravame è ricordata pure da Marcian. 1 *appell.* D. 49.1.5.1: *Si heres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat, legatariis et qui libertatem acceperunt permittendum est appellare, si querantur per collusionem pronuntiatum: sicut divus Pius rescripsit.* Su questo passo, come del resto su quelli citati in corpo di testo, considerati «*loci paralleli*» (così R. FERCIA, '*Querela inofficiosi testamenti*', cit., 298) v. anche M. MARRONE, '*L'efficacia*', cit., 469 ss.; D. LIEBS, '*Ulpiani opinionum libri VI*', in *TR*, XLI, 1973, 298; R. YARON, '*Semitism in Ulpian?*', in *TR*, LV, 1987, 7.

⁵⁹³ V. R. SCEVOLA, '*La 'collusio'*', cit., 220.

⁵⁹⁴ Si tratta, infatti, a mio parere di un giudizio *extra ordinem*, come proverebbe il riferimento alla *contumacia*, cioè alla mancata partecipazione al processo dell'erede scritto: istituto, questo, ignoto alla liturgia quiritaria, che ricostruiva la fattispecie dell'assenza del convenuto nei termini in una *indefensio*. *Contra* tuttavia R. FERCIA, '*Querela inofficiosi testamenti*', cit., 296 per il quale «a seguito della *sponsio praeiudicialis* prodromica alla *legis actio per conditionem*, od al limite a quella *per iudicis postulationem*, si deve ritenere che la fattispecie riguardasse l'*heres scriptus* che contestasse la lite onde evitare le sanzioni – quali che fossero – per l'*indefensio*, ma non partecipasse poi alla fase *apud iudicem* del processo centumvirale: la parte contumace, nel contesto del *lege agere*, perdeva, infatti, la lite senza alcuno specifico controllo – diremmo oggi – 'di merito', sicché l'intervento imperiale doveva avere la funzione di evitare possibili frodi processuali in danno dei legatari e dei servi manomessi».

talchè, esso dovrebbe essere caducato in tutte le sue disposizioni, ivi comprese quelle a titolo particolare. Tuttavia, precisa ancora Paolo, ciò non accade se il giudice ha accolto la domanda del ricorrente essendo rimasto contumace l'erede scritto: in tal caso *ius ex sententia iudicis non fit* – probabile che il *ius* di cui si parla sia quello alla successione intestata, vuoi civile vuoi pretoria –, e dunque saranno dovuti i legati e avranno efficacia le manomissioni disposte dal *de cuius*.

Dalla lettura del frammento successivo apprendiamo che la precisazione sopraddetta fu opera dei *Divi Fratres*⁵⁹⁵: la loro *epistula* ci è peraltro nota grazie a Ulpiano:

Ulp. 14 *ad ed.* D. 49.1.14.1: *Quotiens herede non respondente secundum adversarium sententia datur, rescriptum est nihil nocere neque legatis neque libertatibus. et hoc divorum fratrum epistula continetur ad Domitium in haec verba: QUOD ABSENTE POSSESSORE NEC QUOQUAM NOMINE EIUS RESPONDENTE PRONUNTIATUM EST, NON HABET REI IUDICATAE AUCTORITATEM NISI ADVERSUS EUM SOLUM QUI ADESSE NEGLEXERIT. QUARE HIS, QUI TESTAMENTO LIBERTATES VEL LEGATA VEL FIDEICOMMISSA ACCEPERUNT, SALVAE SUNT ACTIONES, SI QUAS HABUERUNT, PERINDE AC SI NIHIL ESSET IUDICATUM: ET IDEO ADVERSUS EUM QUI VICIT PERMITTIMUS EIS AGERE.*

La sentenza, si legge nel passo, resa all'esito del giudizio non può acquisire l'efficacia di 'cosa giudicata' che nei soli confronti di coloro che presero parte alla contesa, con la conseguenza che per i beneficiari di disposizioni particolari le *actiones* rimangono *salvae*: «la sentenza rescindente, in altri termini, finisce, in questi casi, per avere un'efficacia soggettivamente limitata alle parti del processo, per modo che restano *salvae* le *actiones* spettanti a chi, per avventura, possa veder pregiudicate le proprie ragioni da un'ipotetica rilevanza *erga omnes* della sentenza stessa»⁵⁹⁶. Su questo presupposto, quindi, i legatari, i fedecommissari e i liberti potranno agire (i primi per ottenere il lascito a loro favore, il che fa propendere per l'idea che di legato obbligatorio si trattasse; i secondi per veder accertato il loro *status libertatis*) nei confronti dell'erede necessario vincitore, per il quale invece la sentenza esplica efficacia⁵⁹⁷.

9. La 'portio debita' intesa come presupposto dell'impugnazione.

⁵⁹⁵ V. Paul. 2 *quaest.* D. 5.2.18: *de qua re etiam constitutio exstat divorum fratrum, quae huiusmodi distinctionem admittit.*

⁵⁹⁶ V. R. FERCIA, 'Querela inofficiosi testamenti', cit., 296.

⁵⁹⁷ V. R. FERCIA, 'Querela inofficiosi testamenti', cit., 297 s.

L'azione di inofficiorità è esclusa nel caso in cui al congiunto (al quale astrattamente spetterebbe la *querela*) sia stato lasciato un complesso di utilità il cui valore sia pari alla quarta parte dell'ammontare di quanto avrebbe ricevuto a titolo di erede se il defunto fosse morto intestato. Le fonti nel riferirsi a questo presupposto parlano di *portio debita*⁵⁹⁸: essa, nel diritto giustiniano, diverrà la *legitima pars*, antesignana, almeno a livello terminologico, dell'attuale quota di legittima, che, tuttavia, presenta insuperabili differenze di struttura con la sua 'progenitrice'.

È bene specificare fin d'ora che la *quarta pars* va analizzata e considerata dal punto di vista processuale, come un presupposto dell'azione⁵⁹⁹. Nella dottrina più antica⁶⁰⁰, salvo alcune voci difformi⁶⁰¹, era consueta la caratterizzazione in termini sostanziali, come diritto del legittimario. Tuttavia una simile idea non è accettabile poiché essa non indica un *quantum* riservato al soggetto, ma la misura di un onere del testatore, da osservare per salvaguardare la perdurante efficacia del testamento ponendolo al riparo delle impugnazioni⁶⁰². Ciò emerge dall'analisi, inequivocabile, di un passo ulpiano, già citato.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.8: *Quoniam autem quarta debitaie portionis sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem faciat qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati. Et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno*

⁵⁹⁸ Cfr. Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.8 e Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.11: *Unde si quis fuit institutus forte ex semisse, cum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, et rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem, merito dicendum est nullum iudicium movere, cum debitam portionem et eius fructus habere possit: fructus enim solere in Falcidiam imputari non est incognitum. Ergo et si ab initio ex semisse heres institutus rogetur post decennium restituere hereditatem, nihil habet quod queratur, quoniam facile potest debitam portionem eiusque fructus medio tempore cogere.* Su quest'ultimo passo v. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 54 ss.

⁵⁹⁹ Analogamente L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 120 ss. che discorre di una «condizione per l'esercizio dell'azione di inofficiorità»; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 52 per il quale la quarta parte aveva «essenzialmente natura e funzione di impedimento processuale»; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 239; M. PEREZ SIMEON, *'Nemo'*, cit., 312 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 54 ss.

⁶⁰⁰ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 676 ss. che parla della *portio debita* come della «quantità minima che l'erede necessario ha diritto di conseguire»; Cfr. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 239, nt. 234 per i riferimenti alla letteratura precedente.

⁶⁰¹ Cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 468 ss. per il quale «il lascito della legittima è soltanto causa di esclusione dall'esperienza della querela; il diritto di successione del cognato, infatti, non è diretto ad una quota legittima, ma abbraccia, anzi, virtualmente, l'intera eredità»; cfr. anche M. MARRONE, *'Querela inofficiosi testamenti'*, cit., 136 ss.

⁶⁰² Cfr. L. MENGONI, *Successioni*, cit., 3 s.

*plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querella excludit*⁶⁰³.

L'interrogativo posto al giurista è se il diseredato che non intenta l'azione poiché ha la *quarta pars* debba essere tenuto in conto a seguito della declaratoria di inofficiosità del testamento, cagionante l'apertura della successione legittima con le consecutive vocazioni *ex lege*. A dirimere la questione è richiamata l'opinione di Papiniano, per il quale senza dubbio egli dovrà essere considerato, a tal punto che l'azione petitoria susseguente, intentata dal querelante vittorioso, non potrà che avere come *petitum* solo la metà dell'asse, subendo la concorrenza del pari diritto del non impugnante. Preme sottolineare che la proposizione causale posta in posizione capitale del frammento sottolinea vigorosamente il nesso eziologico tra l'attribuzione di un certo ammontare di beni e l'impossibilità di incardinare la querela. Proprio il fatto di aver ottenuto per una via differente rispetto all'istituzione d'erede un complesso di elementi patrimoniali specificato nel suo valore frazionario impedisce l'impugnazione del testamento: tale valore è stabilito, come già si è detto, in un quarto della quota *ab intestato*, ma la *quarta pars* di per sé non è quota di eredità⁶⁰⁴.

Ulp. 14 ad ed. D. 5.2.8.9: Quarta autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa: sed an et libertates quartam minuant, videndum est. Et numquid minuant? Nam si, cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam, Falcidia autem libertates non minuit: potest dici deductis libertatibus quartam ineundam. Cum igitur placet quartam minui per libertates, eveniet ut, qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem inofficiosi querellam excludat: nisi forte hic filius, si non fuit in potestate, a patre heres institutus merito omittit hereditatem et ad substitutum transmittens querellam inofficiosi instituet, vel ab intestato citra edicti poenam habeat hereditatem.

⁶⁰³ Sul passo cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 51 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 239 ss. con prospettiva sulle varie letture interpretative del frammento; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 63 s.

⁶⁰⁴ Cfr. L. MENGONI, *La successione*, cit., 3 ss. per il quale «i romani non sono mai giunti – né potevano giungere, data la regola *nemo pro parte* ... – a concepire la *legitima* come quota di eredità o, più precisamente, porzione di beni il cui valore è il numeratore di una quota ereditaria riservata al legittimario. In nessuna fase del suo sviluppo storico, complesso e oscuro, la disciplina romana è riuscita ad associare l'idea della *legitima (portio debita)* all'idea di riserva ereditaria». Ciò, ovviamente, non esclude che la porzione di beni potessero essere attribuita per il mezzo dell'istituzione d'erede e quindi a titolo di quota di eredità. Si vuole solo specificare che essa non era necessariamente tale e aliena, pertanto, dall'idea della riserva, tipica, al contrario, dei popoli germanici.

La quarta, infatti, va calcolata⁶⁰⁵ dedotti i debiti e le spese del funerale, mentre si discute circa l'incidenza delle manomissioni. L'opinione del giurista è che anche queste ultime vadano conteggiante e pertanto andrà dedotto il valore degli schiavi manomessi⁶⁰⁶. Il montante è quindi stabilito dall'operazione aritmetica di sottrazione al *relictum* di tutti gli elementi negativi, risultando un valore rappresentativo dell'utile netto.

10. Modi di attribuzione della 'portio'. Tra negozio testamentario ed innovazioni ulpianee.

Questa *portio bonorum*⁶⁰⁷ può essere attribuita al congiunto a vario titolo⁶⁰⁸ e anche per questa via, dunque, si rifugge dalla possibile qualificazione come *quota hereditatis*. Essa è oggetto di un legato ovvero di una donazione, sia *inter vivos*⁶⁰⁹ che *mortis causa*, oltrechè, ovviamente, di una istituzione d'erede⁶¹⁰, così come può

⁶⁰⁵ Il patrimonio è considerato al tempo della morte del testatore come risulta da *Imp. Antoninus A. Ingenuo C. 3.28.6: Cum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum mortis tempore testator reliquit, inspicitur* (a. 212).

⁶⁰⁶ Cfr. 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*. Il passo utilizza probabilmente materiali ulpianei, per cui si può considerare espressione di diritto classico.

⁶⁰⁷ Cfr. L. MENGONI, *Successioni*, cit., 4.

⁶⁰⁸ Cfr. M. PEREZ SIMEON, 'Nemo', cit., 314 per cui «la porcion debida es un valor y, por lo tanto, no tiene relevancia el titulo por el que se adjudique».

⁶⁰⁹ Non così per P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 677 che argomenta da Mod. 3 resp. D. 5.2.11: *Etiam si querella inofficiosi testamenti optinuerit, non ideo tamen donationes, quas vivus ei perfecisse proponitur, infirmari neque in dotem datorum partem vindicari posse respondi*. Il giurista severiano sostiene che in caso di esito vittorioso della *querela inofficiosi testamenti* non devono essere 'invalidate' le donazioni ovvero le doti conferite in vita dal *de cuius* al querelante. Il passo è alquanto enigmatico: in ogni caso, a mio modo di vedere, se Modestino avesse voluto escludere la 'utilizzabilità' di donazioni in vita e doti come mezzi per esaudire l'onere di conferimento della *quarta* non avrebbe detto che a seguito del gravame tali disposizioni rimanevano efficaci. Vero è piuttosto che, almeno Ulpiano, come si vedrà, ammetteva la *donatio inter vivos* con clausola di imputazione alla *quarta*. È piuttosto possibile che il passo di Modestino sia da porre in correlazione con l'azione di impugnazione della donazione inofficiosa, di cui in età severiana si vedono le prime avvisaglie (cfr. cap. VI).

⁶¹⁰ Forse anche tramite fedecommesso, su cui v. Ulp. 14 ad ed. D. 5.2.8.10: *Si conditioni parere testator heredem iussit in persona filii vel alterius qui eandem querellam movere potest et sciens is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querella excludatur: adgnovit enim iudicium. idem est et si legatarius ei vel statuliber dedit. et potest dici excludi eum, maxime si heredem ei iusserat dare: ceterum si legatarium, numquid semel natam inofficiosi querellam non peremat legatarii oblatio? cur ergo in herede absolute diximus? quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella. ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam iudicium moveatur oblatio ei fiat eius quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur; v. anche Ulp. 14 ad ed. D. 5.2.8.11: *Unde si quis fuit institutus forte ex semisse, cum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, et rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem, merito dicendum est nullum**

(rectius: deve) essere lasciata in caso di *divisio parentis inter liberos*, in presenza di legittimario discendente⁶¹¹. Tuttavia, secondo me, il ventaglio di disposizioni citate non dovette essere sempre così composto, ma venne ad ottenere un progressivo ampliamento nel corso del tempo.

Ci si soffermi su di un breve passo ulpiano in tema di *donatio mortis causa*.

Ulp. 14 *ad ed. D. 5.2.8.6*: *Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem eius quod ad eum esset perventurum, si intestatus pater familias decessisset, puto secure eum testari.*

Ulpiano si chiede se un padre che ha lasciato al figlio una quantità di beni corrispondente al valore dell'utile della quarta parte della quota *ab intestato* a titolo di *donatio mortis causa* abbia redatto testamento *secure*. La risposta è affermativa ma il verbo utilizzato, *puto*, sottintende, a parer mio, l'espressione di una semplice opinione personale⁶¹², non suffragata da un dato giuridico sicuro, bensì espressione di una prassi non ancora affermata ovvero prima avvisaglia di una modalità di attribuzione della *pars* al tempo in discussione, cui l'autorevolezza di Ulpiano offrì un vincente contributo.

Se si accoglie questa idea si deve ammettere che all'epoca della giurisprudenza severiana la donazione per causa di morte non era ammissibile come strumento all'uopo utilizzabile per salvaguardare il testamento, limitandosi all'istituzione d'erede e al legato le disposizioni utili, in quanto clausole testamentarie. Il problema di carattere strutturale che ostacolava la diffusa

iudicium movere, cum debitam portionem et eius fructus habere possit: fructus enim solere in Falcidiam imputari non est incognitum. ergo et si ab initio ex semisse heres institutus rogetur post decennium restituere hereditatem, nihil habet quod queratur, quoniam facile potest debitam portionem eiusque fructus medio tempore cogere. Per un conferimento tramite fedecommesso si esprime positivamente P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 677.

⁶¹¹ V. *Imp. Antoninus A. Florentino C. 3.28.8 pr.*: *Parentibus arbitrium dividendae hereditatis inter liberos adimendum non est, dum non minus, qui pietatis sibi conscius est, partis quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere quarta ex iudicio parentis obtineat.* <a. 223 pp. Vii id. Feb. Maximo II et Aeliano cons.>. Ha sottolineato L. DESANTI, *Dominare la prassi. I rescritti diocleziani in materia di successioni*, in *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. Eck e S. Puliatti, Pavia, 2018, 550 che «come si ricava dalle parole *parentibus arbitrium dividendae hereditatis inter liberos adimendum non est*, il rescritto presuppone l'esistenza della *divisio inter liberos* e precisa che il padre – nel ripartire i beni tra i figli all'interno del testamento – deve rispettare la cosiddetta *portio debita* (ossia assegnare a ciascun figlio la quarta parte di quanto gli sarebbe spettato *ab intestato*); altrimenti il testamento sarebbe stato impugnabile con la *querela inofficiosi testamenti* e quindi rescisso». La tematica sarà poi affrontata anche da Diocleziano e Massimiano, in un rescritto serbato in *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Fortunato C. 3.36.21*: *Si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater communis iudicio suo qualicumque iudicio suam declaravit voluntatem, inter eos qui successerunt, exemplo Falcidiae retentionis habita ratione, familiae dividendae causa datus arbiter (virili praeterea portione eorum, quae nulli specialiter vel generaliter adsignavit, facta divisione) in adiudicando patris sequetur voluntatem.* <a. 294 VI k. Dec. CC. cons.>

⁶¹² Analogamente A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 53.

utilizzazione per questo fine della donazione afferisce probabilmente al fatto che tale negozio era formalmente distinto dal testamento, alieno, pertanto, dal disciplinamento di quella successione, a differenza di *heredis institutio* e *legatum* la cui esistenza era agevolmente coglibile dalla semplice lettura dell'atto. Il *puto* ulpiano è manifestazione della possibilità che i due negozi giuridici intrecciassero i loro effetti, dando vita ad un forma, seppur embrionale, di collegamento negoziale, frutto della flessibilità che spesso connota il pensiero del giurista di Tiro.

È infatti lo stesso giureconsulto severiano ad ammettere che non solo la donazione per causa di morte, ma anche quella *inter vivos* possa essere ritenuta, qualora il suo valore corrisponda a quello della *portio debita*, in grado di impedire l'esperibilità dell'azione, purchè vi sia stata l'espressa indicazione da parte del donante di imputarla a tale *portio*.

Ulp. 2 disp. D. 5.2.25 pr.: *Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet aut, si minus habeat, quod deest viri boni arbitrato repleatur: aut certe conferri oportere id quod donatum est*⁶¹³.

Anche qui il verbo è indicativo di un'idea assolutamente innovativa, che non trova riscontro nelle regole del tempo e che invece Ulpiano introduce per via interpretativa, apportando il correttivo dell'espressa imputazione alla legittima. Nel caso in cui il valore della cosa donata non sia sufficiente, il donatario querelante *in pectore* potrà agire *de inofficioso*, ma sarà costretto alla collazione della donazione; ovvero potrà vedere implementato il suo lascito in una misura confacente all'*arbitrium boni viri*⁶¹⁴, in modo da bloccare sul nascere l'impugnativa del testamento previo ristoro patrimoniale dell'aspettativa del congiunto. Quest'ultima

⁶¹³ Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 68 s.

⁶¹⁴ In sostanza il donante poteva apporre alla donazione la clausola di implementazione secondo l'*arbitrium boni viri*, in virtù della quale gli eredi scritti, a richiesta del legittimario leso, dovevano trasferire allo stesso cespiti ereditari in un valore sufficiente a ristorare la lesione e conseguentemente a impedire l'esperimento della querela. La richiesta da parte del querelante *in pectore* è per la Coppola Bisazza imprescindibile: per l'autrice infatti «è da credere ... che ancora durante l'età dei Severi l'erede legittimo non fosse costretto a chiedere il *supplementum*, ma potesse pretendere l'impugnativa del testamento, sebbene fosse comunque obbligato, in questo caso alla *collatio* dei beni ricevuti in vita dal *de cuius*». G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 69. Per parte mia, come spiegherò meglio nel prossimo capitolo, ritengo che non possa essere affatto esclusa una manipolazione del testo effettuata dai compilatori: cfr. cap. IV, § 7.

sarà la strada battuta nel postclassico⁶¹⁵, che, per alterne vicende, condurrà alla definitiva affermazione dell'*actio ad implendam legitimam*⁶¹⁶.

11. *Emersione del presupposto della 'quarta pars'.*

La quarta, dunque, poteva essere attribuita inizialmente a titolo di legato ovvero di istituzione d'erede. La prima attestazione della sua esistenza è unanimemente individuata in un passo dell'ormai notissima epistola pliniana concernente la vicenda del testamento di Pomponio Galla.

Plin. Min. *epis.* 5.1.9: *Rogant me ut cum Curiano loquar. Convenimus in aedem Concordiae. Ibi ego 'Si mater' inquam 'te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? Quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset ut non amplius apud te quam quarta remaneret? Igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre quartam partem ab heredibus eius accipias, quam tamen ego augebo'.*

La proposta di transazione formulata da Plinio su invito dei coeredi convenuti in giudizio, con l'azione di inofficiosità testamentaria, da Asudio

⁶¹⁵ V. l'epistola dell'imperatore Costanzo, diretta al proconsole d'Africa Olibrio, di cui abbiamo memoria grazie alla compilazione voluta dall'imperatore Teodosio II. C.Th. 2.19.4: *Cum scribit moriens, ut arbitrato 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.* Si analizza il caso di un testatore che all'atto di ultima volontà abbia apposto una disposizione per cui, in caso di lascito ai legittimari inferiore alla *portio debita*, questa dovesse essere completata *arbitrato boni viri*. L'imperatore stabilisce che in tal caso non sarà esperibile la *q.i.t.* e gli eredi dovranno completare la *portio* con *pecunia*. Su di essa mi soffermo ampiamente nel prossimo capitolo.

⁶¹⁶ Essa si affermerà definitivamente con Giustiniano, *Imp. Iustinianus A. Menae* pp. 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 legitimi modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator edixit: nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerint 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 fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint (a. 528).*

Curiano, figlio diseredato della testatrice, contiene l'espressa menzione di ciò che al tempo dell'oratore doveva essere una situazione ben chiara e definita. Infatti si ammonisce il querelante che se egli fosse stato istituito erede in una quota corrispondente al quarto dell'asse ereditario non avrebbe potuto *queri*, cioè lamentarsi, termine spesso accostato nelle fonti giuridiche⁶¹⁷ all'azione di inofficiosità. Ugualmente nessun mezzo di reazione avrebbe avuto contro un testamento che lo vedeva erede universale⁶¹⁸, ma gravato da legati per un valore corrispondente ai tre quarti dell'asse, ovvero, si può aggiungere, anche per una misura superiore, ma inefficaci⁶¹⁹ per la parte rientrante nella *quarta Falcidia*. Pertanto i coeredi pagheranno a lui una cifra corrispondente alla quarta parte, cui l'oratore, benchè non formalmente parte della transazione, in quanto non convenuto in giudizio, aggiungerà una porzione dei beni ottenuti da quel testamento.

Il passo contiene pertanto due motivazioni, espresse in forma di domanda retorica, apportate per suffragare la proposta di transazione. Mentre la seconda sicuramente si riferisce alla normativa disposta dalla nota *lex Falcidia de legatis*, la prima induce, invece, a ritenere che il riferimento fosse ad un altro istituto, probabilmente la *quarta pars* idonea ad escludere la domanda di inofficiosità⁶²⁰. Il termine *queri* è indicativo in tal senso, sottintendendo il richiamo all'azione di inofficiosità, e l'accento all'impossibilità di azionare alcuna pretesa ricalca appieno il meccanismo di funzionamento della *portio debita*, nella sua connotazione corretta di presupposto processuale.

Si può pertanto asserire che a cavallo tra il I e il II sec d.C. tale limite di esperibilità della querela fosse noto, ma probabilmente, stante il tenore del testo pliniano, già in precedenza dovette essersi affermato. Scontata appare l'analogia, almeno sotto il profilo quantitativo, con la *quarta Falcidia*⁶²¹, la quale, peraltro, sarà la matrice di diversi provvedimenti autoritativi⁶²², tra cui la *quarta Divi Pii*. Questo collegamento diviene, nel diritto postclassico, addirittura assimilazione,

⁶¹⁷ Cfr. Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.8; Paul. *liber sing. inoff. test.* D. 5.2.23 pr.; Ulp. 2 *disp.* D. 5.2.25.1

⁶¹⁸ Cfr. Paul. Sent. 4.5.5: *Ex asse heres institutus inofficiosum dicere non potest: nec interest, exhausta nec ne sit hereditas, cum apud eum quarta aut legis Falcidiae aut senatus consulti Pegasiani beneficio sit remansura.*

⁶¹⁹ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 748.

⁶²⁰ Non c'è la precisazione afferente la modalità di calcolo, basata sul valore della quota *ab intestato*. Ma non credo fosse necessaria poiché dall'andamento della vicenda non sembra che ci fossero altri figli oltre al querelante. Pertanto, la sua pretesa si estendeva a tutto l'asse. Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 49.

⁶²¹ Così tutta la letteratura sul punto. Cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 469; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 676 s.; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 123; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 55 s.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 238; M. PEREZ SIMEON, *'Nemo'*, cit., 314.

⁶²² Cfr. V. MANNINO, *Il calcolo della 'quarta hereditatis' e la volontà del testatore*, Napoli, 1989, 20 ss.

tant'è vero che la *portio debita* verrà spesso chiamata *tout court quarta Falcidia*⁶²³, con una imprecisione terminologica da imputare alla volgarizzazione del diritto dell'epoca, ma icasticamente suggerente la genesi del presupposto in analisi.

12. *Ipotesi circa il motivo della sua introduzione. Istituzione d'erede in quota irrisoria e riflessione affinatrice della giurisprudenza.*

Il testo pliniano, come ho detto, è la prima fonte a livello cronologico a menzionare la *quarta pars*, permettendo una determinata collocazione temporale, che non consente un'eccessiva retrodatazione. L'azione di inofficiosità risale, tuttavia, alla metà del I sec a.C. per cui, in mancanza di ulteriori attestazioni, dobbiamo ammettere che nel regime originario dell'azione non fosse presente tale requisito (negativo)⁶²⁴, mentre, per ragioni di carattere logico, mi sembra convincente sostenere che l'accettazione della volontà del defunto, in qualunque forma essa fosse operata, abbia costituito fin dall'inizio un presupposto impediente l'esercizio dell'azione. Fino ad ora si è detto che l'azione di inofficiosità consentiva di ottenere tutela contro una diseredazione o una pretermissione ingiustificata, qualora l'ordinamento, inteso come comprensivo tanto del *ius civile* quanto del *ius honorarium*, non apprestasse altro mezzo di reazione. La diseredazione, in quanto tale, avrebbe legittimato il diseredato vantante un vincolo cognatizio via via specificantesi all'esercizio della querela la cui fondatezza, legata all'esistenza di una motivazione supportante l'esclusione, veniva vagliata dal collegio centumvirale. La ragione giuridica venne individuata nella violazione dell'*officium pietatis*, che imponeva di non escludere immeritadamente un congiunto.

Mi sorge a questo punto un dubbio: come reagire dinanzi ad un'istituzione d'erede in una quota minima? Si può ritenere adempiuto il dovere pietativo in caso di concessione del titolo di *heres*, ma con attribuzione di una porzione poco più che simbolica dell'asse? Sul piano della pura logica dovremmo propendere per una risposta positiva, poiché l'*officium* non ha, almeno per il momento, una caratterizzazione di tipo quantitativo, ma solo di tenore qualitativo, generando un imperativo di chiara matrice sociale (ma transitato nel giuridicamente rilevante) che impone semplicemente di non escludere dalla successione testamentaria.

⁶²³ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 677.

⁶²⁴ Anche in questo caso la dottrina è granitica, senza eccezioni. Significativo appare il commento del Ribas Alba sulla bontà dell'introduzione del presupposto, che, secondo l'autore spagnolo, avrebbe apportato «un factor de distorsion en la estructura original» per due motivi, sia per «la compliadiad tecnica que introduce» sia perché «priva a la querella de aquella flexibilidad valorativa con la que fue concebida». J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 238.

Un ragionamento simile, tuttavia, porterebbe ad un esito inaccettabile, contrario allo spirito del rimedio di nuovo conio, facilmente aggirabile con una pretestuosa istituzione d'erede. Pertanto si ammise⁶²⁵, io credo fin dall'inizio, l'esperibilità dell'azione anche da parte dei congiunti 'beffati' da una *heredis institutio* sostanzialmente inofficiosa, ancorchè, sul piano formale, rappresentante per essi un vantaggio.

Ricapitolando erano ammessi all'azione sia il diseredato, sia il pretermesso, sia l'erede in caso di istituzione in parte irrisoria. Ma quando la quota poteva essere ritenuta irrisoria al punto da rivestire carattere di (materiale) inofficiosità? In assenza di un limite autoritativamente stabilito l'unico soggetto in grado di valutarla, si potrebbe dire, a bocce ferme, era il 'legittimario' medesimo, che se riteneva discrezionalmente che il lascito fosse di ammontare insufficiente, indipendentemente dalla sua entità oggettiva, tentava la via dell'azione *de inofficioso*. Stava poi al collegio centumvirale acclarare la sufficienza o meno, ma le sue decisioni erano valedoli per il singolo caso stante la forte impronta personale connotante la posizione giuridica legittimante l'azione che poteva portare a ritenere adempiuto il dovere pietativo con una quota bassa in certi casi, mentre in altri quello stesso valore patrimoniale avrebbe rappresentato violazione dell'*officium*, impedendo quindi la formazione di un orientamento valutativo certo e valido in ogni circostanza.

Nei casi in cui la querela si presentava come assolutamente ingiustificata forse il pretore denegava l'azione, ma, qualora ci fosse stato un margine di discutibilità, la causa, si può ragionevolmente ritenere, sarebbe arrivata dinnanzi all'organo giudicante. Fu, io credo, per correggere siffatto paradosso, che consentiva l'impugnazione di un testamento anche da parte di un soggetto istituito

⁶²⁵ È quanto risulta anche da una controversia di Seneca Retore, Sen. *Contr.* 9.5.15: *Montanus Votienus, homo rarissimum etiamsi non emendatissimum ingeni, vitium suum, quod in orationibus non evitat, in scholasticis quoque evitare non potuit; sed in orationibus, quia laxatior est materia, minus [ex] earundem rerum adnotatur iteratio. in scholasticis si eadem sunt quae dicuntur, quia pauca sunt, notantur. memini illum pro Galla Numisia apud centumviros tirocinium ponere. ex uncia heres erat patris sui Galla; obiciebatur illi veneficium. dixit rem disertissimam et omnibus saeculis duraturam, qua nescio an quicquam melius in eiusmodi genere causarum dictum sit: uncia nec filiae debetur nec veneficae. non fuit contentus; adiecit: in paternis tabulis filiae locus aut suus debetur aut nullus. et(iam)nunc adiecit: relinquis nocenti nimium, innocenti parum.* Galla Numisia impugna il testamento paterno dinnanzi al collegio centumvirale sebbene sia stata istituita erede. Il motivo del contendere attiene proprio all'esigua quota in cui è stata istituita, ossia un dodicesimo. Si argomenta tuttavia che lei è un'avvelenatrice, ma, controbatte Numisia, tale quota è troppo ampia per un'avvelenatrice, troppo modesta per una figlia. Sull'intelligenza del passo non possono sorgere problemi e dimostra chiaramente come anche l'erede scritto potesse accusare di inofficiosità il testamento. Cfr. L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 120 ss.; J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 237 ss.; M. PEREZ SIMEON, *'Nemo'*, cit., 313; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 54 nt. 81. Ritiene la testimonianza inconferente P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 677 nt. 31.

erede magari in una quota sufficientemente elevata da non destare secondo la coscienza comune alcuna esigenza di reazione, ma dallo stesso semplicemente 'ritenuta' insufficiente, che si giunse all'introduzione di una limitazione, nella misura della *quarta pars*⁶²⁶.

Escluderei un'origine legislativa poiché con tutta probabilità almeno un riferimento in tal senso sarebbe stato conservato dalle fonti in nostro possesso e parimenti non credo che siffatto limite sia opera del pretore che, come abbiamo visto, decise di demandare la concreta regolamentazione dell'azione alla prassi del tribunale centumvirale. Credo, invece, che esso sia stato il frutto della riflessione affinatrice della giurisprudenza⁶²⁷, impegnata ad individuare un correttivo al problema su esposto al fine di razionalizzare lo strumento che nel I sec d.C. poteva

⁶²⁶ Le opinioni avanzate per giustificare l'introduzione del limite della *quarta pars* ruotano tutte intorno all'esigenza di limitare le impugnazioni, nonché di perimetrare la discrezionalità del giudizio di valore operato dal collegio centumvirale, quest'ultima motivazione diffusa soprattutto nella letteratura più antica. Tuttavia in tempi recenti tale elemento è stato ripreso dal Ribas Alba che annette la genesi del presupposto al fatto che «se entendiò que resultaba excesivamente arbitrario confiar a lod centumviro no solo la justificacion o no de la causa de exclusion, sino tambien la determinacion caso por caso del montante que se podia considerar razonable», con la conseguenza, molto più pragmatica, che si diminuirono le cause di inofficioritas. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 244. Ritengo senz'altro da condividere quest'idea, poiché la discrezionalità illimitata prima del querelante, poi del collegio poteva generare impugnazioni o demolizioni di testamenti inspiegabili. Non credo invece che con esso si sia mirato alla riduzione del carico di lavoro del collegio, ben raggiungibile per altre vie, ma sicuramente ciò costituì una conseguenza non di poco momento. Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 4; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 55 s.

⁶²⁷ Dello stesso parere sono il Sanguinetti e la Coppola Bisazza, quest'ultima tuttavia a seguito di un'argomentazione non condivisibile. Per l'autrice «dato il ruolo di prestigio e di autonomia che i giuristi del primo Principato ancora conservavano nel campo della creazione del diritto, è da ritenere più plausibile ... che sia stata appunto la giurisprudenza ad individuare il limite della "quarta pars"». Fin qui l'opinione va pienamente condivisa, ma poi continua sostenendo che tale limite quantitativo fu del tutto «escogitato» dalla *scientia iuris* del tempo e su di essa si sarebbe poi basata la misura della *lex Falcidia*. Quest'ultimo passaggio non mi pare possibile, poiché sebbene in via astratta il parametro della quarta parte forse fu mutuato da alcune decisioni dei giuristi e in seguito accolto dalla legge, non si può invertire l'accadimento degli eventi e pertanto è più sensato ritenere che la *quarta pars* valevole ai fini dell'esclusione della querela sia emersa sulla scorta della quarta *falcidia*, e non viceversa. Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 61 ss.; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 47. Per il Voci, invece, seguito dal Di Lella, la regola ebbe origine dalla prassi del tribunale. Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 676 nt. 30; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 123 nt. 164 che argomenta dal mio stesso punto di partenza sostenendo che «inizialmente i *centumviri* decidevano caso per caso se di fatto il legittimario avesse ricevuto o meno una parte sufficiente dell'eredità». Va, in conclusione, almeno menzionata l'esistenza di alcuni riferimenti, nei testi di tardi cronisti bizantini, ad un *vóμος* di Marco Aurelio che avrebbe introdotto il limite della legittima. Tuttavia le discrepanze nel racconto in cui i vari testi si dibattono, nonché le contraddizioni che emergono da una loro lettura congiunta, unite al totale silenzio delle fonti su un provvedimento scritto di tale contenuto, a fronte dei cospicui riferimenti ad altre 'quote' – prima fra tutte la *quarta Falcidia* – fanno propendere per un rigetto della affidabilità dei passi, conclusione cui perviene anche il Sanguinetti, al cui lavoro rimando per ulteriori approfondimenti non possibili in questa sede, nonché per il commento ad una testimonianza molto interessante tratta dal Libro Siro-Romano del diritto. Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 56 ss.

dirsi ancora in evoluzione. Sviluppo interpretativo, mi pare, duplicemente orientato: da un lato, prettamente processuale, calmieri delle impugnazioni da parte dei congiunti, dall'altro, con connotati sostanziali, limite di valore al giudizio dei centumviri, non più autorizzati a stabilire discrezionalmente quando un testamento poteva dirsi inofficioso. La concreta quantificazione del compendio patrimoniale ritenuto sufficiente per escludere la querela fu ricalcato sulla *quarta Falcidia*, la cui origine legislativa permetteva di considerare tale percentuale dell'asse come equa e degna di ampliamento analogico.

Perché, io credo, fu proprio attraverso il ragionamento analogico che si pervenne all'idea della *portio debita*, poichè come l'erede doveva ritenersi soddisfatto della quarta parte dell'asse in caso di legati esautenti la restante quota, così in caso di pluralità di quote il congiunto doveva ritenersi soddisfatto dalla quarta parte di ciò che avrebbe ricevuto, rimanendo il restante ammontare nella disponibilità del testatore. I due istituti rispondono a problemi differenti, ma la *forma mentis* sottesa ad entrambi è la medesima. A cambiare è, tuttavia, la prospettiva, perché la *quarta falcidia* è considerata un diritto dell'erede, mentre la *portio debita* è onere del testatore⁶²⁸. Il diritto del querelante *in pectore*, infatti, non è in alcun modo parametrato sulla *quarta pars*, ma sempre e solo sulla *quota ab intestato*⁶²⁹.

Egli a seguito della rescissione del testamento ottiene l'ammontare di beni corrispondente alla quota legittima, poichè si fa luogo alla vocazione *ab intestato*. La querela non mira ad ottenere soddisfazione patrimoniale entro la *portio debita*, ma nei limiti di un compendio ben più ampio.

Si crea dunque una disparità⁶³⁰ tra colui che ha ottenuto per via testamentaria, ovvero anche mediante altre disposizioni (ma solo da un certo momento in poi), un complesso di beni pari alla quarta parte e colui al quale è stato attribuito poco meno del quarto: il primo sarà escluso dall'esercizio della querela e pertanto dovrà considerarsi soddisfatto nelle sue pretese patrimoniali, mentre il secondo, previo rifiuto dell'istituzione d'erede o del lascito, potrà ambire a tutta la quota *ab intestato*. L'unico correttivo a questa situazione va individuato nel rischio di perdere tutto, insito nell'esperimento di un'azione con esito negativo, come messo in luce trattando della particolare forma di cd. 'indegnità da soccombenza' che colpisce il querelante perdente.

⁶²⁸ Cfr. L. MENGONI, *Successioni*, cit., 5.

⁶²⁹ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 51; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 68.

⁶³⁰ Essa è ritenuta, dalla Coppola Bisazza, il «male minore rispetto alla rescissione totale del testamento, e ciò sulla base del presupposto che chi avesse lasciato una quota del proprio patrimonio ai legittimari non voleva con questo escluderli». G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 68.

Lo strumentario postclassico, prima, e l'attività legislativa di Giustiniano innoveranno sotto questo profilo, giungendo a parificare la posizione dei due soggetti, creando in capo al congiunto che ha ottenuto meno del quarto solo un diritto di credito per un valore corrispondente alla differenza tra quanto ricevuto e la misura della *pars legitima*, conseguibile tramite l'*actio ad implendam*, ma pur sempre mantenendo la disparità con coloro che invece erano stati diseredati o pretermessi senza aver ricevuto, per altra via, alcunché, abilitati ad agire con la querela nei limiti non della *pars legitima*, ma della quota *ab intestato*⁶³¹.

In conclusione la *portio debita* nasce con una funzione eminentemente processuale, come limite di esperibilità dell'azione, non involgendo in alcun modo il profilo sostanziale del diritto del legittimario⁶³², pur sempre incentrato sulla quota della successione intestata. Essa risponde ad un ben preciso problema, legato alla discrezionalità dapprima del querelante, poi del collegio centumvirale e sotto questo aspetto è foriera di una maggior certezza del diritto⁶³³, consentendo al contempo la salvaguardia di testamenti oggettivamente officiosi.

13. Altri presupposti minori.

La querela non può essere esercitata nel caso sia applicabile l'istituto della *quarta Divi Pii*, come emerge da un passo ulpiano.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.15: *Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querella, cum habeat quartam ex constitutione divi Pii. Quod si egit nec optinuit, an quartam perdat? Et puto aut non*

⁶³¹ È quanto acutamente osserva Sanguinetti per il quale «Giustiniano creò con esso una nuova sperequazione tra coloro che non avevano ricevuto assolutamente nulla – ai quali era possibile agire *de inofficioso* – e coloro che fossero stati insufficientemente onorati, ai quali non restava che la possibilità di pretendere il *supplementum*». A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 108.

⁶³² Va chiarito, sulla scorta ancora una volta del pensiero del Sanguinetti, che «indubbiamente alla nostra mente, abituata a ragionare secondo schemi dettati dalla dogmatica, può sembrare strano che venga definita *debita* una determinata prestazione che in realtà non è oggetto di un vero e proprio diritto di credito; ma al giurista romano non interessava tanto, a mio parere, dare una esatta definizione di che cosa fosse – dal punto di vista giuridico – la *quarta*, quanto piuttosto rendere concretamente l'idea dei diversi effetti che seguivano alla sua prestazione o alla sua mancata prestazione». A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 55.

⁶³³ È quanto, peraltro, è costretto ad ammettere anche J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 245, pur nella considerazione della distorsione che la quarta crea nel regime della *querela inofficiosi testamenti*.

*admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur, etsi non optinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam*⁶³⁴.

L'imperatore Antonino Pio aveva stabilito per rescritto che all'impubere adrogato e poi emancipato fosse sempre riservato un quarto dei beni dell'*adrogans*. Tale norma veniva tuttavia in luce solo se l'emancipazione era stata fatta senza una *iusta causa*⁶³⁵, «vale a dire per un motivo valido precedentemente accertato»⁶³⁶ o se l'*impubes* non avesse ricevuto per altra via l'equivalente della quarta⁶³⁷. Esso consisteva in un «diritto di successione per un quarto del patrimonio Tale diritto è visto come un diritto di credito, nascente *tempore mortis adoptantis vel adrogatoris*»⁶³⁸.

Il testamento del militare non può in alcun modo essere impugnato con il rimedio di inofficiosità e le fonti che attestano questa impossibilità sono numerose⁶³⁹.

Infine lo strumento in questione non può essere più attivato qualora la domanda sia stata proposta e poi abbandonata, causandosi, pertanto, la consumazione dell'azione.

Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.1: *Si quis post rem inofficiosi ordinatam litem dereliquerit, postea non audietur.*

Cosa significa l'espressione *litem ordinare* è già stata chiarito, per cui si rimanda a quanto scritto. Tale situazione è naturale e discende dalla natura della querela, in grado, come abbiamo detto, di essere ingiuriosa per la memoria del defunto e foriera, in conseguenza, di una sanzione per il querelante soccombente in una causa *improba*.

La giurisprudenza ha, tuttavia, individuato delle fattispecie in cui l'azione, pur abbandonata, non subisce la consumazione. È il caso oggetto di un passo di Paolo, in cui il querelante ha desistito dalla continuazione a causa della frode dell'*heres scriptus*.

⁶³⁴ Sul passo v. J.M. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 226 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 60 ss.

⁶³⁵ Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 59.

⁶³⁶ M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 71.

⁶³⁷ Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 59.

⁶³⁸ M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 71.

⁶³⁹ Cfr. Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.4: *Si quis in militia fecerit testamentum et intra annum post militiam decesserit, dubito an, quia ad hoc usque temporis iure militari testamentum eius valet, querella inofficiosi cesset: et potest dici querellam inofficiosi cessare; Ulp. 6 opin. D. 5.2.27.2: De inofficioso testamento militis dicere nec miles potest; Imp. Antoninus A. Romanae C. 3.28.9: De inofficioso testamento militis vel iure militare vel civile facto vel centurionis vel tribuni numeri nec filios posse queri ius certum est (a. 223).*

Paul. 3 resp. D. 5.2.21 pr.: *Eum, qui inofficiosi testamenti querellam instituit et fraude heredis scripti, quasi tertiam partem hereditatis tacite rogatus esset ei restituere, reliquit eam actionem, non videri deseruisse querellam et ideo non prohiberi eum repetere inchoatam actionem.*

Il congiunto escluso dall'eredità intenta la *q.i.t.* ma l'erede scritto, convenuto, sostiene *fraude* che era stato pregato dal testatore di dare un terzo dell'asse a lui, probabilmente per fedecommesso. L'accettazione della proposta, che giuridicamente si configura come una transazione, non priva, tuttavia, il congiunto raggirato della possibilità di riproporre la domanda poiché la *derelictio actionis* non poteva dirsi frutto di un processo formativo della volontà⁶⁴⁰ corretto.

Analoga fattispecie è riportata da Ulpiano, che sceglie una soluzione identica a quella paolina.

Ulp. 6 *opinion.* D. 5.2.27 pr.: *Si instituta de inofficioso testamento accusatione de lite pacto transactum est nec fides ab herede transactioni praestatur, inofficiosi causam integram esse placuit.*

La conclusione della lite è, anche qui, ottenuta tramite un accordo tra le parti, configurante una transazione. Ad esso non ha, però, prestato fede il soggetto non querelante, per cui *placuit* che l'azione rimanga *integram* e dunque è aperta la possibilità di una riproposizione. Ancora una volta abbiamo visto come un principio rigido possa subire della deroghe dovute all'incontro della norma con il caso concreto, potendosi generare un cortocircuito cui la giurisprudenza pone soluzione in via interpretativa.

14. *L'effetto della sentenza di inofficiosità: la rescissione del testamento come archetipo dell'efficacia costitutiva della pronuncia giudiziale.*

In plurime occasioni, nel corso di questa ricerca, si è evocato l'effetto discendente dal vittorioso esperimento dell'azione di inofficiosità testamentaria, ossia la 'rescissione' dell'atto di ultima volontà⁶⁴¹. Termine, quello di 'rescissione',

⁶⁴⁰ Papiniano infatti parla di una *mutatio voluntatis* in Pap. 14 *quaest.* D. 5.2.15.1: *Heredi eius, qui post litem de inofficioso praeparatam mutata voluntate decessit, non datur de inofficioso querella: non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseveret.*

⁶⁴¹ Fanno in vario modo riferimento alla rescissione Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.5, Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.16, Paul. 2 *quaest.* D. 5.2.17 pr., Paul. 2 *quaest.* D. 5.2.19, Ulp. 2 *disp.* D. 5.2.25.1. Per un uso nel periodo postclassico v. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Successo* C. 3.28.24 (a. 294) e *Imp. Leo A. Erythrio pp.* C. 6.20.17 (a. 472). Per il diritto giustiniano v. *Imp. Iustinianus A. Menae pp.* C. 3.28.32 (a. 529) e *Imp. Iustinianus A Iohanni pp.* C. 3.28.34 pr. (a. 531). Cfr. anche,

che la dottrina ha specificato recare in sé molteplici significati, a seconda del contesto di utilizzo⁶⁴²: basti ricordare come Mario Talamanca, nel celebre contributo *'Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana'*, apparso nel *Bullettino* sullo scorcio del secolo scorso, notava che «il verbo *rescindere*, nelle sue varie flessioni, ed il sostantivo *rescissio* non hanno, di certo, un significato né unitario né preciso». Solo nel caso della *querela inofficioris testamenti*, continua l'illustre studioso, l'utilizzo dell'espressione *rescindere* «sembra alludere, almeno per l'orecchio dell'interprete moderno, alla rimozione degli effetti del negozio, anche se resta difficile prendere una precisa posizione al riguardo»⁶⁴³.

La ricerca sul tema si è arricchita negli ultimi tempi di vari contributi, riconducibili alle riflessioni del Tuzov⁶⁴⁴, della Sciuto⁶⁴⁵ e del Fercia⁶⁴⁶, i quali hanno raggiunto dei risultati affatto condivisibili: un atto inizialmente valido ed efficace viene demolito e così privato di ogni suo effetto, secondo uno schema assimilabile a quello del negozio impugnabile e quindi, di fatto, riconducendolo alla categoria dogmatica dell'annullabilità⁶⁴⁷.

per una fonte non giuridica, Val. Max. 7.7.2 (*testamentum naturalis patris ... apud centumviros rescidit*): l'autore, poi, dedica due paragrafi del suo lavoro (7.7 e 7.8) ai testamenti che sono stati o non sono stati rescissi (anche se non è da escludere che le rubriche dei paragrafi siano spurie: è stato infatti notato da D. TUZOV, *Sull'uso*, cit., 239 che «le rubriche dell'opera di Valerio Massimo e la loro collocazione non appaiono sempre indovinate», mentre per R. FARANDA, *Introduzione*, cit., 17 «il libro, venuto in uso nelle scuole di declamazione, sia stato diviso per capitoli e rubricato ... da qualche maestro per comodità di consultazione»). In altre occasioni le fonti impiegano espressioni differenti: v. *infirmare*, *resolvere*, *remove* e *subvertere* (indicazioni maggiori in D. TUZOV, *Testamentum inofficiorum pronunciari*, cit., 892).

⁶⁴² Per un uso in termini di caducazione di un contratto, nella specie la compravendita, v. P. LAMBRINI, *Le norme di diritto privato: i contratti e la rescissione per lesione enorme*, in *Diocleziano*, cit., 493 ss. Prima dell'autrice si sono interessati del tema anche D. TUZOV, *La 'rescissio' della compravendita nel diritto romano tardo classico e postclassico*, in *Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 837 ss. e P. ZILLOTTO, *La misura della sinallagmaticità: buona fede e 'laesio enormis'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 597 ss. ora anche in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 407 ss.

⁶⁴³ V. M. TALAMANCA, *Inesistenza*, cit., 11 e nt. 49.

⁶⁴⁴ V. D. TUZOV, *Testamentum inofficiorum pronunciari*, cit., 877 ss.; ID., *Sull'uso di 'rescindere'*, cit., 233 ss.

⁶⁴⁵ P. SCIUTO, *Concetti*, cit., 194 ss.; cfr. anche ID., *Rescindere'. Storia di una nozione giuridica. I. Dall'esperienza repubblicana alle soglie dell'età diocleziana*, Catania, 2009, 184 ss.

⁶⁴⁶ V. R. FERCIA, *Querela inofficioris testamenti*, cit., 287 ss.

⁶⁴⁷ È noto che, stando all'impostazione tradizionale, il diritto romano non avrebbe conosciuto il concetto di annullabilità, o meglio «non parrebbe conoscerla sul piano del *ius civile*, potendosi al limite ravvisare una situazione tendenzialmente analoga a quella che connota l'esperienza contemporanea nel rapporto tra la *restitutio in integrum* pretoria, e la concessione di un'*actio* sul presupposto di essa», come puntualizza R. FERCIA, *Querela inofficioris testamenti*, cit., 288. Tuttavia, oltre alla *querela inofficioris testamenti*, paiono ricondursi all'idea di annullabilità le figure del *praeiudicium ex lege Cicereia* e la *retractatio collusionis*: v. D. TUZOV, *Testamentum*

Annulabilit  che, tuttavia, non credo operasse (quantomeno per la pronuncia centumvirale) sul piano formale: ho cercato di mettere in luce, nel precedente capitolo, il ruolo svolto dal *color insaniae*, argomento retorico utilizzato dagli avvocati e strumentalmente accolto dal giudicante per giustificare l'eversione del testamento. Convengo, quindi, con il Marrone ove scrive che «formalmente, la sentenza Cvirale di inofficioritas era una sentenza dichiarativa di nullit  del testamento; sostanzialmente, rescindeva un testamento sino allora valido»⁶⁴⁸.

A questa conclusione sembra accedere pure Patrizia Sciuto, la quale per  rileva che a partire dalla tarda et  classica l'impiego della *factio* di insanit  mentale, a causa del progressivo sbiadirsi della «duplicit  fra tutela civile e intervento pretorio, fra *ordo iudiciorum privatorum* e *cognitio*»⁶⁴⁹, non risult  pi  necessario, poich  l'inofficioritas divenne un «autonomo vizio dell'atto, che legittima il soggetto interessato ad agire, secondo le normali vie, affinche venga accertata l'invalidit  della disposizione del *de cuius*»⁶⁵⁰.

Invero, il giudice *extra ordinem* fonda direttamente i suoi poteri sull'*auctoritas* e sull'*imperium* del principe, con la conseguenza che del *color insaniae* egli non avrebbe pi  bisogno per sostenere l'efficacia eliminativa dell'atto di ultima volont : probabilmente, il riferimento alla fittizia infermit  mentale del testatore rimane quale consueto 'motivo impugnatorio', nonostante il venir meno della sua immediata utilit ⁶⁵¹.

inofficiosum pronunciari', cit., 881; O.S. ROBLEDA, *La nulidad del Acto Juridico*², Roma, 1964, 296 ss.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I: *Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, 1908, 240 ss. che discorre di «Anfechtbarkeit» operante nell'ambito del *ius civile*. A ben vedere, tuttavia, si   persino dubitato che i romani conoscessero una categoria assimilabile a quella di 'invalidit ': per A. PICCIRILLO, voce *Rescissione (dir. rom.)*, cit., 573 ss. invero «i giuristi romani, di regola, considerarono la fattispecie negoziale dal punto di vista della sua efficacia o, meglio, della sua utilizzabilit  a produrre determinati effetti. S  che un negozio, che, valido o no, riuscisse a produrre tutti o anche parte dei suoi effetti, era da ritenere *utile*, cio , in terminologia moderna, perfettamente valido ed efficace; *inutile* era il negozio che non produceva effetti di alcun genere, ma che era in grado di produrli». Di talch , «quando nelle fonti ... incontriamo *rescindere*, non si allude certo alla nullit , per la ragione semplicissima che essa   un concetto estraneo e perci  inapplicabile al pensiero giuridico classico».

⁶⁴⁸ M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 90 ss.

⁶⁴⁹ V. P. SCIUTO, *Concetti*, cit., 203.

⁶⁵⁰ V. P. SCIUTO, *Concetti*, cit., 203.

⁶⁵¹ V. ancora P. SCIUTO, *Concetti*, cit., 213 s. Per l'autrice «la dichiarazione di inofficioritas del testamento – che avrebbe poi eventualmente legittimato l'esercizio della *vindicatio hereditatis* – in quanto avvenuta in sede di *cognitio extra ordinem* era produttiva di effetti *iure civili*. Quindi,   tramite la *querella cognitio* che la pronuncia di inofficioritas assume rilievo nell'ambito del *ius civile* (inteso, in senso lato, come ordinamento giuridico non pi  suscettibile di ingerenza pretoria) ed   nel sistema cognitorio che l'inofficioritas diventa criterio oggettivo di invalidit  del testamento, a cui pu  appellarsi l'erede legittimo per rescinderlo in tutto o in parte». Non mi convince invece quest'ultima osservazione, posta a chiusa del discorso: «di qui, un'accezione di *rescindere* pi  caratterizzante, in quanto allusiva al fenomeno della cd. nullit ». Invero, le fonti sono chiare nel distinguere il testamento nullo dal testamento inofficioso: la violazione dell'*officium pietatis* non assurge mai a elemento tale da portare alla nullit  dell'atto, ma solo alla sua impugnabilit . Il

Da queste premesse si comprende, allora, come l'azione di inofficiosità – *rectius* la *querela inofficiosi testamenti*, giusta la conclusione cui si è giunti alla fine del precedente capitolo – possa rappresentare davvero il 'prototipo' dell'atto annullabile: «col fenomeno dell'inofficiosità sembrano apparire, già nel seno dello stesso *ius civile*, precursori del concetto, frutto di sviluppo molto più tardi, che impone di considerare un atto, quale il testamento inofficioso, ancor prima della sua rescissione, sotto il profilo dell'invalidità nel senso tecnico del termine, ossia come un atto che, sebbene pienamente efficace, porta già in sé stesso dei germi della propria distruzione, e quindi un atto – malgrado le fonti lo chiamino *iure perfectum* – non del tutto perfetto»⁶⁵².

testamento infatti è sin dall'apertura della successione perfettamente valido e pure efficace (salve le eventuali condizioni), ma i suoi effetti possono essere rimossi mercé la *querela*. Non di negozio nullo, quindi, è lecito discutere, ma di negozio annullabile.

⁶⁵² V. D. TUZOV, *Testamentum inofficiosum pronunciari*, cit., 912.

CAPITOLO QUARTO

Il regime della 'querela inofficiosi testamenti' nel periodo postclassico

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le costituzioni diocleziane. – 3. Le costituzioni di Costantino: parte I. – 4. Le costituzioni di Costantino: parte II. – 5. Costanzo II e l'implementazione del lascito. – 6. La clausola suppletoria nelle *Pauli Sententiae*. – 7. Un antecedente classico? – 8. Le costituzioni successive all'età costantiniana. – 9. Altre fattispecie di successione necessaria.

1. *Premessa.*

Lo scopo precipuo dell'intervento normativo degli imperatori nel periodo postclassico – scopo che, peraltro, contraddistinguerà anche l'operato di Giustiniano, come si vedrà nel prossimo capitolo – fu quello di ridurre progressivamente l'applicazione dell'azione di inofficiosità del testamento, onde conservare il più possibile integre le volontà testamentarie impresse dal defunto nelle *tabulae*: siffatta finalità venne perseguita attraverso una più rigida catalogazione dei soggetti ammessi ad esperire la *querela*, ma anche avallando certe prassi – sviluppate dalla inventiva dei testatori e apprezzate dagli imperatori – volte ad arginare le impugnazioni, compendiate in formule inserite nei documenti di ultima volontà; quanto al merito dell'azione, invece, non si notano marcate differenze con il diritto classico, rinvenendosi nelle costituzioni il richiamo o la precisazione di principi già noti.

Un esame di quanto ora succintamente adombrato verrà condotto attraverso la lettura e l'analisi dei brani che destano più interesse nell'interprete moderno: l'itinerario tra le fonti seguirà un ordine al contempo di carattere logico-ontologico (ossia basato su di un raggruppamento dei frammenti *ratione materiae*) che di carattere cronologico (avendo riferimento all'anno di emanazione della costituzione e quindi all'imperatore cui essa va ascritta), per un periodo che andrà dalla fine della dinastia severiana fino all'avvento del dominio giustiniano, inglobando quindi atti normativi per lo più risalenti all'epoca diocleziana e costantiniana; successivamente, sarà passata al vaglio la produzione normativa di Giustiniano, suddividendo il lavoro in due fasi, la prima delle quali concernente le costituzioni

emanate sino al completamento di Digesto e Codice, la seconda, invece, relativa alla legislazione novellare successiva al 534 d.C.: ciò sarà oggetto di studio nel prossimo capitolo

2. Le costituzioni diocleziane.

Di notevole interesse, per passare subito all'analisi delle costituzioni serbate nel *Codex repetitae praelectionis*, è un rescritto di Diocleziano⁶⁵³ e Massimiano, attinente al problema – già percepito come tale dai giuristi classici – della legittimazione attiva al rimedio. L'atto normativo in esame, risalente al 294 d.C. e indirizzato a un tal Alessandro, prevede che

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et. CC. Alexandro C. 3.28.21: Fratris vel sororis filii, patruī vel avunculi, amitae etiam et materterae 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. <a. 294 D. VI id. Feb. CC. cons.>

La cancelleria imperiale riferisce che invano i nipoti impugnerebbero il testamento di una zia o di uno zio, poiché solo ai fratelli e alle sorelle⁶⁵⁴, tra i parenti in linea collaterale, è consentito attivare il rimedio di inofficiosità; viceversa, è pur sempre consentito attaccare il testamento allegandone la falsità, nelle mosse questa volta di un giudizio criminale di *falsum*.

Se da un lato la precettività del linguaggio utilizzato nella costituzione dimostra come fosse volontà dei rescriventi quella di inibire la *facultas agendi* a

⁶⁵³ Uno sguardo generale sulle costituzioni dell'imperatore dalmata in tema successorio è fornito da L. DESANTI, *Dominare*, cit., 527 ss.

⁶⁵⁴ L'inciso «*cum nemo eorum qui ex transversa linea veniunt exceptis fratre et sorore ad inofficiosi querellam admittatur*» è stato sospettato d'interpolazione da G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 423, nt. 2: esso, scrive l'autore, «sarebbe di conio schiettamente giustiniano e suppone tanto la costituzione di Costantino, quanto le modificazioni in essa introdotte da Giustiniano». Lo studioso fa riferimento nel primo caso alla *lex* costantiniana conservata in C.Th. 2.19.1 e nel secondo caso alla sua 'versione giustiniana' di *Imp. Constantinus A. ad Lucrium C. 3.28.27* (a. 319): non mi soffermo ora su questi testi, rimandandone l'esame alla sezione a ciò deputata. Rilevo solo, contro l'intendimento del La Pira, che se davvero la mano di Triboniano si fosse posata su questa costituzione essa avrebbe sicuramente inserito la distinzione tra fratelli uterini e consanguinei/germani impressa nei testi citati a confronto: distinzione, invero, importantissima nell'economia delle citate fonti e che, inspiegabilmente – se si volesse seguire il romanista di origini siciliane –, non troverebbe alloggio anche nell'interpolato *rescriptum* diocleziano.

soggetti che potevano vantare un legame parentale meno intenso con il *de cuius*⁶⁵⁵, non sembra – almeno a me – che con tale costituzione si sia innovata una situazione precedente.

Mi spiego meglio: il *rescriptum* summentovato pare ribadire un principio già acquisito all'elaborazione giuridica del rimedio di inofficiosità. E se – come si è ampiamente detto nei precedenti capitoli – l'esaustività di un catalogo di legittimati attivi non è dato scorgere nelle fonti di epoca classica⁶⁵⁶, è giocoforza indurre che una modifica in tal senso sia avvenuta successivamente, ma prima del 294 d.C.

Tanto è vero che il motivo per il quale l'Alessandro dell'*inscriptio* si rivolse agli imperatori fu probabilmente quello di comprendere se fosse meglio per lui, nipote collaterale, esperire la *querela* ovvero attaccare *de falso*⁶⁵⁷ il testamento dello zio o della zia, nel quale non era stato beneficiato da alcuna disposizione

⁶⁵⁵ Mi pare che sia da ritenere che proprio in questo la costituzione si staccasse dall'elaborazione classica, la quale – pur riconoscendo che i parenti collaterali oltre il grado di 'fratelli' non avrebbero avuto molta speranza di successo in una causa di inofficiosità – non tracciava una netta linea di confine tra coloro che all'azione erano ammessi e coloro che invece ne erano esclusi (cfr. sul punto L. GAGLIARDI, *Studi*, cit., 7). Contro questa idea si è mossa G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari*, cit., 11, nt. 26, la quale, per quanto è dato comprendere, reputa che nel rescritto gli imperatori, più che solcare un confine netto tra i legittimati, vogliono formulare «un avvertimento circa l'opportunità maggiore che avrebbero avuto, nel caso concreto, i nipoti di ottenere qualcosa con l'*accusatio falsi* che con la *querela*». A sostegno cita un lacerto estrapolato dalle *Institutiones* giustinianee (I. 2.18.1), che tradirebbe la stessa anodina impostazione di fondo serpeggiante nei testi dei giuristi classici, ove i parenti *ultra fratrem* erano comunque ammessi ad agire, anche se l'azione nella stragrande maggioranza dei casi avrebbe avuto esito fallimentare. Premesso che il testo citato sarà oggetto di analisi più oltre, è opportuno qui solo puntualizzare che – a prescindere alla posizione che si vuole assumere circa il tenore del passo istituzionale, senza dubbio anacronistico per come esso è scritto – non sembra che la costituzione dell'imperatore dalmata si incanali nello stesso alveo del diritto classico: si confidi o meno nella genuinità sostanziale del rescritto (cosa di cui sono convinto), dalla sua lettura emerge che giammai i nipoti possono esperire la *querela inofficiosi testamenti*, residuando la sola *accusatio* criminale. Non di un avvertimento, dunque, si è discusso, ma della ammissibilità di un rimedio che al proponente il rescritto non era chiara: donde l'arresto imperiale, limitativo dell'esperibilità del rimedio di inofficiosità.

⁶⁵⁶ E sulla base di questo non posso concordare con O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Testamentary succession in the constitutions of Diocletian*, Zutphen, 1982, 162 là dove scrive che «this reply is in complete agreement with classical law».

⁶⁵⁷ Mi pare non colga nel segno A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimacion*, cit., 105, nt. 30 secondo cui il giudizio criminale altro non sarebbe che il mezzo entro il quale trasfondere la *querela inofficiosi testamenti*. E ciò per due ragioni: la prima è che l'*accusatio falsi* aveva una propria autonomia, con presupposti differenti, di talché il giudizio avrebbe avuto un oggetto diverso (l'elaborazione di un falso testamento e non, invece, l'eversione dell'*officium pietatis* da parte del testatore verso il pretermesso/diseredato impugnate; cfr., per il falso testamentario, C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976 [rist. anast.], 392 ss.); la seconda, invece, incentrata sulla circostanza che sarebbe stato contraddittorio escludere il parente *ultra fratrem* dal gravame di inofficiosità in via diretta, ma autorizzarlo 'sotto mentite spoglie' nel processo criminale.

patrimoniale e che, forse, riteneva per tale ragione non conforme alla volontà espressa in vita dal defunto⁶⁵⁸.

Mentre la prima ipotesi – ossia quella di incardinare *extra ordinem* una *querela inofficiorum testamenti* – viene scartata, in modo peraltro abbastanza secco e senza molte spiegazioni (quasi, quindi, a voler ricordare un orientamento imperiale già formatosi?)⁶⁵⁹, la seconda, incentrata sull'azione criminale, è accolta, poiché la legittimazione a quest'ultimo strumento aggreditivo del testamento non è esclusa – verrebbe da dire – per tutti coloro che, in seguito all'espunzione delle tavole dalla regolazione della successione del defunto zio o zia, potrebbero vedersi destinatari di una delazione ereditaria, vuoi *iure civili* vuoi *iure praetorio*.

L'idea di contenere l'utilizzo dell'azione di inofficiorità emerge anche in un altro rescritto, risalente al 301 d.C., mercé il quale è stata sancita la conformità al diritto di una particolare condizione apposta da una madre all'istituzione di erede dei propri figli *alieni iuris*:

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Menodoto C. 3.28.25: Filiis matrem, quae de mariti moribus secus suspicetur, ita posse consulere iure

⁶⁵⁸ Il concorso (alternativo) dell'azione di inofficiorità con un altro rimedio non era peraltro argomento nuovo nella riflessione giuridica: già di esso si era occupato Ulp. 14 ad ed. D. 5.2.8.12 (*Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum et inofficiosum, condicio ei deferri debet, utrum prius movere volet*), ma pure Valeriano e Gallieno nella costituzione tradita in *Impp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus nob. C. Theodotae C. 3.28.16* dell'anno 258 (*Contra maiores viginti quinque annorum duplicem actionem inferentes, primam, quasi testamentum non iure sit perfectum, alteram, quasi inofficiosum, licet iure perfectum, praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest.* <a. 258 pp. Id. Aug. Tusco et Basso cons. >).

⁶⁵⁹ Anche se non è da escludere che la costituzione abbia subito un accorciamento da parte dei giustiniani, i quali intervennero spesso sugli atti normativi diocleziani. Invero, il rescritto qui analizzato è stato probabilmente attinto dai commissari triboniani dal *Codex Hermogenianus*: ne è convinto l'Amelotti, il quale – sposando *in parte qua* la posizione del Rotondi – sottolinea che tutte le costituzioni dell'imperatore dalmata risalenti al biennio 293-294 d.C. sarebbero state inserite nella raccolta ermogeniana, che infatti risulta pubblicata proprio nel 295 d.C. La vicinanza temporale al materiale utilizzato per la compilazione ha fatto sì che mancasse «materialmente il tempo per una elaborazione sia delle costituzioni ivi raccolte che della sistematica del Codice stesso. Il suo autore non ha compiuto probabilmente neanche un lavoro di cernita, ma riprese tutte le costituzioni del biennio 293-294 dai registri della cancelleria ... si è limitato a distribuirle, entro l'unico libro del Codice, secondo rubriche assai comprensive ricalcate sul Codice Gregoriano. Le costituzioni del biennio 293-294 sono entrate, insomma, nel Codice Ermogeniano così presto da sottrarsi a travagli elaborativi: se hanno subito riduzioni, scissioni, manipolazioni, queste sono da attribuire ad interventi posteriori e soprattutto ai compilatori giustiniani», cfr. M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano, 1960, 9 s. Sui due codici di età diocleziana v. M.U. SPERANDIO, *Sullo scopo delle codificazioni tardoantiche, I: i 'codices' dell'età diocleziana*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno internazionale in onore di G. Crifò*, II, Roma, 2010, 975 ss. Sulle caratteristiche stilistiche delle costituzioni diocleziane, v. J.N. DILLON, *The Emperor's New Prose: the Style of the Legislation of Diocletian*, in *Diocleziano*, cit., 285 ss.

*compertum est, ut eos sub hac condicione instituat heredes, si a patre emancipati fuerint, atque eo pacto secundum tabulas bonorum possessionem patrem cum re accipere non videri, qui condicione minime obtemperavit, neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum, restituere debet. <a. 301 D. III non. Iul. Antiochiae Titiano et Nepotiano cons.>*⁶⁶⁰

La testatrice ha disposto nel proprio atto di ultima volontà che i figli le siano eredi, ma, atteso il risentimento che la medesima provava per la condotta di vita del marito, padre dei suoi discendenti, e atteso che, essendo i figli *in potestate* di quest'ultimo, il coniuge avrebbe approfittato della delazione ereditaria, acquistando al suo patrimonio i beni comprendenti la quota dei figli, ella subordinò l'efficacia della *heredis institutio* all'emancipazione dei figli da parte del padre. Di talchè, il marito non avrebbe potuto – in assenza di avveramento dell'evento in condizione – ottenere la *bonorum possessio secundum tabulas*⁶⁶¹ (di testamento pretorio probabilmente si trattava) e conservarla *cum re*, né, soprattutto, avrebbe potuto intentare l'azione di inofficiorum in nome dei figli, poiché – scrivono Diocleziano e Massimiano – la disposizione in esame non si risolve in alcuna *iniuria*⁶⁶² perpetrata dalla madre ai figli, bensì in uno strumento protettivo dei loro interessi⁶⁶³.

Gli estremi di questa decisione imperiale – che peraltro non sembra, neppure in questo caso, essere latrice di una innovazione, ma piuttosto fautrice di una

⁶⁶⁰ Sul testo v. D. DALLA, *'Praemium emancipationis'*, Milano, 1983, 31.

⁶⁶¹ Circa la sopravvivenza del sistema pretorio della *bonorum possessio* in età tardo antica, specie con riferimento alla *bonorum possessio sine tabulis*, v. F. PULITANÒ, *Ricerche sulla 'bonorum possessio ab intestato' nell'età tardo-romana*, Torino, 1999, 3 ss.

⁶⁶² Qui da intendersi col significato di «torto, pregiudizio, illegalità» come sostenuto da M.L. BICCARI, *Sul titolo 'de iniuriis' del codice giustiniano: le costituzioni di Diocleziano e il diritto classico*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, LXXXIII, 2016, 207, nt. 3.

⁶⁶³ La dottrina si è interrogata su quale potesse essere la situazione concreta prospettata alla cancelleria diocleziana, e su chi fosse, nello specifico, quel Menodoto indicato nell'*inscriptio* e destinatario del rescritto: alla risalente posizione del SOLAZZI, *Sulla 'condicio emancipationis'*, in *Arch. Giur.*, LXXXVI, 1921, 174 ss., per il quale il testo originario sarebbe stato redatto in seconda persona, anziché in terza – e quindi il *restituere debet* sarebbe stato in realtà *restituere debes* –, con la conseguenza che il personaggio rivoltosi agli imperatori era il marito della defunta, si è contrapposta – mi pare convincentemente – l'opinione di O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Testamentary succession*, cit., 167 e nt. 53, propensa a ritenere che «Menodotus is the person who requested the husband to give up the estate. The woman must have added a substitution to the *heredis institutio* in order to prevent her husband from laying hands on the estate by refusing to emancipate the children and then by letting them inherit upon intestacy». L'ipotesi prospettata, pur se non sorretta da alcun addentellato testuale e quindi non sottoponibile a una prova di resistenza, sembra accettabile.

disciplina giuridica già esistente – riecheggiano anche in una costituzione giustiniana di due secoli successiva. Scrive Giustiniano, nel 529 d.C., che

Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. C. 3.28.33.1: Legis autem veteris iniquitatem tollentes, ut non diutius erubescat posita, quam Iulius Paulus in suis scripsit quaestionibus, hanc piissimam adgredimur sanctionem. cum enim infantem suum non posse ingratum a matre sua vocari scripsit neque propter hoc ab ultima suae matris hereditate repelli, nisi hoc odio sui fecerit mariti, ex quo infans progenitus est, hoc iniquum iudicantes, ut alieno odio alius praegravetur, penitus delendum esse sancimus et huiusmodi causam liberis non tantum infantibus, sed etiam quamcumque aetatem agentibus opponi minime concedimus, cum possit sub condicione emancipationis hereditatem suam mater filio derelinquens et patris odium punire et iuri filii sui minime nocere nec suam naturam fallere. satis enim crudele nobis esse videtur eum qui non sentit ingratum existimari. <a. 529 D. XV k. Oct. Chalcedone Decio vc. cons.>⁶⁶⁴

La costituzione citata è di notevole interesse specie perché ricorda una posizione paolina non riprodotta dai commissari di Triboniano nelle Pandette⁶⁶⁵. Sosteneva, in poche parole, il giurista severiano – nelle sue *Quaestiones* – che un figlio *infans* non potesse essere diseredato come *ingratus* dalla madre e pertanto escluso dalla sua successione: facile è aggiungere che la motivazione che probabilmente egli avrà addotto era imperniata sul fatto che, a causa della giovanissima età, il figlio non poteva aver arrecato alcuna offesa alla genitrice, tale da comportare la sottrazione a lui dei beni materni.

Tuttavia, in un caso una disposizione di tal genere avrebbe superato positivamente il vaglio giudiziario e non sarebbe andata incontro a caducazione: quando la madre avesse diseredato il discendente *odio sui mariti*, allo scopo di prevenire la (per vero certa) possibilità che dei beni relitti godesse il precedente compagno, padre del figlio nominato erede, in virtù del vincolo potestativo ancora in essere⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ Per un'analisi dettagliata v. S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'Reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, Bologna, 2010, 14 ss.; D. DALLA, *'Praemium emancipationis'*, cit., 31 ss e 93 ss.

⁶⁶⁵ Il rapporto tra la legislazione giustiniana e le citazioni in essa della giurisprudenza è ben indagato da G. LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, spec. 258 ss.

⁶⁶⁶ Cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano. III. La famiglia-Rapporti patrimoniali-Diritto pubblico*, Milano, 1954, 344.

Orbene, contro tale posizione⁶⁶⁷ reagisce Giustiniano, il quale – volendo eliminare una *iniquitas* rinvenuta nella *antiquae leges* che faceva, assai enfaticamente, ‘arrossire’ il diritto – sancì che siffatta causa di esclusione fosse recisamente cancellata: e ciò tanto che a esserne stato destinatario fosse un figlio *infans* quanto un discendente adulto, ma pur sempre – è ovvio – *in potestate* dell’odiato padre.

L’imperatore sembra voler chiudere definitivamente le porte alla validità di questa clausola: se ne ricava dunque che il risvolto di questa costituzione risiedeva nel fatto che una disposizione articolata nel modo anzidetto sarebbe stata considerata nulla, con la conseguenza che non sarebbe stato più consentito che «ai figli, qualunque sia la loro età, venisse opposta la causa di ingratitudine»⁶⁶⁸.

La menzionata nullità, peraltro, era temperata proprio dalla facoltà per la testatrice, in ossequio a quanto già ritenuto legittimo da Diocleziano, di apporre alla *heredis institutio* una condizione sospensiva concernente l’avvenuta emancipazione del figlio istituito.

L’analisi degli altri rescritti dell’imperatore dalmata non riserva soverchio interesse, perché in essi il principe si limita a riaffermare principi classici⁶⁶⁹, attinenti, in particolare, ai presupposti sostanziali di esperibilità della querela⁶⁷⁰,

⁶⁶⁷ Suggerisce tuttavia S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 19 che non sarebbe possibile considerare «del tutto attendibile la testimonianza» contenuta nella costituzione, nel senso – almeno mi sembra di capire – che Paolo necessariamente dovesse sostenere la validità dell’esclusione dalla successione del figlio dai beni materni *odio mariti*: ciò perché «dall’analisi di passi del Digesto trapela che la volontà che i beni derivati *mortis causa* ai figli non vadano all’avente potestà è comune ad ogni disponente, e non solo alla madre», citando a supporto Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.3.8, Afr. 2 *quaest.* D. 28.5.47, Pap. 6 *resp.* D. 29.4.27.1, Ulp. 5 *fideicomm.* D. 35.1.92, Iav. 8 *epist.* D. 45.1.107, nonché Pomp. 4 *ad Sab.* D. 37.4.16, su cui si sofferma più distesamente. In tutte queste ipotesi la volontà del disponente di scongiurare che il proprio patrimonio vada, per il tramite di un soggetto in potestà, a persona non gradita è sempre tutelata, anche a costo di una compressione dei diritti successori. Donde, probabilmente, il carattere puramente ‘d’occasione’ della citazione di Paolo, quale esponente, in questo caso, della posizione della giurisprudenza classica: «il richiamo dell’iniquità dell’antica legge sembra insomma un mero alibi per introdurre la riforma», conclude la Di Maria. Per parte mia, credo che la citazione di Paolo sia genuina: è ovvio che una parola definitiva sulla questione – in assenza di riflessi tangibili del pensiero paolino *in subiecta materia* nei *Digesta* – non è fattibile spenderla, ma mi persuade nel senso della genuinità il fatto che si ricorda puntualmente l’opera da cui l’opinione è stata estrapolata, ossia le *Quaestiones*.

⁶⁶⁸ V. S. DI MARIA, *La cancelleria*, cit., 16.

⁶⁶⁹ Ciò in linea del resto con le caratteristiche generali delle costituzioni che risalgono all’imperatore dalmata: la sua legislazione, infatti, «nel campo del diritto privato è conservatrice; fa uso ampio di rescritti; i rescritti rivolti a privati hanno di regola funzione confermativa o integrativa», così P. VOI, *Note sull’efficacia delle costituzioni imperiali. I. Dal principato alla fine del IV secolo*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982, 657 ss., ora in ID., *Studi in di diritto romano*, II, Padova, 1985, (da cui si cita), 292.

⁶⁷⁰ Cfr. *Imp. Diocletianus et Massimianus AA. Faustinae C. 3.28.18: Cum te pietatis religionem non violasse, sed mariti coniugium quod fueras sortita distrahere noluisse ac propterea offensum atque iratum patrem ad exheredationis notam prolapsam esse dicas, inofficiosi testamenti querellam inferre non vetaberis.* <a. 286 pp. Nicomediae XVI k. Mart. Maximo II et Aquilino

alla gerarchia di successibili e quindi alla possibilità che un parente possa sottrarre a un altro parente l'eredità ad esso delata dal testatore⁶⁷¹, alla facoltà per il *de cuius* di prevedere una sostituzione pupillare per il figlio⁶⁷², alla riaffermazione del principio per cui spetta al querelante dimostrare l'iniquità del comportamento del testatore nei suoi confronti⁶⁷³, all'obbligo di lasciare la *portio debita* in caso di *divisio parentis inter liberos*⁶⁷⁴.

3. Le costituzioni di Costantino: parte I.

Se l'intervento di Diocleziano, in tema di *querela inofficiorum testamenti*, ricalcò in massima parte i tratti fondamentali che un progressivo sedimentarsi della riflessione giurisprudenziale classica aveva delineato, senza addurre novellazioni sostanziali, l'opera nomotetica di Costantino, seppur ridotta – per quanto è a nostra conoscenza – a sole tre costituzioni, introdusse una significativa modificazione⁶⁷⁵,

conss.>; *Imp. Diocletianus et Massimianus AA. Apollinari C. 3.28.19: Si filia tua turpiter et cum flagitiosa foeditate vivit, ut a successione tua eam excludendam putes, si non inconsulto calore, sed ex meritis eius ad id odium incitatus es, postremi iudicii liberum arbitrium habebis.* <a. 293 D. XV k. Iul. Sirmi ipsis V et III AA. conss.>; *Imp. Diocletianus et Massimianus AA. et CC. Sabiniano C. 3.28.20: Filia in orbitate patris relicta cum marito, cui matre volente nupsit, colens concordiam iustas offensionis post eiusdem matris paenitentiam causas non praestat nec ex momentariis voluntatibus matris nupta atque vidua esse iure compellitur.* <a. 294 D. non. Ian. Sirmi CC. conss.>; *Imp. Diocletianus et Massimianus AA. et CC. Successo C. 3.28.24: Testamentum militis filii familias in castrensi peculio factum neque a patre neque a liberis eius per inofficiorum querellam rescindi potest.* <a. 294 D. III non. Dec. Nicomediae CC. conss.>.

⁶⁷¹ Cfr. *Imp. Diocletianus et Massimianus AA. et CC. Statillae C. 3.28.22: ... Quod si iam obtinuit vel postea vincat, quodcumque maritus mortis suae tempore debuisset tibi perhibetur, idem ab ea reddi oportet* (a. 294).

⁶⁷² Cfr. *Imp. Diocletianus et Massimianus AA. et CC. Serapioni suo salutem C. 3.28.26: Ex tribus unciis herede instituto filio intra pubertatis annos directam non inutiliter a patre fieri substitutionem certum est.* <a. 304 D. V k. Sept. Nicomediae Diocletiano VIII et Maximiano VIII AA. conss.>

⁶⁷³ Cfr. *Imp. Diocletianus et Massimianus AA. et CC. Heracliano C. 3.36.16: Filii patris testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. sed si tam circa testamentum quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibuscumque verbis voluntas eius declarata sit, licet intestato ei fuerit successum, ex senatus consulto retentionis modo servato familiae eriscundae iudicio aditum iudicem sequi voluntatem oportere iuris auctoritate significatur.* <a. 293 D. VIII k. Sept. AA. conss.>.

⁶⁷⁴ Cfr. *Imp. Diocletianus et Massimianus AA. et CC. Fortunato C. 3.36.21: Si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater communis iudicio suo qualicumque indicio suam declaravit voluntatem, inter eos qui successerunt, exemplo Falcidia retentionis habita ratione, familiae dividendae causa datus arbiter (virili praeterea portione eorum, quae nulli specialiter vel generaliter adsignavit, facta divisione) in adiudicando patris sequetur voluntatem.* <a. 294 VI k. Dec. CC. conss.>

⁶⁷⁵ Ciò non stupisce se si considera la profonda differenza che corre (non solo a livello di legislazione) tra Diocleziano e Costantino: mentre il primo ha ancora lo sguardo rivolto verso il vecchio mondo, che tenta strenuamente di recuperare o comunque di conservare, l'imperatore

attinente proprio ad uno dei nodi principali del rimedio, ossia la legittimazione attiva dei parenti collaterali.

È opportuno precisare sin d'ora che il tenore originale degli interventi dell'imperatore cristiano ci è noto grazie ai compilatori di Teodosio II, che ne hanno serbato il ricordo nella loro raccolta⁶⁷⁶: ciò ci consente di effettuare un confronto con la versione accolta dai membri del gruppo di lavoro coagulato da Triboniano, il quale ha modificato le costituzioni costantiniane non solo nella forma, ma anche (seppur poco) nella sostanza.

Il titolo XIX, del libro II, del *Codex Theodosianus*, dedicato al testamento inofficioso, si apre con una *lex* del 319 d.C.

C.Th. 2.19.1: *Fratres uterini ab inofficioris 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.* <Dat. id. April. Sirmio, Constantino A. V. et Licinio C. cons.>

La cancelleria imperiale nega che i fratelli uterini (ossia quelli aventi in comune solo la madre) possano instaurare una causa di inofficioritas; ammette invece i fratelli germani (quelli, cioè, aventi – letteralmente – in comune tanto il padre quanto la madre) a esercitare la *petitio* (dei beni ereditari), nella perduranza del vincolo agnatizio senza l'*auxilium praetoris*, ma a patto che gli eredi istituiti siano colpiti da *turpitude*.

L'abbozzata parafrasi qui proposta dimostra che il provvedimento costantiniano, nella sua stringatezza e forse eccessiva asciuttezza, cela molteplici aspetti che meritano di essere presi in considerazione.

cristiano «è il più violento rivoluzionario della storia romana: egli ha avuto il coraggio di spezzare con i vecchi sistemi, e di accettare senza grandi compromessi il portato dell'enorme trasformazione che si era compiuta nell'impero», come osservato da S. MAZZARINO, *L'impero romano*, II, 694 s. La ventata rivoluzionaria si riflette, ovviamente, anche sulle modalità di creazione del diritto, non più veicolata dai *rescripta*, ma dalle *leges*: ha rilevato, infatti, M. AMELOTTI, *Tardo antico, basso impero, impero bizantino*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. X Convegno Internazionale in onore di A. Biscardi*, a cura di G. Crifò e S. Giglio, Napoli, 1995, 29 che «il radicale passaggio dal rescritto alla *lex generalis* non è un fatto casuale derivante dallo stato delle fonti, ma implica una diversa politica legislativa, che vede Diocleziano operare ancora da giureconsulto e Costantino da autocrate e si ricollega al completo mutamento di uomini, dopo la crisi da cui esce vincitore Costantino, nella cancelleria imperiale». V. anche M. AMELOTTI, *Legge e volontà imperiale*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 16 ss., ove riporta il giudizio espresso da Ammiano Marcellino nei suoi *Rerum gestarum libri* 21.10.8 che qualifica Costantino *novator turbatorque priscarum legum et moris antiquitus recepti*.

⁶⁷⁶ V. J. GAUDEMET, *Les constitutions constantiniennes du Code Théodosien*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti V convegno Internazionale (Spello - Perugia - Bevagna - Sansepolcro, 14-17 ottobre 1981)*, Città di Castello, 1983, 135 ss.

Innanzitutto, vi è per la prima volta la distinzione all'interno della categoria dei fratelli, tra coloro che vantano un legame solo *ex matre* e coloro che invece si fregiano (quantomeno) di un legame *ex patre*: di tale differenziazione non si erano mai occupate le fonti classiche tradite nel Digesto⁶⁷⁷, il che fa lecitamente sostenere che ogni fratello – che potesse vantare un titolo successorio di diritto civile oppure pretorio in via bonitaria – potesse impugnare le *tabulae* testamentarie di un altro fratello.

Così come potevano farlo le sorelle: non vi è infatti motivo di credere che esse dovessero essere escluse, non residuando testi contrari sul punto; né, d'altro canto, l'omissione della loro indicazione nella costituzione in commento può fondatamente indurre a pensare che Costantino volesse espungere dal novero dei legittimati le sorelle, il cui potere d'azione – all'opposto – era stato da ultimo sancito inequivocabilmente da Diocleziano, come si è visto, e si ritroverà poi in Giustiniano⁶⁷⁸. Una innovazione di tal portata sarebbe stata accompagnata, presumibilmente, da una esplicita indicazione *ad excludendum: a fortiori* perché un'eliminazione delle sorelle dal novero dei legittimati parrebbe non avere alcuna giustificazione particolare; probabile è, invece, che la cancelleria costantiniana – ovvero i commissari teodosiani che hanno provveduto a collezionare la compilazione, forse intervenendo sul testo – intendesse con il termine *fratres* i collaterali di secondo grado sia maschi che femmine.

Di ben maggior momento è la corretta esegesi del lemma *germaniis*: di primo acchito – e secondo una traduzione del vocabolo corrente ai nostri giorni⁶⁷⁹ – la costituzione avrebbe fatto riferimento ai figli aventi in comune sia il padre che la madre, contrapponendoli a coloro che invece godevano del solo legame materno.

Vi sono buoni motivi, tuttavia, per escludere che codesta sia la lettura corretta⁶⁸⁰: si è notato, infatti, che «con ogni probabilità l'imperatore fa riferimento,

⁶⁷⁷ Qui si nota quindi quella caratteristica dell'attività normativa di Costantino già individuata dall'Archi, che ha rilevato come l'opera giuridica dell'imperatore cristiano «suggerisce l'idea di essere dovuta alle diverse contingenze dei vari momenti. Essa appare frammentaria e causale. Nessuna preoccupazione, specie nei testi concernenti le riforme degli istituti di diritto privato, a collegarsi con la normatività del passato. Direi che proprio per questo isolamento si caratterizza Costantino legislatore». G.G. ARCHI, *I principi generali del diritto. Compilazione teodosiana e legislazione giustiniana*, in *SDHI*, LVIII, 1991, 124 ss., ora in ID., *Scritti di diritto romano*, IV, 1995, 13, da cui si cita.

⁶⁷⁸ Cfr. C. 3.28.27 e I. 2.18.1 che si analizzeranno a breve.

⁶⁷⁹ Sul significato del termine per noi moderni non vi sono dubbi. Quanto, invece, al senso che esso aveva nella lingua originaria v. *Th.l.l.* vol. VI.2, p. 1914 ss., voce '*germanus*', che riannoda l'origine del termine al lemma '*germen*', come rilevato da Paul.-Fest. voce '*germen*' (Lindsay, 95): *germen est, quod ex arborum surculis nascitur*, «unde et -i, quasi eadem stirpe geniti».

⁶⁸⁰ Già se ne era accorto il Gotofredo, nel cui commentario al Codice teodosiano, uscito nel 1665, scriveva che «Germani fratres sunt, eodem germine nati, ut testatur Servius in 5 *Eneid*. Etsi non eadem matre nati: iidem proinde cum consanguineis». Cfr. *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi*, I, Hildesheim-New York, 1975, 197 s.

con questo termine, ai fratelli che abbiano in comune il padre» poiché è «solo con Giustiniano, e precisamente con la Novella 84 del 539, [che] si dispose un differente trattamento dei fratelli unilaterali ... rispetto a quelli uniti da vincolo bilaterale ... Sino al 539 il termine *germani* compare, sebbene piuttosto raramente, nella legislazione imperiale ad indicare ora i fratelli in senso generico, ora i fratelli *consanguinei*, cioè aventi il medesimo padre, in contrapposizione rispetto a quelli *uterini*»⁶⁸¹. In questo senso militano anche due fatti: nella 'riedizione' giustiniana della costituzione scompare il termine *germanis*, in favore dell'utilizzo del – ben più appropriato – lemma *consanguinei*; nella *Interpretatio*⁶⁸² acclusa alla *lex* costantiniana si legge, testualmente, «*sed germanis fratribus praetermissis, id est uno patre natis*», la quale dunque riconduce a sistema l'utilizzo del termine *germani* da parte della cancelleria imperiale.

Se una certa concordia è rinvenibile, in letteratura, sul significato (reale) della parola *germanis*, lo stesso non si può dire quanto all'interpretazione della locuzione *agnatione durante sine auxilio praetoris*.

Vi è infatti chi ha sostenuto che solo i fratelli che ancora siano agnati del defunto possano intentare la *querela*, mentre i *cognati* non sarebbero legittimati⁶⁸³; altri invece, hanno rifiutato una simile esegesi, propendendo per una differente comprensione del passo: tanto i fratelli agnati quanto i cognati sarebbero ammessi all'esperimento della *querela*, ma quest'ultimi solo dover aver chiesto e ottenuto la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, incombenza che riempirebbe di contenuto il riferimento all'*auxilium praetoris* presente nella *lex*⁶⁸⁴.

Ora, credo che una tesi non possa in via assoluta prevalere sull'altra, poiché la stringatezza del linguaggio della cancelleria non consente di potersi orientare con sicurezza in uno dei due sensi.

⁶⁸¹ Così A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 37; concordi anche A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimacion*, cit., 115 s.; P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, cit., II, 730; C. DUPONT, *Les successions dans les constitutions de Constantin*, in *IURA*, XV, 1964, 73; M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 360; non prende posizione, invece, G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 12.

⁶⁸² *Fratribus uterinis, id est diversis patribus et una matre natis, non liceat de inofficioso contra testamentum fratris agere. Sed germanis fratribus praetermissis, id est uno patre natis, si turpibus personis, id est infamibus fuerit hereditas derelicta, hoc est aut pro libidine meretricibus, aut pro inhonesto affectu naturalibus aut certe thymelicis, vel de libertis suis, agendi contra testamentum licentia reservatur: si tamen is ipse germanus non pro crimine suo exilio fuerit deputatus, aut per captivitatem fuerit servus effectus, aut per emancipationem successionis vel actionis iura perdiderit.*

⁶⁸³ Cfr. P. VOICI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I. Le costituzioni del IV secolo*, in *IURA*, XXIX, 1978, 17 ss., ora ID., in *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, (da cui si cita) 81 ss. e spec. 105, il quale addirittura ipotizza che «può pensarsi che già la prassi limitasse in modo analogo il diritto dei fratelli»; ID., *Diritto ereditario romano*, cit., II, 730; C. DUPONT, *Les successions*, cit., 73, ma anche Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., 198.

⁶⁸⁴ Cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 424.

Osservo, solamente, che contro la prima lettura si potrebbe sostenere che sarebbe stato anacronistico da parte di Costantino arroccarsi in una difesa a oltranza del vincolo agnatizio, tenuto conto del fatto che la storia stessa della *querela inofficiosi testamenti* comprova la tensione del collegio centumvirale prima, dei giudici *extra ordinem* e della riflessione giurisprudenziale poi, verso un superamento del rigidissimo catalogo successorio stilato dalle XII Tavole (che proprio e solo sull'*agnatio* erano ordinate), onde consentire un'affermazione del vincolo di *cognatio*⁶⁸⁵. Se davvero l'imperatore avesse voluto riservare l'impugnazione ai soli fratelli ancora agnati si sarebbe posto in netta controtendenza con il diritto precedente, ma anche successivo, visto che in Giustiniano non vi è traccia di una distinzione tra parenti 'civili' e 'naturali'⁶⁸⁶.

Inoltre, trovo convincente l'argomento svolto dal Sanguinetti, là ove ritiene che «se si intendesse ... la disposizione nel senso che comunque i fratelli *germani* solamente *cognati* del *de cuius* non potevano intentare la *querela* l'abbinamento dei termini *agnatione durante* e *sine auxilio praetoris* costituirebbe una tautologia tanto palese quanto inutile; infatti è ovvio che un agnato del defunto, essendo suo successore *iure civili*, non aveva alcun bisogno di ricorrere all'ausilio del pretore»⁶⁸⁷: e ciò, comunque, fermo restando il mio pensiero circa il corretto inquadramento della figura di *bonorum possessio* di cui è menzione in D. 5.2.8 pr.

Al verso opposto, e quindi a favore della prima lettura, si potrebbe addurre un segmento dell'*Interpretatio*, già incontrata, al passo in esame: nell'illustrare quali cause avrebbero impedito al *germanus* di accedere al rimedio di inofficiosità, l'ignoto commentatore evidenzia che «*per emancipationem successionis vel actionis iura perdiderit*». È noto che l'emancipazione ha, quale risolto pratico, proprio la rottura del vincolo agnatizio intercorrente tra il *filius* (divenuto *sui iuris*) e il *pater* (che diverrà nei suoi confronti *parens manumissor*), mentre, invece, «la *capitis deminutio* dell'emancipato non incide sulla *cognatio*»⁶⁸⁸. Nel lacerto si dice, icasticamente, che in seguito alla procedura emancipatoria il fratello perde, nei confronti del defunto, i diritti di successione e di azione: questa asserzione ha senso solo se si hanno, come presupposto dei diritti di successione, le norme dettate dal *ius civile*, alle quali dunque il commentatore faceva riferimento. Se a queste soltanto

⁶⁸⁵ V. anche P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, XXIII, 1911, 194.

⁶⁸⁶ Del resto, ciò non rispecchierebbe neppure le linee di fondo della politica del diritto – in materia successoria – adottata da Costantino se è vero che l'intervento dell'imperatore cristiano si è estrinsecato in «innovazioni parziali, a colpi di spillo, e [in] limitazione del diritto degli *agnati* in favore dei *cognati*», a mente dello studio condotto da P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, cit., 87.

⁶⁸⁷ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 38.

⁶⁸⁸ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 130.

pensava anche Costantino quando elaborò la *lex* qui esposta, non è dato sapere con certezza.

Un ulteriore aspetto della *epistula*⁶⁸⁹ su cui è doveroso fissare l'attenzione riguarda lo *status* di persone turpi che gli eredi istituiti dovevano avere nel caso in cui del rimedio di inofficiosità volessero servirsi i fratelli in linea maschile: essi, stando al tenore dell'atto normativo, dovevano essere connotati da *notas detestabilis turpitudinis*. Viene, dunque, per la prima volta codificato il principio – forse non alieno neppure ai primordi della *querela inofficiosi testamenti*⁶⁹⁰ – per cui un fratello merita di evertere il testamento del defunto non solo se egli ha osservato i doveri pietativi verso il *de cuius*, ma anche se – fermo il primo requisito testè nominato – l'istituto sia un soggetto al quale la delazione dell'eredità sia sconsigliata (dall'ordinamento).

Ciò detto, è opportuno sottolineare – per ben inquadrare quest'ultimo dettaglio – che il carattere turpe del soggetto istituito non poteva costituire una condizione dell'azione rilevabile *in limine litis*, ossia non valeva ad escludere in rito (si direbbe in termini moderni) l'azione: non poteva dunque funzionare quale vero e proprio limite di esperibilità della *querela*. Questo perché la particolare 'qualità' degli *heredes scripti* non poteva che emergere nel contraddittorio giudiziale, con onere della prova in capo all'impugnante: solo, quest'ultimo dinanzi al giudice – per poter avere accesso allo strumento rimediale – avrebbe dovuto allegare (non già subito provare) lo *status* del convenuto. Certo, invece, che se non avesse fornito la prova di questo fatto, giammai avrebbe potuto vincere, ancorché avesse tenuto un comportamento irreprensibile verso il defunto quando costui era ancora in vita: e ciò, fermo restando che in ogni caso «el hermano o hermana que alegan la condición de *turpis* del istituido, parece que no deben tener mancha alguna en su reputación, pues en tal caso resultaría injusto acusar a otra persona del algo de lo que se adolece»⁶⁹¹.

Infine, non può passare inosservato che, nella *lex* qui sottoposta a vaglio, emerge il carattere petitorio della *querela*: l'imperatore, infatti, si esprime nei termini di *aditus petitionis*, il che non fa che dimostrare come sicuramente nel periodo postclassico – in cui la sola giurisdizione cogniziale era attiva – l'azione di

⁶⁸⁹ Così è classificata la costituzione in P. VOCI, *Note*, cit., 298.

⁶⁹⁰ Cfr. J.M. RIBAS-ALBA, *La desheredación*, cit., 222 s., che cita a supporto Val. Max. 7.8.4: *Item Pompeius Reginus uir transalpinae regionis, cum testamento fratris praeteritus esset et ad coarguendam iniquitatem eius binas tabulas testamentorum suorum in comitio incisas habita utriusque ordinis maxima frequentia recitasset, in quibus magna ex parte heres frater erat scriptus, praelegabaturque ei centies et quinquagies sestertium, multum ac diu inter adsentientes indignationi suae amicos questus, quod ad hastae iudicium adtinuit, cineres fratris quietos esse passus est. et erant ab eo instituti heredes neque sanguine Regino pares neque proximi, sed alieni et humiles, ut non solum flagitiosum silentium, sed etiam praelatio contumeliosa uideri posset.*

⁶⁹¹ Cfr. A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimación*, cit., 122.

inofficiosità se non già da intendersi, come per i giustinianeî, una *petitio hereditatis ex nomine de inofficioso*, quantomeno aveva una componente vindicatoria dei beni, in linea con quanto si è supposto circa il cumulo tra rimedio rescindente e petitorio che avrebbe connotato la querela agita nel processo *extra ordinem*.

Nella compilazione teodosiana trova asilo anche una seconda *epistula* costantiniana, la cui datazione è dubbia⁶⁹²:

C.Th. 2.19.3: *Servus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium quam infamiam consequi videtur. Unde claret, actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cum infamiae aspergitur vitiis is, qui heres existit, omniaque fratribus tradi, quae per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non potest institutus. Ita in hac quoque parte, si quando libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiosi actione proposita praevalent in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere. <Dat. VII. kal. Aug. coloniae Agrippinae, Pacatiano et Hilariano consss.>*

L'andamento sofferto del periodare e una certa confusione nell'argomentazione rendono l'atto normativo summentovato di difficile lettura: ciò che si coglie, in ogni caso, è una sua contiguità *ratione materiae* con l'epistola analizzata in precedenza, e questo è il motivo per cui si è deciso di proporre l'esegesi di questo testo prima di quello (cronologicamente precedente) serbato in C.Th. 2.19.2.

Passando direttamente alla fonte, essa è diretta a risolvere un caso ben preciso: se i fratelli (non ulteriormente declinati nel testo legislativo, dunque senza le distinzioni rinvenute in C.Th. 2.19.1) possano o meno intentare la *querela* nei confronti dello schiavo istituito erede e manomesso dal fratello nel proprio testamento. Una simile disposizione era motivata dal fatto che – con tutta probabilità – il *de cuius* aveva accumulato nel corso della sua esistenza un ingente quantitativo di debiti, che rendevano l'eredità una *damnosa hereditas*: in tali fattispecie era consuetudine per l'ereditando nominare erede – e contemporaneamente affrancare – un proprio schiavo, cosicché sarebbe ricaduta su di lui, anziché su di un proprio familiare od amico, l'*infamia* susseguente a un'esecuzione forzata avviata dai creditori; invero, il servo, mercé una tale disposizione, non avrebbe potuto rifiutare l'accettazione dell'eredità, essendo qualificato come *heres necessarius*, di talché il testatore poteva confidare sul fatto che la predetta nota d'infamia non avrebbe macchiato la propria famiglia.

⁶⁹² Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 42 ss.

Un tanto emerge dalla prima proposizione dell'epistola, là dove Costantino afferma che il servo sembra aver conseguito – attraverso l'*heredis institutio* – più l'*infamia* che il *patrimonium*.

Così inquadrata la fattispecie, possono i fratelli del defunto impugnare le *tabulae* con la *querela inofficiosi testamenti*?

Sull'interpretazione della risposta addotta dalla cancelleria non vi è certezza: mentre Gotofredo e Dupont ritengono che la soluzione debba essere negativa, il Voci propende per l'ipotesi opposta, sottolineando come il potere d'azione dei fratelli *in hoc casu* risieda nel «loro diritto di esperire la *qit.* contro ogni persona turpe: e qui per il liberto c'è la previsione dell'*infamia*»⁶⁹³. Sostanzialmente in linea con la tesi dello studioso patavino è la posizione assunta da Sanguinetti, il quale azzarda anche una traduzione – assai libera – del passo, postulando che il discorso dell'imperatore non dovesse «essere interpretato ... come la soluzione di un problema giuridico», quanto piuttosto come «un consiglio sul da farsi» che Costantino abbia voluto «dare a chi ... in procinto di morire lasciando un patrimonio gravato da un forte passivo, non voglia danneggiare i propri congiunti»⁶⁹⁴.

Per parte mia, mi sento di accedere all'interpretazione proposta da Pasquale Voci: questa, peraltro, sembra avvalorata dalla *Interpretatio* posta in calce alla costituzione, così articolata:

I. C.Th. 2.19.3: *Si servo pro necessitate debiti a domino cum libertate hereditas fuerit dimissa, quia huiusmodi persona videtur infamis, germanis fratribus, qui praetermissi sunt, agendi contra testamentum datur facultas: ut remota infami persona, salva tamen, quam meruit, libertate, hereditatem germani fratres ad se debeant revocare. Nam et si praetermissis fratribus liberti per testamentum heredes fuerint instituti, simili modo germani defuncti eos a bonis fraternae hereditatis excludent, sibi que omnia, quae reliquerit, vindicabunt.*

Se un *dominus* a causa della propria grave situazione debitoria devolve l'eredità a un suo servo unitamente alla libertà⁶⁹⁵, ai fratelli germani che sono stati

⁶⁹³ Cfr. P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, cit., 106.

⁶⁹⁴ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 44 s.

⁶⁹⁵ La libertà doveva essere espressamente conferita con disposizione *ad hoc*: da quanto apprendiamo leggendo I. 2.14 pr. (il testo recita: *Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos tam proprios quam alienos. proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat. hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert*), infatti, in passato il servo che veniva istituito erede doveva

pretermessi è data facoltà di agire *de inofficioso*: e la motivazione risiede proprio nella circostanza che la persona (dell'erede) sembra essere infame. All'esito dell'impugnazione, eliminata dal novero dei successori la persona infame (ossia l'ex schiavo), ma fatta salva – *favore libertatis* – l'affrancazione di quest'ultimo, i fratelli germani sono ammessi al recupero dei beni fraterni.

La mano del commentatore contribuisce non poco a chiarire il tenore dell'arresto costantiniano, emendandolo e uniformandolo anche alla precedente costituzione imperiale, visto che nell'*interpretatio* campeggia l'aggiunta – quasi fosse una sorta di interpretazione autentica – del termine *germani* ai fratelli ammessi al rimedio contro il testamento.

Se questo è il significato della *lex*, essa non va esente da almeno un rilievo sul piano giuridico: atteso che un ingente ammontare debitorio non comporta di per sé il sorgere dell'*infamia* per un debitore, ma a tale conseguenza si arriva solo dopo l'avvio dell'azione esecutiva da parte dei creditori⁶⁹⁶, e atteso ugualmente che non è certo che i creditori avessero e avranno intenzione di avviare l'espropriazione forzata, ebbene, se ciò non accadesse, verrebbe meno la giustificazione alla base del responso costantiniano, per come essa è stata individuata dal Voci, confermata dalla *Interpretatio* e qui accolta: ossia il carattere turpe – perché *infamis* – dell'ex schiavo. L'epistola imperiale, dunque, poteva contenere degli elementi fattuali a noi non tramandati, che forse avrebbero consentito di giungere a una maggior comprensione della costituzione.

Né si comprende su chi, poi, in via definitiva, sarebbe caduta l'*infamia*: se essa avesse seguito i beni – quindi ricadendo su chi era il proprietario delle *res hereditariae* al momento dell'escussione – i fratelli querelanti ne avrebbero sopportato il peso, con ciò, però, vanificando la 'costruzione liberatoria' posta in essere dal debitore. Ipotesi, questa, peraltro, di dubbia realizzabilità, poiché difficilmente i fratelli si sarebbero fatti carico di un'eredità passiva e oltretutto dell'*infamia*. Viceversa, potrebbe sostenersi che l'*infamia* rimanesse impressa solo su chi fu '*primus heres*' del defunto in decozione, ossia sullo schiavo, che allora proprio per questo motivo – o meglio anche per questo motivo – conserva la libertà (come induciamo dalla *interpretatio*) nonostante l'intervenuta eversione totale del testamento.

Più chiara appare, invece, la seconda parte della costituzione, ove si disquisisce della facoltà dei fratelli di impugnare le *tabulae* di un loro fratello, il quale abbia istituito eredi dei liberti: tale porzione del responso è sicuramente scritta in modo più comprensibile; se ne ricava che senza dubbio i fratelli possono agire *de*

necessariamente essere beneficiato pure con l'affrancazione, ma già in epoca classica si erano levate opinioni dissenzienti, come quella di Aticilio, ricordato da Paolo nei commentari *ad Sabinum* e *ad Plautium*. Solo con Giustiniano si stabilì che il servo potesse essere istituito *sine libertate*, mercé la costituzione serbata in *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* C. 6.27.5, emanata nel 531.

⁶⁹⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 358 ss.

inofficioso e giungeranno all'apprensione dei beni loro negati *ex voluntate defuncti* (concorde è sul punto l'*Interpretatio*, che dunque non occorre vagliare).

I due provvedimenti imperiali testè esposti sono stati ripresi dai commissari triboniane, che sono ampiamente intervenuti nei testi, con modifiche di carattere formale e sostanziale: non foss'altro perché le due *epistulae* sono state riunite in un'unica costituzione, mediante l'accorpamento della seconda alla prima (tant'è che essa assume quale data proprio il 319 d.C., conservandone pure l'*inscriptio* e la *subscriptio*)

Imp. Constantinus A. ad Lucrium C. 3.28.27: Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem durante vel non agnatione contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adsparguntur vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum adsecuti instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto. <a. 319 D. id. April. Sirmio Constantino A. V et Licinio C. cons.>

Si conferma l'innovazione costantiniana circa l'esclusione dei *fratres* e delle *sorores* (la cui presenza è qui esplicitata, mentre, come si è visto, così non era nel testo originario) qualora essi siano *uterini*, e ciò viene disposto in modo ancora più imperativo con l'aggiunta di *penitus*; sono invece ammessi fratelli e sorelle *consanguinei* (e non *germani*, come in C.Th. 2.19.1, anche se si è visto come in realtà l'imperatore intendesse in ogni caso i parenti collaterali di secondo grado aventi il padre in comune) solo se gli eredi scritti sono colpiti da: a) *infamia*, b) *turpitudinis*, c) *levis notae macula*⁶⁹⁷. Non si pone più dubbio sul fatto che debba sussistere tra l'impugnante e il defunto ancora il vincolo agnatizio, poiché egli potrà servirsi dell'azione giudiziaria *durante vel non agnatione*⁶⁹⁸. Si ribadisce, poi, l'ammissibilità dell'azione avverso il liberto, che ingiustificatamente e senza meritarselo abbia ottenuto i beni da parte del *patronus*. Da notare che, in conclusione, sembra dedursi l'impossibilità per i fratelli di incardinare la *querela inofficiosi testamenti* contro il servo affrancato e istituito erede, in contrapposizione dunque con quanto si è creduto di leggere nell'originale arresto costantiniano, che sembrava ammettere una tale facoltà.

⁶⁹⁷ Per una catalogazione di taluni dei soggetti compresi nelle categorie indicate nel testo della costituzione v. Theoph. Paraph. 2.18.1, il quale include «charioteers, actors, gladiators, and the children of disgraceful unions» (cita dalla traduzione curata da A.F. Murison, giustapposta al testo greco edito da J.H.A. Lokin, Roos Meijering, B.H. Stolte e N. Van der Wal, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, Groningen, 2010).

⁶⁹⁸ Cfr. E. RENIER, *Étude*, cit., 251.

Come si può vedere, i giustiniani sono intervenuti a modificare la costituzione in modo abbastanza mite, senza introdurre novellazioni marcatamente distanti dall'epistola di C.Th. 2.19.1 (salvo per quanto riguarda il servo *heres necessarius*): la mano di Giustiniano, invero, specifica *claris verbis* quanto già si trovava *in nuce* nel testo costantiniano, in particolare con riferimento alle qualità morali degli eredi istituiti (non più un generico riferimento alla *turpitudine*, ma un più ricco complesso di nefandezze, accostate nel testo secondo un *climax* discendente, ma che a ben vedere non sposta di molto i termini dell'accertamento giudiziario, stante l'ampiezza dei concetti sciorinati, idonei ad accogliere e a valorizzare qualsivoglia genere di comportamento o inclinazione dell'erede istituito⁶⁹⁹) e alla possibilità anche per i *consanguinei* non (più) agnati di adire il giudice, come era ovvio in un'epoca in cui la distinzione tra *hereditas* e *bonorum possessio* (che ancora era viva in età costantiniana e che, come si è visto, 'riempiva di contenuto' l'*auxilium praetoris* di C.Th. 2.19.1) era stata obliterata, e, nella successione intestata tra collaterali, gli emancipati erano stati definitivamente equiparati a fratelli e sorelle *integri iuris constituti*⁷⁰⁰.

Trovo, piuttosto, interessante indugiare sulla chiusa del frammento, quella che proviene da C.Th. 2.19.3. Se essa non sembra cambiare nulla in merito all'agibilità di un'azione avverso il liberto, spiccatamente innovativa si dimostra con riferimento alla *facultas agendi* verso il servo *heres necessarius*. Non è dato rintracciare alcuna motivazione alla base della svolta impressa da Giustiniano: un aiuto potrebbe venire dallo scolio 2° alla corrispondente clausola dei Basilici, ove i bizantini insegnano al lettore (nel testo volto in latino da Heimbach) che *nam si solvendo non sunt bona, superfluum est fratri permittere, ut agat querela inofficiosi*. Mi permetto solo di osservare come dovrebbero essere tenuti distinti i piani dell'ammissibilità e quello dell'opportunità dell'azione: solo il primo dovrebbe interessare il legislatore, non il secondo. La motivazione dunque non pare perspicua, ma del resto altro non è dato rinvenire.

⁶⁹⁹ Come confermato da uno *scholium* al testo di Bas. 39.1.52 (corrispondente a *Imp. Constantinus A. ad Lucrium C. 3.28.27* [a. 319]), nel testo tradotto da Heimbach: *itaque etiam si levissimam causam infamiae vel turpitudinis dicere possis, agitur querela inofficiosi. Et nota hoc ius. Nam permultas causas ex hac constitutione confingere potes, etiamsi tenues sint.*

⁷⁰⁰ V. *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 6.58.15.1b*: *Cum igitur praetor filium emancipatum, licet subtili iure capite fuerat deminutus, attamen in patris successione sine ulla deminutione vocare manifestissimus est, non eodem autem iure ad fratrum suorum successionem ab eo vocabatur, sed nec filii eius iure legitimo suis patris succedebant, necessarium duximus hoc primum corrigere et legem Anastasianam iusto incremento perfectam ostendere, ut emancipatus filius et filia non solum in paternis bonis ad suorum similitudinem succedant, sed etiam in fratrum vel sororum suarum successione, sive omnes emancipati sint sive permixti sui cum emancipatis, aequo iure invicem sibi succedant et non secundum legem Anastasianam parte aliqua deminuta. Et haec quidem de filiis emancipatis sancire bellissimum nobis visum est, emanata nel 534. Cfr. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, 261, nt. 194.*

Ciò detto, è opportuno effettuare un confronto tra il tenore di questa costituzione – nella versione adottata dai giustinianeî – e quello di un passo estrapolato dalle *Institutiones*, che è pressappoco coevo al *Codex repetitae praelectionis*, da cui la *lex* 3.28.27 è escerpita:

I. 2.18.1: *Non tantum autem liberis permissum est parentum testamentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus praelati sunt: non ergo contra omnes heredes agere possunt. ultra fratres et sorores cognati nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere.*

Ampio spazio è stato dedicato da Sanguinetti all'esame congiunto di queste due testimonianze, che lui ha ritenuto parzialmente in contraddizione tra loro. Giustiniano scrive nel proprio manuale scolastico che è consentito non solo ai figli impugnare il testamento dei genitori, ma pure ai genitori quello dei discendenti. Tuttavia, anche fratelli e sorelle sono ammessi all'esperimento della *querela inofficiosi testamenti*, ma solamente se gli eredi scritti siano *turpes*, come stabilito da *sacrae constitutiones*, ossia provvedimenti imperiali non ascrivibili allo stesso imperatore (che avrebbe sicuramente aggiunto il termine *nostrae*⁷⁰¹) e quindi a lui antecedenti. Fin troppo ovvio è il riferimento alle costituzioni costantiniane di C.Th. 2.19.1 e 3, ma anche a quella diocleziana di C. 3.28.21⁷⁰², che quindi dovevano essere comprese nel primo codice del 529.

Significativo è il tratto successivo, in cui apprendiamo che i parenti *ultra fratrem* 'o non possono agire o, se agiscono, vincere': partendo proprio da

⁷⁰¹ Ricorda G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 576 che le costituzioni giustiniane citate in maniera esplicita e diretta dai compilatori sono indicate «con le espressioni *nostra constitutio*, *nostra decisio*, *constituimus* e simili», assenti nel caso di specie. Il tono encomiastico, del resto, è tipico delle disposizioni emanate da colui che, nel mondo antico, detiene il potere: a tale conclusione è giunto E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo. Atti del secondo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1971, 843, il cui pensiero vale la pena di riportare: «dai documenti legislativi a noi noti del mondo antico si rileva costantemente che il capo o il sovrano assoluto si compiace di esporre, e talvolta ampiamente, i motivi che lo hanno indotto ad emanare quella data norma o ad impartire quel determinato ordine. Raramente si limita alla semplice enunciazione della disposizione normativa».

⁷⁰² Per G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 260 il riferimento sarebbe solo alle costituzioni costantiniane, ma senza specificare ulteriormente: non vi è motivo, a mio parere, per escludere il rinvio anche al rescritto diocleziano, che pur condivideva identità di materia con gli arresti dell'imperatore cristiano. Per V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, 87, nt. 2, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1977, 7, nt. 2, il riferimento, sulla scorta di Krüger, sarebbe a *Imp. Constantinus A. ad Lucium* C. 3.28.27 (a. 319), ma in realtà non sappiamo con certezza se tale costituzione fosse contenuta anche nel primo codice di Giustiniano; in ogni caso la dizione plurale potrebbe rimandare, come sono propenso a credere, ai provvedimenti sopra menzionati.

quest'ultimo passaggio, non si può non notare lo stridore in cui esso si pone rispetto alle costituzioni che abbiamo sinora illustrato, in quanto pare mettere in dubbio la catalogazione di legittimati attivi oramai acquisita. Essa sembra lasciare infatti uno spiraglio d'azione ai collaterali oltre il secondo grado. E ciò conformandosi agli orientamenti invalsi in epoca classica: il testo è, infatti, pressoché identico, nel suo significato sostanziale, al frammento che i commissari giustinianeî hanno ritagliato dal XIV commentario ulpiano all'editto e inserito in D. 5.2.1, ove – lo si ricorda – il giurista di Tiro consigliava ai parenti *ultra fratrem* di non buttare i propri denari nell'impugnazione del testamento di un loro congiunto collaterale oltre il secondo grado poiché non avrebbero avuto speranza di successo⁷⁰³.

Ci si è chiesti, dunque, come fosse possibile questa retrocessione del diritto a un'epoca precedente: tanto per la mancata indicazione di *consanguinei* dei *fratres* e delle *sorores* legittimati attivi, quanto per la (presunta) sopravvivenza della *facultas agendi* dei *cognati* oltre il grado di fratello.

Cominciando dalla prima aporia, una risposta potrebbe essere articolata considerando che le *Institutiones Iustiniani* vennero redatte contestualmente al Digesto⁷⁰⁴: fu incaricata della loro elaborazione una ristretta commissione, composta da Triboniano, Teofilo e Doroteo (sebbene, probabilmente, solo quest'ultimi due si divisero il lavoro), la quale licenziò il testo in brevissimo tempo⁷⁰⁵. Come è noto la base⁷⁰⁶ per la scrittura del manuale fu costituita dal

⁷⁰³ Cfr. Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.1: *Sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas: omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent.*

⁷⁰⁴ Tradizionalmente si ritiene che l'opera istituzionale sia stata redatta dopo che la compilazione delle Pandette era stata pressoché conclusa, ossia non prima della primavera del 533 (v. P. BONFANTE, *Storia*, II⁴, cit., 127). Al contrario G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 588 ss. ha ipotizzato che «l'elaborazione del manuale, almeno a livello di prima redazione (e comunque indipendentemente da un formale incarico imperiale di *componere institutiones*), possa forse già collocarsi tra la fine del 531 e la prima metà del 532 e quindi probabilmente in un momento da porsi grosso modo a cavaliere del periodo in cui ebbe luogo la rivolta di *Nika*». L'autore ha evidenziato che nell'opera scolastica non risultano menzionate costituzioni che possano considerarsi con sicurezza emanate in data successiva al 1° dicembre 531 e anteriore al 17 novembre 533. Segno che, dunque, in questo lasso di tempo non si è dato corso al lavoro di stesura del libro istituzionale, il quale avrebbe altrimenti recato traccia dell'emanazione *medio tempore* di nuovi atti normativi. È vero, d'altro canto, che nel testo risultano citate costituzioni promulgate a ridosso della pubblicazione delle *Institutiones* (avvenuta, come noto, il 21 novembre 533, mercé la cost. *Imperatoriam maiestatem*), tuttavia «tali citazioni parrebbero testimoniare una almeno parziale revisione *in extremis* del testo istituzionale alla luce di alcuni recentissimi interventi normativi».

⁷⁰⁵ Cfr. A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 1982, 514 ss.

⁷⁰⁶ Cfr. M. AMELOTTI, *Appunti sulla compilazione giustiniana. Appendice al corso di diritto romano del prof. M. Amelotti*, a cura di M. Bianchini, Torino, 1971, 39 s., che individua tre gruppi di fonti alla base del lavoro dei commissari: le opere istituzionali (Gaio *in primis*, ma anche Marciano, Fiorentino, Ulpiano, Paolo); i Digesti (specie per le parti non comprese nella letteratura manualistica), attingendo peraltro ai testi originali e non ai frammenti escerpiti per la redazione delle Pandette, i quali già potevano aver subito interventi interpolazionistici; le costituzioni imperiali.

volume scolastico gaiano, a cui il testo giustiniano doveva sostituirsi: tuttavia, la stesura della parte relativa alla *querela inofficioris testamenti* dovè essere effettuata *ex novo* – o al più basandosi sul testo isagogico marciano – poiché il libro del giurista antoniniano non fa mai menzione del rimedio di inofficioritas⁷⁰⁷.

I commissari, come detto, si trovavano davanti al materiale utilizzato per il Digesto, e in special modo al commentario ulpiano, che del titolo delle Pandette costituì l'intelaiatura: facile è credere quindi che – anche alla luce del poco tempo a disposizione – Teofilo e Doroteo⁷⁰⁸ abbiano operato un *collage* delle fonti di cui disponevano (Ulpiano *in primis*), fondendo in un discorso unitario passi estratti da varie opere. E tra queste anche le costituzioni di cui è menzione nel testo istituzionale: si potrebbe ritenere che – proprio nominando tali atti normativi – i commissari abbiano operato esplicitamente un rinvio a questi provvedimenti, senza dilungarsi in precisazioni⁷⁰⁹ non acconce a un libro di carattere scolastico⁷¹⁰.

Si è anche supposto che «il divieto di agire per gli uterini fosse stato sancito da Giustiniano – sulla scorta di quanto disposto da Costantino – in un periodo antecedente al 534, cioè nel *Novus Codex* del 529, e non fosse poi stato soppresso nel secondo Codice per una svista»⁷¹¹: questa spiegazione non è soddisfacente⁷¹², tenuto conto del fatto che i commissari sono ampiamente intervenuti nel testo della *epistula* dell'imperatore (allo scopo proprio di uniformarla al diritto vigente) ed è, quindi, difficile sostenere che possano essere incorsi in una svista di tale portata.

Quanto, invece, alla seconda questione sul tappeto, ossia il ritorno alla regolamentazione classica in merito alla possibilità di agire per i *cognati ultra fratrem*, credo che le osservazioni sopra svolte – in riferimento alle modalità di redazione del titolo sul testamento inofficioso nelle *Institutiones* – possano spiegare

⁷⁰⁷ Così come accadde ad es. per donazione e *publica iudicia*: cfr. M. AMELOTTI, *Giustiniano maestro d'Istituzioni*, in *Scritti giuridici*, a cura di L. Migliardi Zingale, Torino, 1996, 704 s.

⁷⁰⁸ Non è dato conoscere con certezza chi tra il professore di Costantinopoli (Teofilo) e quello di Berito (Doroteo) abbia composto il libro II, contenente la parte sul testamento inofficioso: non possono essere ritenuti appaganti gli studi condotti in tempi non recenti da Huschke, Grupe e Ferrini volti a ricondurre all'uno o all'altro la paternità dei volumi istituzionali (una *summa* delle teorie degli studiosi citati si rinviene in P. BONFANTE, *Storia*, II⁴, cit., 127 ss.).

⁷⁰⁹ Del resto, l'intento semplificatorio dell'opera istituzionale è rilevato anche da A. METRO, *Esempi di contraddizioni fra Istituzioni e 'Digesta'*, in *'Carmina Iuris'. Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, édité par E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerrière-Lacroix, Paris, 2012, 565.

⁷¹⁰ Invero, alquanto ellittica è l'indicazione delle qualità morali degli istituiti rispetto a quanto si legge in *Imp. Constantinus A. ad Lucrium C. 3.28.27* (a. 319), che molto si profonde – sebbene, a mio modo di vedere, senza che sostanzialmente sia stato aggiunto alcunché al testo costantiniano – nell'elencazione dei vizi.

⁷¹¹ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 100.

⁷¹² Senza nulla togliere al fatto, comunque, che la costituzione – così manipolata – potesse essere stata già compresa pure nel *Novus Codex* del 529, come supposto da P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 194.

l'aporia: i commissari, che avevano sotto mano il frammento di Ulpiano poi confluito in D. 5.2.1, hanno parafrasato questo passo, aggiungendolo alla trattazione scolastica, ben consapevoli che, in ogni caso, il rinvio alle costituzioni imperiali potesse chiarificare il tutto.

Non è dunque da credere che Giustiniano abbia inteso, con tale formulazione, acconsentire a una reviviscenza dell'impostazione precedente, attesi gli arresti di Diocleziano e Costantino che sul punto non ammettono dubbi: la dizione utilizzata – sicuramente imprecisa, sicuramente infelice – è nulla più che una formula di chiusura; del resto, «non si deve dimenticare che ciò che interessa agli autori delle Istituzioni è porre in evidenza l'assoluta impossibilità (*nullo modo*) che i parenti di cui si tratta possano ottenere un risultato utile dall'esperimento della *querela*, senza che, al riguardo, il far leva sul concetto teorico di legittimazione ad agire piuttosto che su quello di inaccogliabilità dell'azione faccia differenza: la cosa importante è l'intervenuta generalizzazione della regola limitatrice»⁷¹³.

4. *Le costituzioni di Costantino: parte II.*

Degna di nota è pure l'ultima costituzione attribuita a Costantino nel *Codex Theodosianus*, inviata dall'imperatore al *praeses provinciae Daciae* nel 321 d.C. e confluita, anch'essa ampiamente manipolata, nel *Codex repetitae praelectionis*, quale *lex* 28 del Titolo sul testamento inofficioso.

Vediamone il testo⁷¹⁴:

C.Th. 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 iugiter obsecutos, ut naturae ipsius religio flagitabat, disciplinam illaesam inoffensamque servasse, ut his probatis removeant parentum voluntatem: tamen si mater contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat, inquiri diligenter iubemus, utrum filius nulla ex iusta causa laesus matrem novissima laeserit voluntate, nec luctuosam ei nec legitimam reliquerit portionem, ut testamento remoto matri successio deferatur, si tamen defuncto consanguinei agnati non sunt superstites: an mater inhonestis factis atque indecentibus votis filium forte obsedit, insidiisque eum vel clandestinis vel manifestis appetiit, vel inimicis eius suas amicitias copulavit, atque in aliis sic versata est, ut inimica potius quam mater*

⁷¹³ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 14.

⁷¹⁴ Su cui P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 195 s.

crederetur: hoc probato, invita etiam acquiescat filii voluntati. <Dat. VIII. id. Feb. Serdica, Crispo C. II. et Constantino C. II. cons.>

La cancelleria si sta occupando di due problemi: in primo luogo, tratteggia il contenuto dell'onere probatorio⁷¹⁵ posto in capo ai figli in caso di impugnazione del testamento dei genitori, evidenziando come ai medesimi non basti allegare il mero fatto della pretermissione o della diseredazione, dovendo dimostrare di aver osservato, nei confronti del *parens*, tutti i doveri necessari; una volta fornita la prova di questo, il testamento sarebbe stato rimosso⁷¹⁶ e gli attori avrebbero ottenuto i beni.

In secondo luogo, tocca il tema del gravame che una madre abbia a portare contro le *tabulae* del figlio: qui l'imperatore richiama l'attenzione (non si sa se del giudicante o della madre intenzionata a interporre la *querela*) sulla circostanza che deve essere effettuata una minuziosa istruttoria (o indagine) per appurare se il figlio abbia leso, senza motivo, la madre mercé la preterizione e quindi mercé il mancato rilascio della *portio luctuosa et legitima*⁷¹⁷; in caso di esito affermativo dell'indagine, la madre erediterà, a patto che non residuino in vita parenti *consanguinei agnati* del defunto⁷¹⁸, i quali sarebbero stati destinatari della delazione in assenza di testamento⁷¹⁹.

Tuttavia, continua l'imperatore, se si sarà provato che la madre abbia tenuto un comportamento disonesto verso il figlio, al punto da essere reputata quasi una sua nemica, la volontà del discendente non sarà toccata e la malvagia genitrice perderà la causa.

La prima parte del responso non genera problemi: già il diritto classico aveva delineato l'onere probatorio in capo al figlio impugnante, e quindi nelle affermazioni di Costantino non vi sono innovazioni.

⁷¹⁵ Sul 'problema' dell'onere probatorio nella legislazione postclassica e sui tentativi di definirne il contenuto, unitamente agli sforzi degli imperatori per giungere a una catalogazione dei mezzi di prova, v. G.G. ARCHI, *La prova nel diritto del basso-impero*, in *IURA*, XII, 1961, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, 1855 ss. (da cui si cita).

⁷¹⁶ Sul significato di *removere testamentum* v. E. RENIER, *Étude*, cit., 218, secondo cui «il doit se traduire simplement "sans tenir compte du testament", comme "remotis tabulis" a, chez Papinien, le sens de "sans égard pour le testament"». Il riferimento a Papiniano rimanda a Pap. 3 *quaest.* D. 28.6.12. L'espressione *testamento remoto* è tipica del *Codex*: la si ritrova, infatti, anche in *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* C. 3.28.34 (a. 531).

⁷¹⁷ Su tale dicitura v. Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., 200.

⁷¹⁸ Questo sintagma non compare nella versione giustiniana di *Imp. Constantinus A ad Claudium praesidem Daciae* C. 3.28.28 (a. 321), perché al tempo della stesura del *Codex repetitae praelectionis* la madre non è più preceduta, nella gerarchia dei successibili *ab intestato*, dai fratelli consanguinei del figlio. Cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 429, nt. 1 e 484.

⁷¹⁹ Significativa vicinanza con D. 5.2.6.1?

È nel confronto tra la posizione dei figli e quella delle madri che si annidano i dubbi⁷²⁰.

Il testo sembrerebbe alludere a una più gravosa posizione (processuale) dei primi rispetto alle seconde, richiamandosi a una molto generica *legum auctoritas* che *voluit laborem incumbere* più ai discendenti che alle madri⁷²¹.

Ora, è chiaro che la dizione utilizzata dalla cancelleria non è molto perspicua, ma mi sembra che una tale imprecisione non basti a dimostrare che, prima del summentovato intervento costantiniano, «dalla madre che impugnava il testamento del figlio si pretendeva molto meno: le bastava esser madre»⁷²²: non mi pare, invero, emerga dalla costituzione in commento una mutazione netta rispetto alla situazione precedente⁷²³.

⁷²⁰ Icastico il commento di Voci: invero, «l'andamento della costituzione è ... intricato. Vi si tratta di questioni di prova in tema di *qit*. Costantino comincia col prescrivere una *diligens inquisitio* sui meriti o demeriti della madre, ma finisce col dettare un elenco tassativo di casi, in cui il figlio può legittimamente non disporre in favore della madre. Il legislatore trova con fatica la sua via», cfr. P. VOCI, *Note*, cit., 303.

⁷²¹ Su questa linea anche la più recente traduzione inglese del *Codex Theodosianus* (pubblicata come *The Theodosian Code and the Novels and the Sirmondian Constitutions. A translation with commentary, glossary and bibliography*, edited by C. Pharr, Princeton, 1952, operata da un gruppo di lavoro costituito intorno al Clyde Pharr, di cui fece parte anche Fred. H. Blume: sul punto v. L.J. HALL, *Clyde Pharr, the Women of Vanderbilt, and the Wyoming Judge: the Story behind the Translation of the Theodosian Code in Mid-Century America*, in *Roman Legal Tradition*, VIII, 2012, 1 ss.; in generale sul ruolo del diritto romano in nord America cfr. T.G. KEARLEY, *From Rome to Restatement: S.P. Scott, Fred Blume, Clyde Pharr, and the Roman Law in Early Twentieth-Century America*, in *Law Library Journal*, CVIII.1, 2016, 55 ss.) che così suona, a p. 53: «it is true that the authority of the law has ordained that the burden of proof shall rest on the persons of sons rather than mothers».

⁷²² Cfr. P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, cit., 106.

⁷²³ Interessante anche la lettura alternativa fornita da A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 35, il quale propone di interpretare il passaggio *laborem voluit incumbere* non nel senso – anche qui contrastato – di un maggior aggravio probatorio per il figlio, bensì come menzione del fatto che nel passato l'ordinamento giuridico si era occupato più delle impugnazioni perpetrate dai figli che di quelle esperite dalle madri. Fruttuoso, aggiungo, è sul punto il confronto con l'*interpretatio*, che sembra suffragare una tale lettura. L'ignoto commentatore visigotico, invero, rilegge il passo in esame nei seguenti termini: *quamvis leges filiis, si praetermissi testamento fuerit, maiorem quam matribus agendi dederint potestatem, ut de inofficioso matris testamento proponat ...* Come si nota non si fa riferimento alcuno ad un aggravio probatorio per il figlio, bensì alla maggiore *potestas* impugnatoria del discendente rispetto alla madre. Vi è chi ha ritenuto tale *interpretatio* erronea e contraddittoria rispetto al testo commentato: tale è la posizione accolta dai traduttori statunitensi del *Codex Theodosianus*, i quali rilevano che l'esegeta potrebbe essere stato tratto in inganno dalla «mistaken identification of the meanings of *labor* and *potestas*» (cfr. *The Theodosian Code*, cit., 53, nt. 12). Per P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, cit., 106 s. l'interpretazione, invece, non avrebbe un senso dissimile dal testo, anche se andrebbe chiarita nelle parole iniziali, a prima vista – rileva l'autore – «incomprensibili»: il senso, invero, «sembra il seguente: sebbene il figlio abbia una condizione molto più vantaggiosa della madre, e possa più spesso agire con la *qit*. (è sempre il suo primo erede, mentre della madre non è così), tuttavia deve rigorosamente provare il suo assunto, quando impugna il testamento». Per parte mia, credo che l'interprete abbia colto il senso del discorso costantiniano nel suo significato sostanziale: credo, infatti, che l'imperatore – con quella frase molto involuta – volesse semplicemente dire che era

Richiesto di un consulto, l'imperatore ha solo ribadito che, così come un onere stringente deve essere osservato dal figlio querelante – perché pur sempre l'impugnazione di un testamento come inofficioso è un atto grave, portatore di ingiuria verso il defunto, il quale è venuto meno ai suoi doveri di solidarietà verso i più stretti congiunti –, allo stesso modo⁷²⁴ la madre (di un caso di gravame materno, probabilmente, si stava occupando il funzionario cui l'epistola è indirizzata) è tenuta a fornire piena prova delle asserzioni poste a fondamento della sua azione: e così dovrà allegare innanzitutto di essere stata lesa immotivatamente, fornendone la prova durante la rigorosa istruttoria evocata dall'*inquiri diligenter* del testo⁷²⁵. Il monito è rivolto al funzionario al quale è stata assegnata la causa, ma in realtà è diretto alla madre querelante.

oramai consolidata la posizione probatoria dei figli, poiché nel corso dei secoli precedenti si era via via stratificata una miriade di decisioni giudiziali, e molto sul punto avevano scritto i giuristi, essendo state molteplici le *querelae* intentate dai discendenti. Non era così per le madri: il quadro non era chiaro, e pertanto era auspicabile – come nei fatti è avvenuto – un intervento imperiale. Del resto, è possibile che l'interpretazione alle varie *leges* contenute nel Codice di Teodosio II non sia neppure così lontana temporalmente dalla pubblicazione del codice stesso, se è vero quanto scrive A. GUARINO, *L'esegesi*, I, cit., 478 che evidenzia come forse la «succinta e rozza *interpretatio* latina che accompagna ogni testo ... non è stata nemmeno scritta dai compilatori, ma già si trovava a margine o in calce al materiale da loro utilizzato». L'opinione di Guarino è peraltro condivisa da R. LAMBERTINI, *La codificazione di Alarico II*, Torino, 1990, 52 ss. per il quale «l'origine prealariciana dei brevi commenti parafrastici di cui ci occupiamo, o comunque dei loro archetipi, può considerarsi da tempo un dato sicuro ... I commissari visigoti hanno messo a profitto un apparato interpretativo preesistente – redatto forse in ambiente gallico nel corso del V secolo – ritagliandone singoli passi da posporre alle *leges* o alle *sententiae* a cui si riferivano». Sulla *interpretatio* e, più in generale, sulla tradizione del Codice Teodosiano, non giunto integro sino a noi, ma ricostruito da Mommsen e Meyer nel 1905, prima, e – per i primi otto libri – da Krüger, poi, v. G. SCHERILLO, voce '*Codex Theodosianus*', in *NNDI*, III, Torino, 1959, 383 ss. Per quanto attiene al nostro argomento, il libro II, tit. XIX, relativo al testamento inofficioso è stato estrapolato dalla *Lex Romana Wisigothorum*, che ha serbato infatti i primi cinque libri della compilazione teodosiana, con alcune modifiche, però, apportate ai testi originari. Cfr. *Codex Theodosianus. Volumen I. Theodosiani Libri XVI cum constitutionibus Sirmondinis edidit adsumpto apparatu P. Kruegeri Th. Mommsen. Pars Prior. Prolegomena*, rist. Germania, 1990, XXXVIII ss.

⁷²⁴ Vale la pena qui ricordare cursoriamente la posizione assunta dalla dottrina intermedia circa il differente peso dell'onere probatorio gravato sui figli e sui genitori che vogliano esperire la *querela*: ne fa menzione il Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., 200, rimembrando come fosse errata la posizione assunta da Bartolo, secondo cui «liberos exheredatos praesumi ingratos nisi probent se gratos: parentes vero praesumi gratos, nisi probentur ingrati». La posizione è considerata erronea dal giurista francese, che sottolinea che «utroque enim casu *h.l.* inquisitio fieri iubetur, & pro testatore praesumitur».

⁷²⁵ Che secondo C. DUPONT, *Les successions dans les constitutions*, cit., 72 s. dovrebbe essere effettuata solo ed esclusivamente dal giudice, secondo un tipo di processo 'inquisitorio', che potrebbe essere sotteso proprio all'utilizzo del lemma *inquiri*. Tanto è vero che, per l'autrice, l'innovazione costantiniana risiederebbe nella circostanza, prima inesistente, che «l'héritier inscrit dans le testament du fils peut éclairer le juge; il assume donc le rôle prépondérant dans l'administration des preuves susceptibles s'écarter la plainte d'inofficiosité». A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 34 assume una posizione mediana – e di fatto non decisiva – asserendo che «è ovvio che la prova di un fatto di questo tipo dovrà essere data dall'erede testamentario, del quale è interesse dimostrare la fondatezza del provvedimento di diseredazione o preterizione; a meno che

L'erede testamentario, dal canto suo, potrà difendersi allegando (e provando) che, invece, la genitrice del *de cuius* si era mal comportata verso il discendente: donde, la fondatezza della diseredazione ovvero della preterizione.

È vero che non vi è un testo, nella giurisprudenza classica, che esplicitamente tratti il caso di un testamento impugnato dalla madre dell'eredando, il che non consente di dimostrare con sicurezza che la posizione probatoria dei querelanti fosse uguale indipendentemente dal tipo di vincolo parentale che vantavano con il *de cuius*: ma sarebbe stato illogico che il collegio dei centumviri e/o i giuristi rendessero più difficoltosa la via impugnatoria ai figli rispetto ai genitori, tenuto conto che proprio i figli sono i successori naturali e che, a mente di D. 5.2.15 pr.⁷²⁶, ancora Papiniano, nel III sec. d.C., sentiva la necessità di specificare che la *portio* pietativa dovesse essere lasciata anche ai genitori, in caso di premorienza dei figli, adombrando come ancora su tale aspetto potesse esservi dubbio.

Come si nota non vi è nulla di nuovo, ma solo la declinazione di quanto già acquisito alla riflessione giuridica.

Sostanzialmente analoga al testo costantiniano è la versione – comunque ritoccata – acclusa al *Codex repetitae praelectionis*:

Imp. Constantinus A. ad Claudium praesidem Daciae C. 3.28.28: Liberi de inofficioso querellam contra testamentum parentum moventes probationes debent praestare, quod obsequium debitum iugiter, prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerunt, nisi scripti heredes ostendere maluerint ingratos liberos contra parentes extitisse. 1. Sin autem mater contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat, inquiri diligenter iubemus, utrum filius nulla ex iusta causa laesus matrem novissima laeserit voluntate nec luctuosam ei et legitimam reliquerit portionem, ut testamento remoto matri successio deferatur. 2. Si tamen mater inhonestis factis atque indecentibus machinationibus filium forte obsedit insidiisque eum vel clandestinis vel manifestis appetiit 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 (a. 321).

l'inquiri diligenter iubemus non debba intendersi come un ordine diretto al giudice, ad un accertamento del quale viene affidata la valutazione del comportamento materno».

⁷²⁶ Cfr. Pap. 14 *quaest.* D. 5.2.15 pr.: *Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum et naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet.* Secco il giudizio di B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., 336 secondo cui il responso papiniano «è una divagazione sentimentale che vuol dare un fondamento alla successione dei *parentes*».

Sicuramente migliore è – sul piano della comprensione – la resa giustinianea: il che permette pure di addivenire a una più piana intelligenza del passo originario, attesa la quasi completa sovrapposibilità dei testi.

Le uniche differenze si riscontrano in questo: a) mentre nella versione costantiniana l'onere della prova di aver tenuto un comportamento meritevole gravava sui figli, e ciò – stando al testo – non ammetteva eccezioni, Giustiniano tiene ferma siffatta allocazione dell'*onus probandi*, ma consente agli eredi scritti, qualora lo preferiscano, di dimostrare l'ingratitude del legittimario verso il defunto, con ciò ponendo in essere una deliberata inversione dell'onere. Non credo che ciò fosse escluso nel regime pre-giustiniano⁷²⁷: non di innovazione quindi si tratta, bensì di positivizzazione di una pratica talvolta posta in essere dagli *heredes scripti*; b) scompare dal testo la specificazione che la madre, una volta eliminato il testamento con l'azione di inofficiosità, potrà ereditare i beni solo in assenza di *consanguinei agnati* del figlio, «con il che viene eliminata la preminenza dei parenti in linea maschile rispetto alla madre del defunto, la quale viene ad essi preferita»⁷²⁸.

5. Costanzo II e l'implementazione del lascito.

Come si è visto nel capitolo precedente, il lascito, da parte del testatore, di un compendio di beni corrispondente alla quarta parte del valore della quota *ab intestato* avrebbe precluso al legittimario la facoltà di impugnare il testamento come inofficioso: secondo l'ordinamento giuridico, infatti, il compendio riconosciuto allo stretto congiunto, ancorché inferiore rispetto alla quota prevista *ex lege*, sarebbe stato comunque soddisfacente delle sue pretese.

Vi potevano tuttavia essere dei casi, e per vero anzi essi doverono essere piuttosto frequenti, in cui il testatore – convinto di lasciare in via di eredità, legato, *donatio mortis causa* ecc. una porzione sufficiente a raggiungere il valore della *quarta pars* – errasse nell'effettuare le stime, beneficiando così il legittimario di un lascito inferiore alla quota in grado di escludere l'esperimento della *querela inofficiosi testamenti*.

In fattispecie siffatte, il parente leso avrebbe potuto incardinare l'azione contro il testamento, con l'effetto di eliminare in tutto o in parte le tavole testamentarie dal meccanismo di disciplinamento della successione ereditaria.

Probabilmente proprio per questa ragione i testatori iniziarono ad aggiungere ai propri atti di ultima volontà una clausola mercé la quale prevedevano

⁷²⁷ Concorde anche A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 103.

⁷²⁸ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 104. V. anche Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., 201.

che, qualora fosse stato lasciato all'impugnante *in pectore* meno della quarta parte, quest'ultima sarebbe stata implementata dall'erede scritto o dai coeredi.

Di tale prassi – e della sanzione che il diritto le riservò – siamo informati ancora una volta grazie al *Breviarium Alaricianum*, che, nel tramandarci il titolo XIX del libro II del *Codex Theodosianus*, ci trasmette una *lex* di Costanzo II⁷²⁹, diretta a un tal Olibrio nel 361 d.C.:

C.Th. 2.19.4: *Cum scribit moriens, ut arbitrato boni viri, si quid minus filii 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.*

Il *de cuius* nel proprio testamento ha scritto che, *arbitrato boni viri*, se è stato lasciato ai figli qualcosa di meno rispetto alla misura del quarto che deve essere lasciato solo ai figli buoni, tale disposizione deve essere completata con denaro dall'erede scritto; in tal caso, *manifestum est* che non possano essere esperite né la *querela inofficiosi testamenti* né la *querela inofficiosae donationis*, escluse dalla *iusta taxatio*⁷³⁰ del terzo arbitratore.

⁷²⁹ Su cui v. G. DE BONFILIS, *Alcune riflessioni sulla legislazione di Costanzo II e Costante*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti V convegno Internazionale (Spello - Perugia - Bevagna - Sansepolcro, 14-17 ottobre 1981)*, Città di Castello, 1983, 299 ss.

⁷³⁰ Dubbio è il senso da attribuire al termine *taxatio*. In epoca classica ha un significato giuridico chiaro, come emerge da una consultazione del *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, tom. V, 965: esso può indicare vicendevolmente o una *aestimatio* oppure una *praefinitio*, quindi una 'stima' oppure una 'delimitazione', quest'ultima tradizionalmente accostata alla *condemnatio* come parte della formula, che «fissa il limite massimo dentro cui il giudice può determinare in concreto l'ammontare della condanna», così M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 312. A questa possibilità se ne aggiunge anche una terza, ricordata da E. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, IV, 1805, 326, in virtù della quale la *taxatio* «in contractibus, testamentis, aliisque negotiis est clausula restringens & contrahens rem, de qua agitur: & perscribens ac determinans, quatenus vim habere debeat». Ciò detto, mi sento di escludere nel caso di specie il significato n. 2 riportato nel *Vocabularium*, non versandosi in ipotesi di processo formulare. Rimangono pertanto le altre due ipotesi: quindi, l'imperatore fa riferimento o alla 'giusta stima' effettuata dall'arbitratore, la quale paralizza l'operare di entrambi i rimedi di inofficiosità, ovvero alla 'giusta clausola' che, riducendo la pretesa del legittimario ad un diritto di credito, parimenti paralizza le impugnazioni del testamento e delle donazioni. Non saprei quale scegliere tra le ipotesi di lettura proposte, anche a causa del raffazzonato modo di esprimersi della cancelleria imperiale, ben lontana dalla vette raggiunte dalla giurisprudenza classica, ma pure dal preciso e mirato lessico giustiniano. Il termine in esame, peraltro, compare altre sette volte nel *Codex Theodosianus* (cfr. *Heidelberg Index zum Theodosianum*, hergestellt unter der Leitung von O. Gradenwitz, Berlin, 1925, 254): nello specifico in C.Th. 7.4.30, 7.5.1, 8.4.17, 8.4.19, 8.15.5, 10.2.2, 11.2.4. A ciò l'*Index* aggiunge anche C.Th. 3.30.3, ma ivi il lemma *taxatio* compare nella parte, aggiunta al malandato testo del breviario alariciano da Mommsen, escerpita da C. 5.37.22 e 5.72.4. Da un'analisi dei vari passi citati non si

Il provvedimento presenta alcuni aspetti chiari ed altri, invece, che aprono a dei dubbi.

Cominciando dai primi, è implicito nel responso di Costanzo che una clausola del tenore di quello indicato è da reputarsi valida: essa, secondo la dottrina, va ricostruita alla maniera di «un legato ad effetti obbligatori – il cui oggetto era lasciato alla determinazione di un terzo – sottoposto alla condizione della insufficienza di quanto pervenuto all'erede necessario»⁷³¹; il parametro utilizzato per valutare la sufficienza della disposizione patrimoniale indirizzata al legittimario è la *quarta pars*, che fino ad allora serviva ad escludere la *querela*, e non la *pars* che, *ab intestato*, il querelante *in pectore* erediterebbe in assenza del testamento; vi è un obbligo in capo all'erede di eseguire la disposizione, con la conseguenza che in ogni caso – in presenza della clausola suppletoria – il legittimario non può agire *de inofficioso*, ma può solo esigere l'implementazione del lascito.

Un tanto garantisce un vantaggio notevole per il testatore, assicurando la sopravvivenza delle tavole e quindi della regolamentazione che egli ha voluto imprimere alla propria successione.

Venendo, poi, ai secondi, ossia agli elementi dubbi, non si può non sottolineare come vi sia incertezza sul ruolo dell'arbitratore⁷³²: incertezza che discende, a mio parere, dalla infelice costruzione sintattica del discorso.

apprezza un uso del termine sovrapponibile a quello di C.Th. 2.19.4: sembra infatti possedere il senso, generico, di limite e delimitazione.

⁷³¹ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 82. Per M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 119 potrebbe però trattarsi anche di un fedecommesso.

⁷³² Potrebbe, tuttavia, dubitarsi della presenza di un arbitratore terzo: esso non è espressamente evocato dal testo imperiale, né sarebbe assurdo che onerato della valutazione secondo il paradigma del *bonus vir* fosse l'erede scritto: è vero, infatti, che il giudizio sotteso a tale parametro determinativo è oggettivo e astratto, e come tale sindacabile in sede giudiziale. Ciò varrebbe ad escludere – quanto meno in linea di principio – l'ipotesi di abusi perpetrati da colui che effettuerà la valutazione. In verità, la questione è, come noto, molto complessa e si intreccia con la possibilità di demandare alla parte di un contratto l'individuazione dell'entità della prestazione da eseguirsi: la riflessione dei *prudentes* sul punto si è sedimentata essenzialmente con riguardo ai tre principali contratti consensuali (significativamente tutti tutelati, in periodo classico, con azioni di buona fede), ossia l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*. Giova premettere, tuttavia, che, in ragione del *modus operandi* dei giuristi non si è mai giunti a una elaborazione dogmatica definitiva e complessiva: il procedere casistico e controversiale, invero, lasciava spazio a dispute, che nella materia in esame furono aspre. Lo apprendiamo da Gai 3.140, passo in cui il giureconsulto antoniniano ricorda una discussione insorta tra Labeone, seguito da Cassio, e Ofilio, supportato da Proculo, circa la validità di una compravendita in cui il prezzo fosse – d'accordo tra le parti – stabilito da un terzo scelto dai contraenti. Se i primi negavano validità al contratto, sul presupposto che il prezzo così operando non fosse certo, i secondi propendevano per la sua ammissibilità (cfr. S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola « quanti Titius rem aestimaverit » nella riflessione dei giuristi romani*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 99 ss). Ciò detto, preme comprendere se, allo stato, fosse possibile – seguendo, ovviamente quella corrente dottrinale che ammetteva in linea di principio l'arbitraggio sul prezzo – che la determinazione di un elemento essenziale del negozio (qui non solo la compravendita) fosse devoluta a uno dei contraenti. Ha correttamente rilevato Luigi Garofalo che «sembra che i *prudentes* compattamente ritenessero inammissibile l'arbitraggio della parte sul prezzo» in caso di vendita,

Si aprono, quindi, due strade: percorrendo l'una, si deve ipotizzare che il compito dell'arbitratore fosse quello di valutare l'esattività del lascito, onde comprendere se, nel caso di specie, il compendio attribuito ai figli fosse pari alla quarta parte della loro quota intestata (e pertanto sancendo che null'altro essi avevano a pretendere) ovvero, al contrario, che il valore loro tributato era insufficiente e che, di conseguenza, potevano agire per l'incremento. Nessuna discrezionalità, invece, egli avrebbe esercitato circa la determinazione del *quantum* del supplemento, da corrispondere in una misura corrispondente al valore della *portio debita*, detratto il valore del lascito già riconosciuto al legittimario⁷³³.

Potrebbe, però, prospettarsi una seconda ipotesi: che fosse proprio la quantificazione dell'implemento a dover esser oggetto del pronunciamento del terzo *bonus vir*, il quale dunque non sarebbe stato costretto dal *modus quartae* (anche se non si può escludere che lo stesso dovesse semplicemente quantificare il valore della *quarta pars* e determinare il residuo), ma avrebbe potuto attribuire, secondo la propria discrezionalità, un ammontare pecuniario che, valutate tutte le circostanze, considerasse sufficiente a tacitare definitivamente il legittimario.

In altri termini, o l'*arbitratus boni viri* interveniva nella stima dei beni ereditari per appurare se vi era stata lesione del quarto: ma in questo caso non si comprenderebbe il ruolo della specificazione *boni viri*, essendo il giudizio puramente tecnico e legato a una ragionieristica valutazione dei cespiti compresi nell'asse (ovvero da questo fuoriusciti *donandi causa* in vita del *de cuius*); ovvero l'*arbitratus* suddetto era legato al *quantum* da riconoscere in più al legittimario, sul presupposto che effettivamente quanto lasciatogli fosse meno della *portio debita*. In quest'ultima ipotesi, avrebbe anche un senso il riferimento al *bonus vir*: parametro da utilizzare, da parte dell'arbitratore, nel complesso e discrezionale giudizio volto a stabilire il valore del supplemento, il quale di conseguenza non

con la conseguenza che – sulla scorta di Gai 10 *ed. prov.* D. 18.1.35.1 – il contratto in parola sarebbe stato *imperfectum*, ossia nullo. Non così, invece, per la locazione e la società: «in seno alla giurisprudenza classica non mancava chi, con riferimento ad altri due contratti ... la *locatio conductio* e la *societas*, ammetteva in qualche ipotesi l'arbitraggio della parte, imponendole ovviamente di comportarsi alla stregua del *bonus vir*» (cfr. L. GAROFALO, *L'arbitraggio sul prezzo*, in *'Vir bonus'. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio [Trani, 28-29 ottobre 2011]. Atti*, a cura di A. Lovato, Bari, 2013, 209 ss., ora in L. GAROFALO, *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015, 205 ss., spec. 227 ss.). Sul punto v. anche V. MANNINO, *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato 'boni viri'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2003, 425 ss., nonché M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 32 ss. Ulteriore bibliografia individuata nel citato contributo di Luigi Garofalo, cui rimando, oltre ovviamente a quella che si indicherà nel prosieguo.

⁷³³ Tale è l'opinione, ad esempio, di P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 197.

doveva in ogni caso essere sempre pari alla *quarta pars*, ma si poteva calcolare in meno o in più rispetto a tale ammontare.

Mi pare più convincente la seconda delle prospettate ricostruzioni⁷³⁴, tenuto conto che in altri due casi di disposizioni *mortis causa* in cui appare il riferimento all'*arbitratus boni viri*, quest'ultimo funge da criterio informatore che deve guidare l'*arbiter* nella determinazione dell'oggetto della prestazione e/o dell'entità del lascito.

Si veda sul punto un – per vero un po' travagliato⁷³⁵ – inciso ulpiano, escerpito dal nono commentario *ad Sabinum*:

Ulp. 9 *ad Sab.* D. 31.1.1.1: *sed cum ita legatum sit pupillo sive pupillae 'arbitrio tutorum', neque condicio inest legato neque mora, cum placeat in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii?*

Il giurista di Tiro pone il caso di un legato disposto in favore di un pupillo o di una pupilla, il cui oggetto sarà però stabilito *arbitrio tutorum*, ossia dal tutore sulla base di una propria valutazione: si pone il problema di comprendere se siffatta disposizione sia da reputarsi sottoposta a condizione ovvero a dilazione (la *mora* del testo). Orbene, Ulpiano nega tale possibilità, a motivo del fatto che la discrezionalità esercitata dal tutore è informata al criterio del *bonus vir* e che quindi il legato è da subito determinato (l'*arbitrium boni viri* esprime una *certam quantitatem*)⁷³⁶.

Per il Voci⁷³⁷ il principio desumibile dal passo non sarebbe passibile di estensione generalizzata, poiché frutto di una situazione di privilegio connesso al

⁷³⁴ Mi pare di leggere in questo senso anche l'opinione di L. GUTIÉRREZ-MASSON, '*Actio ad implendam legitimam*', cit., 197, laddove scrive che «en concreto ... ed demandante reclamaba en vía judicial el cumplimiento de la obligación impuesta por el testador mediante la cláusula supletoria: de ahí la necesaria intervención del *arbiter* que, por un lado, fijaba, con la *iusta taxatio*, la cantidad exacta que debía satisfacer el demandado condenado pare *recte facere* (esto es, para obrar como un *bonus vir* adecuando su conducta a las exigencias socio-moralea y, por otro, reforzaba la sanción jurídica de uno de los deberes inherentes al *officium* del *paterfamilias*».

⁷³⁵ Rileva il Voci che «la ricostruzione dell'originale ulpiano è oggi impossibile. Esso sembra fosse scritto in materia di *cretio*: la *cretio alieno arbitrio* doveva dare l'occasione per una discussione di carattere generale, di cui non resta che un brandello». Così P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 882, nt. 14. Del resto, il frammento è stato da più parti considerato interpolato: cfr., per un primo elenco, gli autori riportati nell'*Index Interpolationum quae in Iustiniani digestis inbesse dicuntur*, I, curaverunt E. Levy e E. Rabel, Weimar, 1929, 246, e più compiutamente poi S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola*, cit., 133, nt. 84. Nonostante le mende formali, il testo pare comunque genuino sotto il profilo sostanziale

⁷³⁶ V. S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola*, cit., 134.

⁷³⁷ Cfr. P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 882 e nt. 14.

pupillo, di un *favor pupillorum*: rimane il fatto che, almeno in epoca severiana, era riconosciuta la facoltà del *de cuius* di demandare a un terzo la quantificazione del beneficio da attribuire al legatario. E tale devoluzione – resa con le semplici parole *arbitrio tutorum* – doveva necessariamente essere letta come vincolata al criterio dell'*arbitrium boni viri* e non, per usare una terminologia non romana ma elaborata dalla romanistica, dell'*arbitrium merum*.

Ancor più icastico, mi sembra, un lacerto celsino⁷³⁸, estratto dai compilatori dal quindicesimo libro dei *Digesta* e inserito in cima al Libro XXXII, dedicato, nel primo titolo, ai legati e ai fedecommessi:

Cels. 15 *digest.* D. 32.1.43: *Si filiae pater dotem arbitrato tutorum dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait ac si viri boni arbitrato legatum sit. Labeo quaerit, quemadmodum apparet, quantam dotem cuiusque filiae boni viri arbitrato constitui oportet: ait id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.*

Celso ivi riporta le opinioni, tra loro complementari di Tuberone e di Labeone: il contendere riguarda una clausola testamentaria in virtù della quale un padre ordina che sia legata la dote alla figlia in un ammontare determinato dai tutori; Tuberone precisa – quasi a voler scongiurare motivi di nullità per indeterminatezza oggettiva della disposizione – che il giudizio dei tutori deve intendersi come ancorato al parametro, ormai noto, dell'*arbitrium boni viri*.

Se tale è il principio, incerte potevano esserne le declinazioni pratiche, connesse alla corretta individuazione del *quantum* da riconoscere nel *legatum dotis*: ecco che allora prezioso è il discorso labeoniano, incentrato sui parametri materiali cui i tutori devono attenersi nell'esplicazione della loro discrezionalità. Essi sono la posizione sociale, le sostanze e il numero di figli del defunto.

Credo, quindi, che – alla luce dei passi succitati – anche nel caso di una clausola suppletoria inserita per evitare l'impugnazione di un testamento come inofficioso non solo il giudizio fosse demandato a un terzo (e quindi non all'erede scritto), ma pure che quest'ultimo potesse (e dovesse) quantificare l'ammontare dell'implementazione secondo la propria discrezionalità 'vincolata' agli stilemi del giudizio dell'uomo buono.

Sono convinto, di conseguenza, che il supplemento non fosse mai pari (o quantomeno non dovesse di necessità esserlo) alla differenza tra quanto già conferito al legittimario e la *quarta pars* (men che meno alla *quota ab intestato*, che se fosse stata riconosciuta avrebbe reso *a fortiori* comunque superfluo l'esperimento della *querela inofficiosi testamenti*): quanto, invece, ai parametri,

⁷³⁸ Ingiustamente sospettato di rimaneggiamento: cfr. *Index Interpolationum*, I, cit., 267.

tenuto conto che il giudizio è pur sempre oggettivo e astratto⁷³⁹, l'*arbiter* credo dovesse valutare, da un lato, l'entità dei cespiti compresi nel patrimonio del defunto e, dall'altro, il comportamento tenuto dal legittimario verso il *de cuius*, soppesando i meriti che egli aveva nei suoi confronti e su questi livellare la quantità dell'implementazione. Mi pare, infatti, ragionevole supporre che egli fosse chiamato a effettuare – preliminarmente – un giudizio non del tutto diverso da quello cui era tenuto il giudice nella causa di inofficiosità: ma mentre in quest'ultimo caso l'accertamento dei meriti e/o demeriti influiva sulla fondatezza dell'impugnazione, con la conseguenza che in caso di esito positivo il *quantum* da attribuire al querelante era fisso e pari alla quota intestata, nel caso dell'arbitratore l'accertamento suddetto sarebbe valso solo a quantificare monetariamente la pretesa al supplemento, salvo in ogni caso il testamento del parente.

Tutto quanto appena illustrato muove dal fatto che necessariamente deve essere riservato un ruolo all'*arbitrium boni viri*: ruolo che non può essere limitato alla mera valutazione dei cespiti ereditari perché – se non mi inganno – tale determinazione non contiene margini di discrezionalità. Tuttavia, non può necessariamente essere esclusa neppure l'opposta impostazione, secondo cui il ruolo dell'arbitratore è quello di uno stimatore, mentre l'implementazione è sempre corrispondente al quantitativo pecuniario necessario per raggiungere il valore della *quarta pars*⁷⁴⁰. In tal senso, invero, sembra deporre l'*Interpretatio* acclusa al testo visigotico:

I. C.Th. 2.19.4: *Quoties pater filiis per testamentum de facultatibus a se dimissis quartam dari praeceperit portionem, et hoc in nummo fieri bonorum virorum arbitrio crediderit committendum, seu hoc testamento sive donatione conscripserit, nullam contra voluntatem patris filius habeat actionem, dummodo quartam portionis suae, quam erat habiturus de omnibus, quae tempore mortis suae pater reliquerit, consequatur in nummo.*

⁷³⁹ Nell'*arbitrium boni viri* «il bagaglio di conoscenze e competenze personali scolora a favore di un criterio di determinazione oggettivo e astratto», così S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola*, cit., 130.

⁷⁴⁰ Di questa opinione sono A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 82 e P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, cit., 107. Mi pare così anche P.O. CUNEO, *La legislazione di Costantino II, Costanzo II e Costante (337 - 361)*, Milano, 1997, 412, per la quale il testatore doveva ritenere «sufficiente per il soddisfacimento degli eredi legittimi la salvaguardia della quarta parte dell'asse».

Il commento pare proprio incentrato sul raggiungimento, per il legittimario, di un quantitativo pari alla *portio debita*: raggiunta questa, le azioni di inofficiorità vengono escluse⁷⁴¹.

Qualunque sia l'esegesi che della costituzione di Costanzo si voglia accogliere, rimane il fatto che mercé la stessa il sistema di tutela del legittimario compie un significativo passo in avanti, abbandonando parte della rigidità che lo connotava e aprendo la strada verso la configurazione in capo all'erede necessario di un vero e proprio diritto di credito, che sostituisce in via definitiva il diritto di impugnazione del testamento. Tale diritto di credito, peraltro, segue una strada propria, perché – vuoi che venga lasciato alla libera determinazione dell'arbitratore vuoi che sia ancorato solo alla misura della *portio debita* – non è mai collegato alla quota *ab intestato*, la quale rimane sullo sfondo, ininfluenza.

È vero che tale sviluppo lo si deve alla sagacia dei pratici, che – sfruttando la propria autonomia patrimoniale – sono riusciti a far progredire il sistema: infatti, in assenza della clausola suppletoria anzidetta, non poteva che trovare applicazione la disciplina antica, per cui anche in caso di lascito al legittimario (inferiore però alla quarta parte), questi avrebbe potuto esperire l'impugnazione, evertendo il testamento e conseguendo i beni ereditari nell'ammontare pari alla quota legittima.

6. *La clausola suppletoria nelle 'Pauli Sententiae'.*

La clausola suppletoria si diffuse, probabilmente, con molta velocità e la sua disciplina si stabilizzò, tant'è che la ritroviamo pure nella compilazione nota con il nome di *Pauli Sententiae*:

⁷⁴¹ Tuttavia, la comprensione della chiosa ermeneutica è alquanto complicata, poiché essa sembra trattare un caso diverso rispetto a quello oggetto del responso dell'imperatore. Stando a P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, cit., 108, «l'*interpretatio* fraintende la costituzione: presuppone che il padre assegni a un figlio tutta in denaro la quota che gli è dovuta: cosa che certo è lecita, ma non è quella di cui parla Costanzo». Non è mia intenzione soffermarmi oltre su questo passo di commento, tenuto conto, in ogni caso, della scarsa rilevanza delle *interpretationes* apposte alle *leges* raccolte da Teodosio II. Si potrebbe però anche sostenere che il testo dell'ignoto scoliaste si occupi di entrambe le questioni, alludendo in maniera molto ellittica al problema dell'implementazione, per concentrarsi poi sulla questione, che si può dire un po' germogliante dalla prima, dell'attribuzione della quota solo con denaro ereditario, e non con una porzione di tutte le tipologie di beni di cui si compone l'asse. Infatti, non può sfuggire che parte del quesito posto alla cancelleria bizantina fosse anche quello della legittimità (non solo e non tanto) della clausola suppletoria in sé, ma anche della legittimità di un supplemento conferito solo in denaro. Ovviamente, queste sono mere ipotesi e come tali devono essere considerate.

Paul. Sent. 4.5.7: *Filius iudicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus citra inofficiosi querellam impleatur, iure desiderat.*

È da reputarsi conforme al diritto la pretesa di un figlio che, ricevuto *iudicio patris* meno della *quarta pars*, chieda ai coeredi che venga implementata la *quarta* a prescindere dall'esperienza della *querela inofficiosi testamenti*⁷⁴².

Già una prima lettura mostra l'imprecisione che caratterizza questo testo: là dove specifica che la quarta deve essere implementata dai coeredi senza che sia necessario impugnare il testamento come inofficioso non si avvede che i due mezzi (l'azione 'per il supplemento' e la querela) non sono tra loro rimedi fungibili, perché mirano – sotto il versante patrimoniale – ad assicurare al legittimario quote diverse. Da un lato, infatti, la querela ha come obiettivo la quota *ab intestato*; da un altro lato, l'azione di implemento vuole perseguire vuoi la differenza tra l'assegnato e la *quarta pars*, vuoi una cifra determinata discrezionalmente dal terzo arbitratore. Ma nel dire che il supplemento volto a ottenere la *quarta pars* nella sua interezza è preteso senza che si debba incardinare l'azione *de inofficioso* è impreciso, perché con la querela comunque l'erede necessario non avrebbe mai conseguito (solo) la *quarta*.

In ogni caso, mi pare chiaro che – a prescindere da quanto testè esposto – il tema della clausola suppletoria fosse molto sentito e che, per quanto è dato apprendere, mercé la stessa il parente leso dalle tavole testamentarie avrebbe potuto lucrare solo la differenza tra quanto già a lui conferito e l'ammontare della *portio debita*. E tale sviluppo mi convince proprio perché nel brano in esame non vi è la menzione, a differenza che nella *lex* di Costanzo, dell'*arbitratus boni viri*: lo strumento sembra acquisire i tratti di una rigida consequenzialità. Ogni qual volta sia stata inserita la clausola nel testamento (evocata dal *iudicio patris* del testo) e l'attribuzione al querelante *in pectore* sia inferiore alla porzione a lui spettante, opererà il meccanismo di integrazione anzidetto, senza la necessità di demandare a un terzo una qualsivoglia determinazione.

Peraltro si è anche dubitato che nel passo in esame si faccia menzione della clausola che impone il supplemento: a voler seguire il Sanguinetti, invero, la posizione che nella frase occupano le parole *iudicio patris* impedisce di rinvenire in esse il riferimento alla clausola, perché sintatticamente e logicamente sarebbero da avvicinare alla parte *si minus quarta portione consecutus sit*. E nell'espunzione della necessaria presenza della disposizione implementativa paterna risiederebbe l'innovatività della *sententia* pseudopaolina rispetto alla legge imperiale del 361:

⁷⁴² Sul testo v., per i sospetti sull'autenticità, gli autori citati da E. VOLTERRA, *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustinianee occidentali*, Bologna, 1935, 28.

ipotizza, infatti, l'autore che «in seguito alla disposizione di Costanzo ... si fosse sviluppata la prassi di concedere la scelta tra *querela* e l'azione per il supplemento all'erede necessario insufficientemente onorato dal *de cuius* nel caso in cui nel testamento mancasse la clausola suppletoria; di tali prassi PS. 4,5,7 sarebbe la testimonianza»⁷⁴³.

L'idea di una progressione simile è molto suadente, ma – come lo stesso studioso ammette – meramente congetturale⁷⁴⁴: peraltro, l'esegesi del passo da lui proposta non consente di comprendere quale significato concreto possa assumere la specificazione *iudicio patris* nell'economia del frammento, che è estremamente misurato e privo di orpelli. Se infatti accogliessimo *in toto* la posizione poc'anzi descritta, dovremmo giungere alla conclusione o che il figlio abbia ottenuto 'volutamente' dal padre una porzione di beni inferiore alla *quarta pars*: ma in siffatto caso puntualizzare che è per volontà del genitore che l'attribuzione sia inferiore nulla aggiunge né alla qualificazione giuridica del fatto né alla sua disciplina; o, altrimenti, che nel testamento era scritto che il padre volesse che al figlio fosse attribuito nulla più di quanto lui stesso gli avesse trasmesso, e ciò nella consapevolezza che tale valore era meno della quota di sua spettanza: ma l'inserzione di una tale clausola è difficilmente accettabile, poiché sarebbe stata quantomeno inefficace, non potendo impedire al figlio di esperire la *querela* e di porre nel nulla le tavole testamentarie, ovviamente in caso di fondatezza dell'impugnazione.

Proprio alla luce di questo, mi sembra che il sintagma *iudicio patris* possa far riferimento proprio alla clausola suppletoria: è possibile che il testo originario, sul cui calco è stata redatta la *sententia*, fosse molto più ampio e articolato, e che nel redigerla l'autore pseudopaolino abbia contratto troppo il caso pratico, per evincerne un principio generale, non troppo distante, in verità, dal responso di Costanzo⁷⁴⁵.

⁷⁴³ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 89.

⁷⁴⁴ Viene infatti respinta da L. GUTIÉRREZ-MASSON, *'Actio ad implendam legitimam'*, cit., 190 s.

⁷⁴⁵ Non aggiunge niente alla comprensione del passo l'*interpretatio* visigotica, che qui trascrivo: *Filio herede scripto, si ex ordinatione defuncti patris minus quam quarta portionis suae fuerit deputata, suppleri eam sibi a coheredibus fratribus iure desiderat, quia in tali casu inofficioris actio removetur*. La differenza principale si rintraccia nella specificazione operata dal commentatore del fatto che i coeredi fossero fratelli del legittimario insufficientemente beneficiato. Secondo Il Sanguinetti «l'*interpretatio* sembra andare al di là del contenuto della sentenza, in quanto restringe la possibilità di pretesa al *supplementum* al caso in cui il figlio sia stato istituito erede insieme con i propri fratelli, mentre PS. 4,5,7 parla semplicemente di *coheredes*». Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 90 s. Lo studioso ritiene che l'autore della chiosa parafrastica sia stata tratto in inganno dal confronto con Int. Epit. Cod. Greg. Wis. 3,8,2 (... *sed hoc amplius habet, quod si maior fuerit ista donatio, quae nomine filii familias facta est, ut omnis facultas patris quartam eius rei quam filius donatam accepit implere non possit, reliquis filiis de hac ipsa donatione Falcidia suppleatur*), testo posto a commento di una costituzione di Valeriano e Gallieno. Il brano riguarda

La successione temporale che legherebbe i due passi analizzati si regge, peraltro, sul presupposto che la sentenza raccolta nel testo attribuito a Giulio Paolo sia posteriore all'arresto di Costanzo II: viene però da chiedersi se sia effettivamente così. La risoluzione di tale questione si intreccia con uno dei più complessi problemi che concernono la storia delle fonti del diritto romano, ossia la data di composizione delle *sententiae* la cui paternità viene nominalmente fatta rimontare al giurista tardoclassico⁷⁴⁶.

È nota, invero, la posizione assunta sin dal 1945 dal Levy⁷⁴⁷, il quale – analizzando i primi sei titoli del libro I della *cretomazia pseudopaolina* – è giunto alla conclusione che il testo è il frutto della stratificazione di più livelli⁷⁴⁸, con la conseguenza che esso non è 'databile' a un'unica epoca, ma rappresenta l'esito di un prolungato lavoro di raccolta e rimaneggiamento di testi da attribuire non solo a Paolo (che ne costituisce tuttavia la fonte preponderante), ma anche ad altri giuristi dell'età dei Severi.

L'insegnamento inaugurato dal giurista ha goduto di ampio favore nei decenni successivi: tuttavia, sul finire del Novecento Detlef Liebs iniziò a distanziarsi dalla ricostruzione levyana⁷⁴⁹: attraverso una minuziosa rielaborazione

la fattispecie in cui a causa di donazioni fatte a uno dei figli istituiti eredi, risultava lesa la *quarta* degli altri che, dunque, generava la pretesa al supplemento da far valere, peraltro, né con la *querela inofficiosae donationis* né con l'azione di implementazione, bensì in sede divisoria, con l'esperimento del *iudicium familiae herciscundae*. Osserva sempre il Sanguinetti che «questo particolare atteggiamento del diritto ereditario quale risulta dalla *interpretatio* citata può aver fornito lo spunto anche all'interprete delle Sentenze di Paolo, il quale trasformò i semplici coeredi in coeredi-fratelli, ed interpretò il *citra* come limitativo della possibilità di esperire la *querela*, dato che in Int. Epit. Cod. Greg. Wis. 3,8,2 non si faceva menzione della azione di inofficioritas come alternativa all'altra». L'accostamento tra il passo della *interpretatio* al testo paolino e quello alla costituzione di Valeriano e Gallieno non è nuova in dottrina: cfr. M. CONRAT, *Der westgotische Paulus. Eine Rechtshistorische Untersuchung*, Amsterdam, 1907, 204 s.

⁷⁴⁶ Gli studi 'moderni' sulla raccolta citata sono stati aperti, come si legge nei lavori di I. RUGGIERO, *Ricerche sulle 'Pauli Sententiae'*, Milano, 2017, 20 ss., dal pensiero di Beseler, che riteneva le *sententiae* una raccolta apocrifa o pseudoepigrafa, composta attorno al 300 d.C. da un compilatore ignoto che si sarebbe basato su materiale esclusivamente o prevalentemente paolino. Tuttavia, già il Lauria ipotizzava, in parziale disaccordo con lo studioso tedesco, che la *cretomazia* si identificasse con un'antologia di scritti di Paolo e di altri giuristi, cui si aggiungevano massime tratte da costituzioni imperiali del III sec.: l'opera sarebbe stata compilata in ambiente africano, forse nel 294 d.C. (cfr. anche I. RUGGIERO, *Immagini di 'ius receptum' nelle 'Pauli Sententiae'*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009, 271 ss.).

⁷⁴⁷ Cfr. E. LEVY, *'Pauli Sententiae'. A 'Palingenesia' of the Opening Title as 'Specimen' of Research in West Roman Vulgar Law*, Ithaca, New York, 1945, VII ss.

⁷⁴⁸ In particolare, per prendere a prestito le parole di I. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., 23, sei livelli, per la cui individuazione «si impiegano i caratteri A, B, C, V, E, D, per indicare, rispettivamente, l'opera del compilatore dell'ultimo scorcio del III secolo (A); le alterazioni intervenute fra il 300 e il 450 per mano di autori vari (B); l'*Interpretatio* visigotica (C); la *Lex Romana Wisigothorum* del 506 (V); le alterazioni subite nelle scuole orientali (E); le interpolazioni giustinianee (D)».

⁷⁴⁹ Cfr. D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, in *ZSS*, CXII, 1995, 151 ss.; ma già prima in ID., *Römische Jurisprudenz in Africa: Mit Studien zu den*

palingenetica del testo, lo studioso tedesco sostenne l'esistenza di una notevole stabilità nel nucleo originario dell'opera, redatta probabilmente in Numidia nel 294, utilizzando in massima parte materiale ulpiano, ma anche volumi di Marciano e Modestino, nonché i codici Gregoriano ed Ermogeniano (e dunque le costituzioni imperiali ivi contenute). La sua indagine «ha suffragato la tesi – coincidente, in fondo, con quella oggi ritenuta la *communis opinio* – dell'origine “prepostclassica” e occidentale delle *Pauli Sententiae*»⁷⁵⁰: ciò coincide con un progressivo abbandono della teoria ‘stratigrafica’ del Levy (troppo legata al *modus operandi* interpolazionistico, con tutti i suoi eccessi), in favore dell'idea che – quantomeno a livello sostanziale – le *sententiae* riferiscano «nei loro contenuti, *ius* elaborato dalla giurisprudenza e dalla cancelleria imperiale di età severiana»⁷⁵¹.

Se questa è, in linea di massima, l'opinione ora dominante, significa che l'opera in esame deve essere collocata temporalmente nel cinquantennio che divide la fine della dinastia severiana e l'avvento del dominato diocleziano, o forse nei primi anni del regno dell'imperatore dalmata: ma ciononostante le nozioni riportate nell'opera rifletterebbero lo stato del diritto per come esso era al tempo dei tre ultimi grandi corifei della giurisprudenza classica.

Quanto poi alla paternità dello scritto, che lo si voglia far risalire allo stesso Paolo (il quale potrebbe verosimilmente aver composto dei *libri sententiarum*, poi modificati all'inizio del IV secolo⁷⁵²), a degli allievi di Paolo, ovvero a un

pseudopaulinischen Sentenzen, Berlin, 1993, ripubblicata in seconda edizione nel 2005. Altra bibliografia dell'autore tedesco, che non è necessario qui elencare, in I. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., 41 ss., disseminata nelle molteplici note a piè di pagina.

⁷⁵⁰ V. I. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., 43.

⁷⁵¹ V. I. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., 441.

⁷⁵² Magari in concomitanza con il passaggio dal *volumen* al *codex* come supporto materiale di veicolazione del sapere: è la nota posizione di F. WIEACKER, *Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 93 ss. il quale ha postulato che, contemporaneamente alla riedizione di molte opere classiche avvenuta a seguito dell'introduzione dei *codices* e dell'abbandono dei *volumina* (sulle differenze concrete tra i due v. M. SPALLONE, *Giurisprudenza romana e storia del libro*, Roma, 2008, 32 ss.), i testi siano stati ampiamente rimaneggiati: con la conseguenza che, secondo il maestro tedesco, la maggior parte delle interpolazioni pregioiustinianee deve riportarsi alla seconda metà del III sec. o al massimo alle prime decadi del IV sec. (epoca definitiva della «rivoluzione editoriale» per M.U. SPERANDIO, *Il 'codex' delle leggi imperiali*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, VIII, 103), mentre successivamente i testi sarebbero rimasti invariati sino a Giustiniano. La teoria è ricca di spunti interessanti – e ai miei occhi è anche persuasiva – ma sin dall'inizio ha incontrato critiche (o meglio riserve) da parte della dottrina: si è in particolare escluso che il transito al più agile codice sia avvenuto in maniera repentina, sostenendosi di contro che tale processo sarebbe iniziato sul finire del III sec. (o forse addirittura successivamente) per concludersi però nel V sec. Cfr., tra gli altri, le prime recensioni al volume di Wieacker: L. AMIRANTE, *Recensione a F. WIEACKER, Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, in *Labeo*, VII, 1961, 390 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione a F. WIEACKER, Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, in *BIDR*, III, 1961, 351 ss.; G.G. ARCHI, *Recensione a F. WIEACKER, Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, in *IURA*, XII, 1961, 428 ss. Cenni al problema in G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, 122 s. Sulla ‘rivoluzione editoriale’ succitata v. anche G. CAVALLO,

compilatore che si sia basato solo su materiale paolino o anche di altri giureconsulti oppure anche delle costituzioni confluite nei *codices* Gregoriano ed Ermogeniano⁷⁵³ (opinione che, anche per come sono redatte le clausole in materia di testamento inofficioso, non propriamente un esempio di perfezione stilistica, mi sentirei di abbracciare⁷⁵⁴) poco importa ai nostri fini.

Se quindi si vuol adottare la posizione oggi più in voga è necessario invertire l'ordine cronologico di C.Th. 2.19.4 e di Paul. Sent. 4.5.7: anzi – e questo è aspetto di ancor più grande interesse – si è costretti a sostenere – atteso che le *sententiae* contengono materiale appartenente al diritto classico severiano – che l'implementazione del lascito, da richiedersi in alternativa alla *querela inofficiosi testamenti*, la quale risultava inespugnabile, fosse traguardo già raggiunto in epoca tardoclassica.

7. Un antecedente classico?

Sebbene non si possa sapere quale sia stato il reale avvicinarsi dei fatti, perché – è bene precisarlo – mai si giungerà a conoscere di preciso a quale mano e a quale epoca risale la redazione delle *sententiae*⁷⁵⁵, non si può non evidenziare che disponiamo di un testo risalente alla giurisprudenza classica, il quale fa esplicito

Libro e pubblico alla fine del mondo antico, in *Libri, editori e pubblico nel mondo antico. Guida storica e critica*³, Roma - Bari, 1984 83 ss.

⁷⁵³ Ipotesi articolate e discusse da I. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., 445.

⁷⁵⁴ Lo stesso tenore, perentorio, delle *sententiae* mi convince del fatto che esse furono concepite per rispondere alle esigenze dei pratici, specie in connessione con le *recitationes* di *iura* e *leges* che le parti potevano/dovevano effettuare nell'aula di tribunale (attività tipica dell'epoca successiva al tramonto della grande letteratura giuridica di età severiana, anche se – a livello di pratica – non dovette essere del tutto estranea neppure all'epoca precedente: cfr. D. MANTOVANI, *ERC-Project Redhis: a new appreciation of Juristic texts and Patterns of thought in Late Antiquity. Il programma e i primi risultati*, in *Texte wiederherstellen, Kontexte rekonstruieren. Internationale Tagung über Methoden zur Erstellung einer Palingenesie. Münster, 23-24 April 2015*, herausgegeben von Sebastian Lohsse, Salvatore Marino und Pierangelo Buongiorno, Stuttgart, 2017, 175; V. MAROTTA, *La 'recitatio' degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica*, in *'Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del convegno [Firenze, 21-23 ottobre 2010]*, a cura di V. Marotta ed E. Stolfi, Roma, 2012, 357 ss.): scrive sempre la Ruggiero che le operette compilative di *iura* «offrivano infatti una sintesi decisiva di dottrine giurisprudenziali e costituzioni imperiali, coincidenti, soprattutto a partire dall'età severiana, con l'ordine giuridico romano nel suo complesso. Citando una *sententia*, che rispecchiava una dottrina *recepta*, le parti di un processo – soprattutto in ambienti periferici, culturalmente poveri e lontani dalle grandi biblioteche o dagli archivi delle autorità giurisdizionali più importanti – operavano una decisiva semplificazione dei problemi, evitando il fastidio di risalire e, di conseguenza, di indicare, i luoghi originali degli scritti giurisprudenziali: bastava utilizzarne uno solo che compendiasse coerentemente dottrine da tutti condivise». V. I. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., 183 s.

⁷⁵⁵ Cfr. già F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1946, 176.

riferimento alla *repletio* della quota insufficiente *arbitratu boni viri*. Il brano, su cui sono piovute non poche critiche formali⁷⁵⁶, è escerpito dal secondo libro di *Disputationes* di Ulpiano:

Ulp. 2 *disp.* D. 5.2.25 pr.: *Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet aut, si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur: aut certe conferri oportere id quod donatum est.*

Il giurista di Tiro sta scorrendo della tipologia di lasciti in grado di prevenire l'esperimento della *querela*: tra questi annovera pure la *donatio inter vivos*, purché la stessa sia stata munita della clausola di imputazione alla *portio debita*. Se tale liberalità fosse stata di ammontare sufficiente ad esaurire la *quarta* l'azione di inofficiosità non sarebbe stata ammissibile: o almeno codesto è il pensiero di Ulpiano, il quale – in maniera probabilmente innovativa – propone l'allargamento di un principio, già valevole per le disposizioni *mortis causa*, anche ad un atto *inter vivos*. Se, al contrario, il cespite così attribuito non fosse bastato a colmare la *quarta*, il residuo sarebbe stato implementato secondo l'*arbitrium boni viri*. In ogni caso, conclude il frammento, la donazione sarebbe andata incontro all'onere della collazione⁷⁵⁷.

Confrontando questo responso ulpiano con i testi di C.Th. 2.19.4 e Paul. Sent. 4.5.7 si nota come esso fornisca un quadro ancora diverso: qui, infatti, non vi è alcuna allusione – neppure ermetica come quella che ho creduto di rinvenire nel sintagma *iudicio patris* della sentenza paolina – alla clausola suppletoria, da cui dunque il meccanismo dell'implementazione pare prescindere.

Non nascondo che, per parte mia, sono convinto che il testo non sia genuino: sotto il profilo formale, la parte *aut si minus ... repleatur* ha tutta l'aria di essere una parentesi esplicativa aggiunta successivamente, tant'è che nulla essa ha a che fare con la collazione menzionata successivamente, la quale si lega ontologicamente e logicamente alla parte precedente, ove si menziona la donazione; sul versante sostanziale, del resto, l'assenza di ogni richiamo alla clausola farebbe propendere per l'idea che già all'età dei Severi fosse nota l'azione di supplemento

⁷⁵⁶ V. *Index Interpolationum*, I, cit., 73.

⁷⁵⁷ Sulla collazione, specie con riferimento alla distinzione con la riunione fittizia, v. ora S. DI SALVO, *Collazione e riunione fittizia. Distanze e contiguità nella storia giuridica*, XII, 2019, 1 ss.

ex lege, innovazione invece disposta – con grande squillo di trombe – da Giustiniano⁷⁵⁸.

Del resto, se già sullo scorcio dell'età classica fosse stato conosciuto tale rimedio, non vi sarebbe stata necessità per i testatori di aggiungere una clausola suppletoria ai propri atti di ultima volontà: eppure ciò risulta essere avvenuto nel caso sottoposto all'attenzione di Costanzo II e sul quale l'imperatore ha reputato necessario soffermarsi, regolandone il funzionamento.

8. *Le costituzioni successive all'età costantiniana.*

Proseguendo nella disamina degli interventi imperiali in tema di *querela inofficiosi testamenti*, successiva alla cd. 'età costantiniana'⁷⁵⁹, abbiamo notizia dell'emanazione, nel periodo successivo, di varie costituzioni imperiali: tre di queste sono state collezionate nel codice di Teodosio II e sono comprese nell'arco di tempo che va dal 383 al 424 d.C.; una, invece, ha trovato asilo nel Codice giustiniano e reca la data del 479 d.C.

Nel 383 d.C. gli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio⁷⁶⁰, in un'epistola inoltrata al prefetto del pretorio Ipazio, intervengono a ribadire un principio ormai consolidato, ossia la prescrizione quinquennale dell'azione di inofficioritas:

C.Th. 2.19.5: *Intra quinquennium, quod inofficioritas actionibus constitutum est, liberis quoque, parentum iudicia inofficioritas causantibus, eadem temporis curricula praestituta sunt.* <Dat. V. kal. Iun. Patavio, Merobaude II. et Saturnino cons.>

⁷⁵⁸ Cfr. J.M. RIBAS-ALBA, *La desheredación*, cit., 290 s. secondo cui costituirebbe un emblema di Triboniano anche la previsione della donazione tra vivi con espressione indicazione di imputazione alla legittima.

⁷⁵⁹ Adotto qui la l'impostazione vociana, che considera congiuntamente l'opera legislativa di Costantino (306-337) e dei figli (337-361): cfr. P. VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, I, cit., 83 ss.

⁷⁶⁰ La costituzione, come si legge nella *subscriptio*, è stata rilasciata a Padova da Graziano dove egli si trovava almeno dal 21 maggio 383. La data è importante perché consente di risolvere una questione da tempo dibattuta: invero, mentre P. Krüger, nella sua edizione del *Codex Theodosianus – rectius* dei soli primi otto libri che ha potuto comporre prima della morte – proponeva di aggiungere alla costituzione in esame quella serbata in C.Th. 16.7.3 (opinione peraltro già espressa dal Gotofredo, che riteneva i due provvedimenti in realtà un *unicum*), di converso il Mommsen e il Seek hanno negato tale possibilità, poiché – sebbene le due epistole abbiano una vicinanza a livello contenutistico, atteso che C.Th. 16.7.3.1 accenna al termine quinquennale della *querela* – le costituzioni avrebbero date differenti: 28 maggio la prima, 21 maggio la seconda.

L'intervento imperiale sembra privo di concreta utilità, stante la veicolazione di un termine ad agire già codificato dalla giurisprudenza classica⁷⁶¹, ma così probabilmente non è.

Si specifica, anzitutto, che il lustro entro il quale intentare l'azione dovesse valere anche per i figli: può essere che, nel torno di tempo in cui la costituzione viene elaborata dalla cancelleria, si fosse posto un dubbio circa la durata del termine prescrizione nel caso che ad agire fossero i figli ovvero gli altri parenti legittimati (ascendenti oppure collaterali di secondo grado, indicati meglio *supra*). Può essere – ma ciò non può che relegarsi a mera congettura – che la prassi avesse ritenuto di avallare impugnazioni da parte dei figli incardinate 'fuori tempo massimo', in linea con il progressivo sviluppo che l'istituto della prescrizione stava avendo, negando magari questa possibilità agli altri legittimati.

Gli imperatori, dunque, sollecitati dal prefetto al pretorio, sarebbero intervenuti per contrastare siffatta pratica, idonea a generare – senza dubbio – profonde incertezze sulla destinazione dei beni ereditari e quindi, in ultima analisi, sul sistema di circolazione della ricchezza.

Ciò detto, è bene sottolineare che l'importanza della precisazione confluita nel testo in esame risiede nel fatto che essa continua ad abbracciare, per le azioni di inofficiosità, la prescrizione (breve) quinquennale, a fronte di una generalizzazione, intervenuta nel tardo antico, di una prescrizione delle azioni, di converso, di durata trentennale: si deve a una costituzione di Teodosio II, elaborata nel 424 d.C. ed entrata nella sua compilazione *sub* C.Th. 4.14.1⁷⁶², l'introduzione del termine di

⁷⁶¹ È, in verità, probabile, seguendo Pasquale Voci, che «i redattori del Teodosiano abbiano estratto, da un testo più complesso, un'affermazione di particolare valore»: ciò renderebbe ragione della somma stringatezza – e anche grave oscurità – della costituzione. Così P. VOICI, *Diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, cit., 159.

⁷⁶² Cfr. C.Th. 4.14.1: *Sicut in re speciali est, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel ius aliquod postuletur vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda: eodem etiam in eius valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio possidente nititur vindicare. Nam petitio finium regundorum in eo scilicet, quo nunc est, iure durabit. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per adnotationem, meruisse responsum vel etiam iudiciis allegasse, nisi allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita fuerit subsequuta conventio. In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam in iudicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu triginta denuo annorum devoluto curriculo tradita oblivioni et diuturno silentio comprobantur. Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat, quamdiu sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerit, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario ei similiter ut aliis annorum triginta intervalla servanda sunt. Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquitus fixis temporibus limitantur. Annorum autem curricula ita numerari conveniet, ut et illa in dimensionem tempora redigantur, quae ante nostrae mansuetudinis sanctionem iugi taciturnitate fluxerunt. Verum ne qua otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur,*

trent'anni: termine che, peraltro, soffriva numerose eccezioni⁷⁶³, una di queste – appunto – le azioni di inofficiorità⁷⁶⁴.

È vero che il provvedimento di Graziano viene emanato in data antecedente alla citata *lex* teodosiana: è tuttavia da credere che i compilatori abbiano voluto recuperare il precedente responso imperiale, allocandolo nel titolo sul testamento inofficioso, per rendere edotto il fruitore della compilazione del fatto che, nonostante nel Codice venga accolta generalmente la prescrizione trentennale, ciò non accadeva per la *querela inofficiosi testamenti*, che ancora scontava l'antica disciplina.

Significativa è, poi, l'*Interpretatio* acclusa dai commissari di Teodosio II a quest'epistola del 383 d.C.:

I. C.Th. 2.19.5: *Intra quinque annos a die mortis defuncti, quicumque inofficiosum dicere voluerit testamentum, inchoandae actionis licentiam se noverit habiturum. Quod temporis spatium etiam filii sibi, si contra parentum testamenta ac voluntatem agere voluerint, agnoscant esse concessum. Quo transacto, si repetitio inchoata non fuerit, omnium personarum de inofficioso intentio conquiescat. Ceterum intra quinquennium inchoata, usque ad tricennium obtineat actionem.*

Essa merita una specifica considerazione per due aspetti, che valgono a completare la disposizione normativa oggetto della chiosa esplicativa, ed in ciò

*ei, qui se fiducia perpetuitatis actionem non movisse commemorat, decem post hanc legem annorum spatia continua superioribus addi praecipimus, ut, si quidem ante sanctionem hac lege praefinitos annos decurrisse patuerit, praeter ea tempora quae manarunt decem actori annorum spatia prorogentur, ita ut tempus illi hoc continuum ex legis tempore numeretur. Quod si decem illi anni superesse videbuntur aut amplius, ulterius eum nihil desiderare conveniet, sed proprio lapsu temporis decurrente ad triginta usque consummationem debere suo spatio esse contentum; sin annos quidem restare non dubium est, sed infra decem eorum intervalla concludi, nihilominus etiam sic eum spatium tantum oportebit accipere, ut decem integer numerus compleatur; postque hanc definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censuimus, etiamsi se legis ignorantia excusare temptaverit. DAT. XVIII KAL. DECEMB. CONSTANT(INO)P(OLI) VICTORE V.C. CONS. Sul testo v. ampiamente L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione*, cit., 127 ss.; ma anche R. SIRACUSA, *La nozione di 'universitas' in diritto romano*, Milano, 2016, 330 e nt. 102. La costituzione è riportata anche nel Codice giustiniano, con significative varianti, sulle quali però qui non è necessario dilungarsi: cfr. *Impp. Honorius et Theodosius AA. Asclepiodoto* C. 7.39.3 (a. 424).*

⁷⁶³ Indicate – ma in maniera molto veloce – al § 3 della costituzione summentovata. Un po' più esplicativo il commento parafrastico dell'*Interpretatio*: I. CTh. 4.14.1: ... *nam et hoc lex ista evidenter exponit, ut, sicut illa, quae perpetua erant, ad tricennium iussa sunt revocari, ita omnes causae, quibus infra tricennium tempora constituta sunt, suis quibusque locis et temporibus observentur, hoc est ut, quaecumque seu de vicennio seu de decennio seu de quinquennio seu de anni spatio posita sunt et his similia, nullatenus ad tricennium perducantur.*

⁷⁶⁴ E ciò nella particolarità che, invece, le azioni di petizione dell'eredità vennero espressamente contemplate fra quelle con prescrizione trentennale: cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita*, cit., 131.

superando il tenore formale dell'intervento di Graziano⁷⁶⁵: a) viene evidenziato che il termine di prescrizione quinquennale inizia a decorrere dal giorno della morte del defunto. Sul punto, abbiamo conoscenza – tramite una costituzione di Giustiniano conservata in *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.36.2* (a. 531), che sarà oggetto di esame successivamente – di una disputa insorta, in età classica, tra Ulpiano e Modestino. Mentre il primo fissava il decorso del termine nel giorno dell'accettazione dell'eredità da parte dell'erede scritto, il secondo lo antecedeva al momento dell'apertura della successione. Il compilatore dell'*Interpretatio*, come si nota, seguiva quest'ultima teoria, la quale quindi dovette riscuotere maggior successo nel tardo-antico rispetto a quella del giurista di Tiro. Giustiniano, come si avrà modo di vedere, innoverà significativamente; b) viene sottolineato che, una volta interrotto il termine prescrizionale con l'incardinamento dell'azione, e quindi con la citazione del convenuto, il giudizio doveva concludersi entro trent'anni, pena la sua perenzione.

Gli altri due arresti normativi contenuti nel Codice di Teodosio II non sollecitano molte riflessioni: di talché mi limiterò, in questa sede, a un mero accenno.

Onorio e Teodosio II, nel 413⁷⁶⁶, precisano che ogni testamento, anche privilegiato, segue il regime comune⁷⁶⁷: la costituzione, che nel testo del codice ha una formulazione molto infelice (la prima proposizione, infatti, è una dipendente, ma è priva della reggente), è stata estrapolata dallo stesso atto normativo confluito in *Impp. Honorius et Theodosius AA. Iohanni pp. C. 6.23.19*⁷⁶⁸; Teodosio II, nel

⁷⁶⁵ Cfr. Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., 106.

⁷⁶⁶ Cfr. C.Th. 2.19.6: *Adversus iudicium omnibus integris atque servatis, quibus inofficiosi actio aut de immodicis donationibus coeperit forte competere, vel qui se praeteritum esse testatur. Nos enim ita huiusmodi institutiones firmandas esse concessimus, ut competentibus actionibus viam minime clauderemus.* <Dat. XVI. kal. Mart. Ravenna, post consulatum Honorii IX. et Theodosii V. AA.>. Non molto più perspicua l'*Interpretatio*: *Contra voluntatem defuncti ita omnia, quae superiore lege sunt statuta, servantur, ut et de inofficioso agere liceat, et, si quis se praeteritum dixerit, audiatur. Sed ita haec omnia observari praecipimus, ut, si qua alia propositio fuerit de testamento vel donatione, quae possit opponi, in omnibus audiatur.*

⁷⁶⁷ V. P. VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. II. Le costituzioni del V secolo*, in *SDHI*, XLVIII, 1982, 1 ss., ora in *Id.*, *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, 189 s., da cui si cita. Sul testo sempre utilissimo è il commento di Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., 206 ss.

⁷⁶⁸ Il cui testo qui declino: *Omnium testamentorum sollemnitate[m] superare videatur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet. 1. Sicut igitur securus erit, qui actis cuiuscumque iudicis aut municipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium, ita nec de eius umquam successione tractabitur, qui nobis mediis et toto iure, quod nostris est scriniis constitutum, teste succedit. 2. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderit. Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium, cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobatur nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegitur. 3. Ne quid sane praetermississe credamur huiusmodi institutionis successoribus*

424, ribadisce che l'accettazione del *iudicium defuncti* da parte del legittimario impedisce a quest'ultimo l'impugnazione di inofficiorità⁷⁶⁹.

Volgendoci, ora, al Codice giustiniano, ritroviamo una disposizione, risalente a Zenone ed emanata nel 479 d.C.:

Imp. Zeno A. Sebastiano pp. C. 3.28.29: Quoniam novella constitutio divi Leonis ante nuptias donationem a filio conferri ad similitudinem dotis quae a filia confertur praecepit, etiam ante nuptias donationem filio in quartam praecipimus imputari. Eodemque modo cum mater pro filia dotem vel pro filio ante nuptias donationem vel avus paternus aut maternus vel avia paterna aut materna pro sua nepte vel pro suo nepote vel proavus itidem vel proavia paterna aut materna pro sua pronepte vel pro suo pronepote dederit, non tantum eandem dotem vel donationem conferri, verum etiam in quartam partem ad excludendam inofficiosi querellam tam dotem datam quam ante nuptias donationem praefato modo volumus imputari, si ex substantia eius profecta sit, cuius de hereditate agitur. <a. 479 D. k. Mai. ipso A. II cons.>

L'imperatore sancisce che la *donatio ante nuptias*⁷⁷⁰ di cui un figlio ha profittato (e quindi la cui provvista sia stata disposta dal padre, dalla madre, ma anche da un parente potenzialmente legittimato passivo alla *querela inofficiosi testamenti*) deve essere imputata dal medesimo nella propria quarta parte qualora

designatis, omnia quae scriptis heredibus competunt iubemus eos habere nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, cum pro herede agere cuncta sufficiat et ius omne ipsa complere aditio videatur. 4. Omnibus etenim praestandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblati possit precibus declarare et stabile sciat esse quod fecerit, nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis possit testibus approbare, si ei alia nocere non possunt (a. 413).

⁷⁶⁹ C.Th. 2.19.7: *Si quis defuncti agnoverit voluntatem, de inofficioso agere prohibetur.* <Dat. VII. kal. Mart. Constantinopoli, Victore V.c. cons.>. *Interpretatio: Qui per testamentum sibi aliquid derelictum acceperit aut vindicaverit et voluerit contra voluntatem defuncti agere, licentiam penitus non habebit.* V. Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., 209. La frase di Teodosio II compare identica anche in C.Th. 4.4.7 pr.

⁷⁷⁰ Su questa figura v. P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000, 1 ss.; E. LOZANO CORBÍ, *Lad donaciones nupciales en el Derecho Romano*, in *RIDA*, XLII, 1995, 221 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 150 s.; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, II, cit., 230 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., 354 s.; F. BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della 'donatio propter nuptias'*, Bologna, 1892, 1 ss.; A. ESMEIN, *Le testament du mari et la 'donatio ante nuptias'*, in *NRHD*, 1884. Per le modifiche apportate all'istituto da Giustiniano, il quale ne ha modificato pure il nome, passando da *donatio ante nuptias* a *donatio propter nuptias* (mercé la costituzione serbata in *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 5.3.20 [a. 531-533]*) v. G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3: aspetti della riforma giustiniana della donazione nuziale*, in *ID.*, *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004, 99 ss., con altra letteratura *ivi* segnalata.

voglia poi impugnare con l'azione di inofficiosità le tavole testamentarie del donante: ciò completa la normativa, risalente a Leone⁷⁷¹, in virtù della quale si assimilava la donazione in parola alla dote quanto alla doverosità del suo conferimento in collazione⁷⁷².

Verosimilmente, la fattispecie concreta che faceva da sfondo all'arresto imperiale abbracciava il caso o di una madre (ovvero di un padre) che avesse messo a disposizione del figlio il bene o il denaro con cui il discendente avrebbe poi confezionato la donazione nuziale in favore della futura moglie; o quello in cui il genitore avesse direttamente effettuato la donazione in favore della nubenda del discendente, con indicazione – ovviamente – che la liberalità era da reputarsi come proveniente dal figlio.

Si nota quindi un progressivo ampliamento del novero dei lasciti idonei a riempire di contenuto la *portio debita*: questa elargizione, in quanto costituente per il figlio un arricchimento, deve essere computata nella *quarta pars*. Ciò lo si ricava

⁷⁷¹ Cfr. *Imp. Leo A. Erythrio pp. C. 6.20.17: Ut liberis tam masculini quam feminini sexus, iuris sui vel in potestate constitutis, quocumque iure intestatae successionis, id est aut testamento penitus non condito vel, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita vel inofficiosi querella mota rescisso, aequa lance parique modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, proavus proavia paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte aut pronepote sive pronepte, nulla discretione intercedente, utrum in ipsas sponsas pro liberis suis memorati parentes donationem contulerint, an in ipsos sponso earum, ut per eos eadem in sponsas donatio celebretur: ut in dividendis rebus ab intestato parentis, cuius de hereditate agitur, eadem dos vel ante nuptias donatio ex substantia eius profecta conferatur: emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum, quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur vel post emancipationem ab isdem adquisierint, collaturis.* <a. 472 D. V k. Mart. Marciano cons.>. Sul testo v. F. PULITANÒ, *In tema di collazione ereditaria nel tardo antico*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno internazionale in onore di G. Crifò*, I, Roma, 2010, 503 ss.; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, II, cit., 257; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., 341. Sull'attività normativa di Leone, v. C.ST. TOMULESCU, *Léon I^{er} et le droit privé*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti V convegno Internazionale (Spello - Perugia - Bevagna - Sansepolcro, 14-17 ottobre 1981)*, Città di Castello, 1983, 59 ss.

⁷⁷² Come noto, essa consisteva nel conferimento, in favore dei *sui* rimasti in potestate, dei beni acquistati dai figli emancipati e della dote assegnata alla figlia: così facendo si sarebbero appianate le disuguaglianze derivate dal fatto che mentre i figli usciti dalla potestà paterna acquistavano al loro patrimonio, viceversa quelli rimasti in potestà acquistavano al patrimonio del padre, con la conseguenza che quest'ultimi beni sarebbero stati divisi tra tutti i figli come patrimonio paterno. Sul tema v. E. FEIN, *Das Recht der Collation, dargestellt nach den Grundsatzendes römischen Rechts*, Heidelberg, 1849; R. LEONHARD, *Bonorum collatio*, in *PW*, III.1, Stuttgart, 1897, 704 ss.; A. GUARINO, *'Collatio bonorum'*, Napoli, 1936; F. PRINGSHEIM, *Die 'collatio dotis' an die 'Emancipati'*, in *SDHI*, IV, 1938, 533 ss.; E. SZLECHTER, *La 'collatio dotis'*, in *RHD*, XXXII, 1954, 167 ss.; A. MOZZILLO, voce *'Collatio'*, in *NNDI*, V, Torino, 1959, 444 ss.; G. LONGO, voce *Collazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 312 ss.; E. VOLTERRA, voce *'Emancipatio'*, in *NNDI*, VI, Torino, 1960, 489 ss.; recentemente, v. F. PULITANÒ, *In tema di collazione ereditaria*, cit., 491 ss. con altra letteratura, cui adde K. PAPA-KONSTANTINOU, *Die 'collatio dotis': Mitgift und Miterben-Auseinandersetzung im römischen Recht*, Köln, 1998.

dal fatto che essa è stata considerata tale da Leone⁷⁷³, il quale ne ha imposto la collazione, nel caso in cui la divisione dell'eredità avvenga tra fratelli. La liberalità quindi viene a rappresentare un anticipo di successione⁷⁷⁴, in grado di paralizzare l'esperimento della *querela* in caso di valore pari alla porzione dovuta⁷⁷⁵.

Si apprezza qui un avanzamento rispetto al diritto classico: si ricorderà, invero, che Ulpiano riteneva – forse solo lui isolatamente – che anche una *donatio inter vivos* potesse essere in grado di evitare l'incardinamento dell'azione di inofficiosità, ma a patto che il negozio mercè il quale la *causa donandi* era realizzata⁷⁷⁶ prevedesse la clausola di imputazione alla legittima del bene donato. In caso contrario, invece, sembra ragionevole sostenere che la liberalità così conferita non rientrasse nel calcolo della porzione debita, lasciando libera strada al legittimario leso (per così dire) solo *mortis causa*.

Orbene, adesso con Zenone sembra che tale requisito venga superato: non vi è menzione alcuna di una clausola di imputazione acclusa alla donazione: ciò che interessa all'imperatore, in ultima analisi, è che un lascito, sicuramente implementativo del patrimonio del querelante *in pectore*, non sfugga al suo giusto rilievo successorio, che si deve concretare nella ricomprensione di quel valore nella porzione da lasciare al legittimario.

Dubbi invece permangono sull'estensione generalizzata del principio da ultimo individuato a tutte le donazioni: ossia è possibile sostenere che tutte le

⁷⁷³ Ciò discende dalla connotazione «sempre più matematica» che la collazione assume per questo imperatore, come argutamente osserva F. PULITANÒ, *In tema di collazione ereditaria*, cit., 509 s., argomentando da *Imp. Leo A. Erythrio pp. C. 6.20.17* (a. 472). Continua la studiosa che «la dote e la donazione obnuziale ... rappresentano infatti complessi patrimoniali ben definiti, che prima dell'apertura della successione vengono attribuiti da parte dello stesso *de cuius* alla disponibilità di un soggetto concorrente alla stessa, e proprio su questo presupposto si crea la necessità di un riequilibrio generale». Non dissimile è la logica che governa la *lex* di Zenone, da cui si evince in maniera chiara la patrimonializzazione del lascito e quindi la sua confluenza all'interno del regime successorio necessario.

⁷⁷⁴ Questo corrisponde, in genere, alla piega che stava prendendo il diritto successorio: prezioso è ancora una volta il confronto con l'istituto della collazione. Se, come già aveva rilevato Alberto Burdese nel suo volume su *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti*, sotto la direzione di F. Vassalli, XII.5, Torino, 1980, 268, la *collatio* classica costituisce un sistema per equilibrare posizioni 'patrimoniali' differenti (*sui-emancipati*), diversa è la funzione sottesa alla *collatio descendantium* (termine che vale a indicare la collazione di età postclassica, sebbene non del tutto corrispondente all'uso che dell'espressione ne fanno le fonti) nella quale «prevale appunto l'idea di tener conto di quanto un coerede abbia già ricevuto in vita dal *de cuius*». V. F. PULITANÒ, *In tema di collazione ereditaria*, cit., 512.

⁷⁷⁵ V. P. VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, II, cit., 261; ID., *Diritto ereditario romano*, II, cit., 731. Si sofferma sul testo anche P. FERRETTI, *Le donazioni*, cit., 200 s.

⁷⁷⁶ È noto, invero, che sino a Costantino non esisteva la donazione come figura tipica: la *causa donandi*, invero, si poteva realizzare solo mediante la conclusione di un negozio diverso, a effetti reali od obbligatori, astratto o a causa variabile. Nel 323 d.C. l'imperatore cristiano stabilirà una disciplina formale per la donazione traslativa: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 772 ss. V. diffusamente G.G. ARCHI, *L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*, in *RIDA*, V, 1958, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1981, 1261 ss.

liberalità poste in essere dal defunto, sia *inter vivos* che *mortis causa*, dovessero essere oggetto di quella che (usando la dogmatica moderna) è definita imputazione *ex se*?

La penuria di testi tramandatici sul punto non consente di fornire una risposta: troppo episodici e circostanziati sono i riferimenti di cui disponiamo. Così è proprio nel caso della *lex* di Zenone, la quale si esprime su un caso ben determinato, che non pare soggetta ad applicazioni ulteriori rispetto a quella della fattispecie espressamente normata.

9. *Altre fattispecie di successione necessaria.*

Sebbene non collegate direttamente con la *querela inofficiosi testamenti*, di notevole interesse sono le costituzioni imperiali di cui ora parlerò: esse, in modo forse un po' estemporaneo, introducono forme particolari di successione necessaria, prescrivendo che determinate quantità di beni ereditari debbano essere lasciate, dal testatore, a soggetti che di volta in volta si trovano in certe condizioni.

Il primo è un provvedimento normativo emanato da Valentiniano III nel 426:

C.Th. 16.8.28: Si Iudaei vel Samaritae filius filiave seu nepos, unus aut plures, ad Christianae religionis lucem de tenebris propriae superstitionis consilio meliore migraverint, non liceat eorum parentibus, id est patri vel matri, avo vel aviae, exheredare vel in testamento silentio praeterire vel minus aliquid eis relinquere, quam poterant, si ab intestato vocarentur, adipisci. Quod si ita forsitan evenerit, iubemus eum ab intestato rescissa voluntate succedere, libertatibus, quae in eodem testamento datae fuerint, si intra legitimum numerum sunt, suam obtinentibus firmitatem. Si quid maximum crimen in matrem patremve, avum vel aviam tales filios vel nepotes commisisse aperte potuerit comprobare, manente in eos ultione legitima, si accusatio interea iure processerit, parentes tamen sub tali elogio, cui subpeditabunt probabilia et manifesta documenta, solam eis Falcidiam debitae successionis relinquunt, ut hoc saltem in honorem religionis electae meruisse videantur, manente, ut diximus, crimine, si probata fuerint, ultione. Et cetera. <Dat. VI id. April. Ravennae Theodosio XII et Valentiniano II AA. cons.>

I figli di ebrei⁷⁷⁷ e samaritani⁷⁷⁸, i quali si siano convertiti al cristianesimo, non possono essere né diseredati né pretermessi dai genitori o dagli ascendenti (si noti la mancanza di collaterali di secondo grado) nel proprio testamento: anzi, devono ottenere non meno della quota *ab intestato*. Qualora ciò non accada, l'imperatore dispone che i figli, *rescissa voluntate*, succedano intestati, con la salvezza delle manomissioni disposte *ex testamento*, se comprese nel numero legittimo (riferimento alla *Lex Fufia Caninia*⁷⁷⁹).

Vanno segnalate due questioni: a) la quota da attribuire ai successori necessari è più elevata rispetto a quella che, nel regime dell'inofficiorità, è sufficiente ad escludere l'esperimento dell'impugnazione (e che, di conseguenza, è l'unica che il testatore deve lasciare al legittimario) e calcolata nell'ammontare della quota legittima; si è in presenza, qui, di un vero e proprio nuovo diritto successorio⁷⁸⁰, che sembra porsi in regime di specialità rispetto al sistema disegnato dalle norme in tema di testamento inofficioso; b) in caso di lascito inferiore, il legittimario otterrà comunque la quota ma solo dopo aver eliminato il testamento. La costituzione, in modo un po' anodino, si limita a riferire che la volontà del genitore sarà rescissa: corre subito alla mente la fattispecie dell'inofficiorità, in cui – come noto – l'atto di ultima volontà viene rescisso. Si potrebbe quindi sostenere che l'azione a disposizione del figlio sia proprio la *querela inofficiosi testamenti*, il cui regime dovrebbe però essere armonizzato con la fonte 'legislativa' dell'obbligo di lasciare la quota al discendente. In altri termini, è da credere che – se davvero la *querela* fosse stato lo strumento reattivo riconosciuto al riservatario – costui non avrebbe dovuto giammai sobbarcarsi l'onere probatorio che *supra* si è illustrato (dimostrando quindi di aver osservato i doveri pietativi verso l'ascendente), ma gli sarebbe stato sufficiente allegare lo stato di figlio e provare il passaggio alla religione cristiana, non essendo demandato al giudice alcun altro accertamento.

⁷⁷⁷ Sulle altre leggi che penalizzano gli appartenenti al credo giudaico e incentivano le conversioni v. la rassegna contenuta in *Jewish Life and Thought among Greeks and Romans. Primary Reading*, edited by L.H. Feldman and M. Reinhold, Edinburgh, 1996, 347 ss. Peraltro, il giudizio che il legislatore teodosiano dà dell'ebraismo è «nell'insieme negativo», come rileva L. DE GIOVANNI, *Il Libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti Chiesa-Stato*, Napoli, 1985, 110.

⁷⁷⁸ La considerazione congiunta di ebrei e samaritani è frequente nel *Codex Theodosianus*: v. A.M. RABELLO, *The Samaritans in Justinian's 'Corpus iuris civilis'*, in *The Jews in the Roman Empire: Legal Problems, from Herod to Justinian*, Aldershot - Burlington USA - Singapore - Sydney, 2000, XI.

⁷⁷⁹ Cfr. Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., V.1 e V.2, 267, nt. g). Le limitazioni alla facoltà di manomettere gli schiavi per testamento saranno eliminate solo da Giustiniano: v. M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana: disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris, 2000, 84.

⁷⁸⁰ Di *privilegium singulare* parla Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., V.1 e V.2, 268.

Non si può tuttavia escludere che l'espressione *rescissa voluntate* altro non volesse dire che 'eliminata la volontà paterna/materna' dal novero delle regole successorie, quasi si fosse in presenza di una nullità parziale del testamento per violazione della norma di nuova introduzione: in questo caso, verosimilmente, il riservatario avrebbe potuto agire direttamente con la petizione di eredità.

«Aberrante»⁷⁸¹ è invece la seconda disposizione contenuta nella *lex*: Valentiniano III, invero, sancisce che se i medesimi figli convertiti al cristianesimo abbiano commesso un crimine gravissimo contro i genitori, ciononostante essi hanno diritto ad avere una quota dei beni ereditari dell'offeso, pari nello specifico alla *quarta Falcidia* (ossia, alla *portio debita* a noi nota⁷⁸²), seppur dovendo scontare ugualmente la pena per il parricidio: di talché, essi non incorrono nella sanzione dell'indegnità, sicché «possa apparire che essi hanno guadagnato ciò almeno in onore della religione scelta»⁷⁸³. Acuta l'osservazione del Voci, il quale si è chiesto «qual significato abbia lasciare a uno dati beni, quando poi subirà una condanna gravissima (con confisca). La norma è in realtà in favore dei figli. Morto il reo prima della condanna, le conseguenze dell'indegnità, che sono autonome, ci sarebbero sempre: se sono escluse, il beneficio è dei figli. Condannato il reo, il fisco deve dividere con i figli anche la quota legittima, che è entrata nel patrimonio di lui: se non fosse stato così, il fisco avrebbe preso prima, e per intero, la quota legittima, poi avrebbe diviso con i figli il patrimonio proprio del reo»⁷⁸⁴.

A spingere Maioriano, invece, a prevedere, nel 458, delle limitazioni alla libertà di disporre per i genitori vi è stata l'esigenza di tutelare le figlie che ai voti monastici avessero preferito, in disaccordo con padre e madre, il matrimonio:

Nov. Mai. 6.1.3: ... *cum itaque in matrimonium, nuptias secuta, convenerit, exhereditatio illi ob hoc a parentibus veniens, aut sola Falcidiae quantitas relicta non noceat, sed scriptis heredibus vel suis in virilem portionem, vel extraneis in dimidiam tanquam praeterita secundum normam veteris iuris accrescat ...*

L'imperatore disciplina il caso di una figlia che, anziché dedicarsi alla vita santimoniale, preferisca sposarsi, contro la volontà dei genitori: orbene, costoro non possono diseredarla a causa di tale disobbedienza, né possono limitarsi a lasciarle solo la *quarta Falcidia* (ossia, di nuovo, la *portio debita*); in caso di inosservanza

⁷⁸¹ P. VOICI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, II, cit., 200.

⁷⁸² V. anche J. URBANIK, *Dioskoros and the Law (on succession): 'lex Falcidia' revisited*, in *Les archives de Dioscore d'Aphrodité cent ans après leur découverte. Histoire et culture dans l'Égypte byzantine*, éditées par J.-L. Fournet (Études d'archéologie et d'histoire ancienne), Paris, 2008, p. 138

⁷⁸³ L. DE GIOVANNI, *Il Libro XVI del Codice Teodosiano*, cit., 120.

⁷⁸⁴ P. VOICI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, II, cit., 201.

della *lex*, la figlia avrebbe comunque ereditato dai genitori secondo il sistema del *ius adcrescendi*, applicando le norme in tema di preterizione della figlia già conosciute dal diritto repubblicano e classico, per cui ella avrebbe ottenuto la *portio virilis* ovvero la *pars dimidia*, a seconda che i (co)eredi fossero *sui* ovvero *extranei*.

Ancora una volta, come già per Valentiniano III, il capo dell'impero interviene per stabilire legislativamente la nullità di una causa di diseredazione, secondo un *modus operandi* sconosciuto al diritto classico: in questo caso, non viene neppure in gioco (l'ipotesi dell'utilizzo del-) la *querela inofficiosi testamenti*, sancendosi direttamente la partecipazione della discendente alla divisione dell'asse ereditario.

Inoltre, giova evidenziare – nuovamente in assonanza con il provvedimento imperiale illustrato in precedenza – l'idea che di per sé la *quarta pars* non è sufficientemente ampia da soddisfare i diritti successori dell'erede necessario: si rintraccia quindi la tendenza, anch'essa ignota al diritto classico, a far coincidere quota legittima e quota di legittima.

La *lex* di Maioriano avrà, in verità, vita assai breve: essa risulta abrogata da Severo pochi anni dopo, precisamente il 20 febbraio 463⁷⁸⁵.

⁷⁸⁵ Nov. Sev. I: cfr. P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, II, cit., 202. Il motivo dell'abrogazione di questa (come anche di altre disposizioni) risiede nel fatto che si poneva in contrasto con le antiche leggi: scrive, infatti, il commentatore della *novella* di Severo Augusto che «this law of the Emperors Leo and Severus specifically nullified those regulations which the law of Majorian had commanded to be observed in regard to various matters of which the law itself testified. This law believes that only the provisions should be kept which were reasonable and in harmony with the ancient law» (ho riprodotto, per comodità, solo la traduzione inglese curata da Clyde Pharr e contenuta in *The Theodosian Code*, cit., 568).

CAPITOLO QUINTO

La legislazione giustiniana in materia di inofficiorità testamentaria

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'introduzione dell'azione di supplemento del lascito quale stabile rimedio complementare (e alternativo) alla *querela inofficiorum testamenti*. – 3. *Pars bonorum o quota hereditatis?* – 4. Un dubbio e la relativa soluzione. – 5. Altre disposizioni dirette a modificare o puntualizzare vari aspetti della *querela inofficiorum testamenti*. – 6. La legislazione novellare: Nov. 18. – 7. La Novella 115.

1. Premessa.

«Dio mi scampi da Giustiniano e dal digesto, che non potrei digerire in eterno»: queste le parole che un imberbe Giacomo Leopardi rivolgeva il 26 settembre 1817 al sodale Pietro Giordani⁷⁸⁶, in una lettera, recentemente

⁷⁸⁶ V. U. BARTOCCI, *'Dio mi scampi da Giustiniano e dal digesto': un severo giudizio di Giacomo Leopardi*, in *BIDR*, VIII, 2018, 275 ss., spec. 280. Il pensiero che Leopardi rivolgeva all'opera legislativa è da altri articolato nei confronti della persona-imperatore Giustiniano: è a tutti noto il tagliente parere di Edward Gibbon, contenuto nel suo 'classico' *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire* per il quale «sarebbe difficile delineare il carattere di un principe che non costituisce l'oggetto più cospicuo dei suoi tempi»: giudizio recentemente rispolverato da Giusto Traina nella Prefazione alla traduzione italiana del volume di Pierre Maraval, dedicato a *Giustiniano. Il sogno di un impero cristiano universale*, edito a Palermo nel 2017 e contenuto nella collana *Aspettando i barbari*, che molto ricorda i languidi versi di un Verlaine che canta l'epilogo dell'impero, guardando passare «i grandi barbari bianchi». Il poco lusinghiero giudizio sull'imperatore è stato probabilmente generato dalle sferzanti parole di Procopio e del suo *pamphlet Carte segrete*, e a contribuire alla sua diffusione giocarono pure le notizie – non si sa fino a che pure veridiche – sulle umilissime origini di Giustiniano, un balcanico di oscura razza, un contadino che divenne Cesare, e forse pure le sue nozze con Teodora, donna dello spettacolo, che si sussurrava fosse stata una prostituta di basso bordo (cfr. P. MARAVAL, *Giustiniano*, cit., 75; su Teodora v. anche il recentissimo volume di G. RAVEGNANI, *Teodora*, Milano, 2019, 13 ss.), dicerie che Francesco Guccini fa sposare a quel Filemazio che come Verlaine osserva impotente lo sfacelo della civiltà greco-romana (mi riferisco a *Bisanzio*, brano che il cantautore inserisce nell'album *Metropolis* del 1981). La verità – a prescindere dai giudizi di storici successivi, miopi forse al fatto che Giustiniano va collocato nel suo tempo e che un confronto con gli imperatori precedenti non può essere compiuto (ecco che allora trovo più acconce, perché più misurate, le parole di chiusura di Maraval, per cui «Giustiniano non è l'ultimo imperatore romano, erede di un modello ormai esaurito, ma è il primo imperatore bizantino che, pur facendo riferimento per principio all'«imprescindibile antichità», è alla ricerca di un nuovo modello. Quello che trova, contraddistinto dall'autoritarismo teocratico e

‘consegnata’ al mondo della romanistica da Ugo Bartocci, ove compendia tutto il disprezzo che nutriva per la monumentale opera voluta dall’imperatore d’Oriente⁷⁸⁷.

Il giudizio è fin troppo irriverente: specie se si confronta il diritto, per come esso è raccolto, rielaborato, razionalizzato dai giustinianeî, con quello dell’epoca precedente, del postclassico: e tale scarto ben si nota anche per quanto attiene al tema del *testamentum inofficiosum*.

L’itinerario che intraprenderemo, snodantesi tra le costituzioni emanate da Giustiniano sul tema dell’inofficiorità del testamento, infatti, riporta lo studioso del diritto romano a porti sicuri e tranquilli. La varietà dei problemi analizzati dall’imperatore, lo stile che egli adotta, la purezza e la precisione tecnica del linguaggio, la molteplicità degli interessi considerati negli atti normativi riconduce idealmente alla grande giurisprudenza classica, il cui fremito sembra pervadere le *leges* esaminande: si sa che all’esperienza giuridica di matrice giurisprudenziale dei primi secoli del principato l’imperatore d’Oriente guardava con ammirazione⁷⁸⁸, dolendosi, però – è altrettanto noto –, della *subtilitas* delle loro disquisizioni e spesso anche della *verbositas* delle loro *opiniones*⁷⁸⁹: donde l’esigenza di intervenire per epurare il diritto del suo tempo, così troppo distante dalla temperie culturale dei secoli d’oro della *iurisprudencia*, da tali difetti, conservando però, della riflessione prudentiale, il rigore metodologico, che, rifratto, si percepisce appunto nelle costituzioni.

La *reverentia erga antiquitatem*⁷⁹⁰ – infusa nella sua «romantica visione di una impossibile restaurazione del passato»⁷⁹¹ – non osteggia l’incedere innovatore

da un cristianesimo intollerante, poco consapevole dei cambiamenti della società del tempo, mostrerà rapidamente i suoi limiti. Resta il fatto che, nonostante i fallimenti di cui non è sempre il principale responsabile, non si può negare a Giustiniano il merito di aver concepito nel corso del suo lungo regno grandi progetti – irrealizzabili, ma ispirati da profonde convinzioni –, di aver tentato con audacia di realizzarli e di aver ottenuto anche alcuni successi eclatanti», (così p. 374) – è che il più grande dei suoi successi è stata proprio la compilazione, senza la quale non è detto che il diritto romano avrebbe superato i lunghissimi e tenebrosi giorni dei Secoli Bui.

⁷⁸⁷ Scrive sempre U. BARTOCCI, *‘Dio mi scampi’*, cit., 280, nt. 14 che «l’atteggiamento critico, che forse motiva, sottolineandolo, l’uso della minuscola nell’indicazione del titolo dell’opera, sembra emergere anche dall’opposizione non detta, ma trasparente, giocata sull’accostamento di termini di uguale etimo ma differente significato: un Digesto che aspire a rendere eterno il diritto romano e l’asserita personale impossibilità di confrontarsi quotidianamente con esso, metabolizzandone il contenuto».

⁷⁸⁸ Tant’è che si dice usualmente, e con fondamento, che «i *Digesta* furono un omaggio, che Giustiniano, Triboniano, i grandi giuristi bizantini tributarono alla giurisprudenza romana, tutti presi come erano dalle loro tendenze classicistiche». V. G.G. ARCHI, *Giustiniano*, cit., 141.

⁷⁸⁹ G.G. ARCHI, *Giustiniano*, cit., 143 ss.

⁷⁹⁰ Cfr. c. *Tanta* § 10. Quest’aspetto è ben indagato da L. VACCA, *Giustiniano tra volgarismo e classicismo*, in *KOINΩNIA*, XL, 2016, 69 ss. e ora anche in *Diritto giurisprudenziale romano*, cit., 205 ss.

⁷⁹¹ G.G. ARCHI, *Giustiniano*, cit., 185.

della legislazione⁷⁹², la quale per più versi si stacca dai risultati cui era giunta la riflessione classica sul tema in esame⁷⁹³: e ciò è ben comprensibile, tenuto conto delle molte aporie, imperfezioni, incompletezze che quest'ultima ancora presentava al tramonto dell'epoca severiana. Aporie, imperfezioni, incompletezze cui il bizantino Giustiniano tenta di dare una risposta tramite le *constitutiones* confluite nel *Codex repetitae praelectionis*, ma anche, e forse soprattutto, con quelle affluite nelle *Novellae*.

Fortunatamente disponiamo di un numero non esiguo di arresti in tema di inofficioritas, che ci consentono di tratteggiare un quadro abbastanza esaustivo dell'istituto: del resto, già l'Archi notava come tutto il diritto successorio fosse in cima alla lista degli interessi di Giustiniano⁷⁹⁴, diritto successorio che, prendendo a prestito le parole dell'illustre romanista, «è un settore del diritto romano classico particolarmente arduo, e sul quale la grande giurisprudenza dell'epoca del principato si è esercitata con una minuzia a volte esasperante per la sensibilità moderna»⁷⁹⁵: e ciò, alla luce della battaglia intrapresa dall'imperatore contro le dissonanze⁷⁹⁶ rinvenute nelle fonti precedenti, non può essere un caso.

Fatta questa brevissima premessa, è ora di passare all'esame delle costituzioni. Primariamente, riferisco che ho ritenuto utile suddividere l'esposizione in due sezioni: la prima, dedicata allo studio dei provvedimenti presenti nel codice; la seconda, concernente le *novellae*. Essa è frutto di una certa comodità⁷⁹⁷, nella consapevolezza che non vi è cesura sostanziale con l'entrata in vigore del *Codex*. Secondariamente, i frammenti saranno valutati seguendo, come del resto già fatto pure nel precedente capitolo, un ordine cronologico e logico al tempo stesso, avvicinando costituzioni non susseguenti nel tempo se relative al medesimo problema giuridico.

⁷⁹² Innovazioni si registrano in molti ambiti della legislazione privatistica: per una visuale d'insieme della disciplina giustiniana nelle varie branche giuridiche, confluita nelle *Institutiones*, v. *A Companion to Justinian's 'Institutes'*, edited by E. Metzger, London, 1998, 1 ss.

⁷⁹³ Del resto nel compimento della sua opera legislativa «Giustiniano non pensa[va] affatto di far rivivere un passato, che a volte nelle sue costituzioni riformatrici non si perita di criticare e anzi di ridicolizzare. Ciò nonostante, e questo è il suo merito imperituro, egli è in grado d'ammirare gli insegnamenti della tradizione in quanto in essa vi è di "utile" (la parola è del suo linguaggio) per lo sviluppo futuro» Così G.G. ARCHI, *I principi generali*, cit., 47.

⁷⁹⁴ G.G. ARCHI, *Giustiniano*, cit., 166 s.

⁷⁹⁵ Cfr. G.G. ARCHI, *Giustiniano*, cit., 167.

⁷⁹⁶ Termine che richiama la *consonantia iuris* tanto cara a Giustiniano, come si legge nel *principium* della costituzione *Tanta* del 533.

⁷⁹⁷ Peraltro consolidata, v. R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*⁴, Bologna, 1985, 17 che, sotto il profilo dell'attività giuridica, suddivide il «regno giustiniano» in tre periodi: «un primo periodo, dal 528 al 534, contrassegnato dalle grandi compilazioni ...; un secondo periodo dal 535 al 541-42 circa, caratterizzato da un'intensa legislazione "corrente" (per mezzo di *Novellae constitutiones*); un terzo periodo, infine, dal 543 al 565, in cui, anche per la minore, o comunque diversa, qualità dei collaboratori, l'attività legislativa (anche per mezzo di *Novellae*) si fa sempre più scarsa e tecnicamente più scadente».

SEZIONE I

2. *L'introduzione dell'azione di supplemento del lascito quale stabile rimedio complementare (e alternativo) alla 'querela inofficiosi testamenti'.*

La facoltà per un testatore di paralizzare l'operatività della *querela* aggiungendo al testamento un clausola di implementazione del lascito era nota quanto meno dall'età costantiniana: mercé la stessa il legittimario poteva aspirare esclusivamente alla locupletazione di un supplemento in denaro della quota, da calcolarsi – sulla base del criterio dell'*arbitrium boni viri* – da un terzo e verosimilmente, in progresso di tempo, da individuarsi in una somma pari alla *quarta pars*.

Se, al contrario, una clausola di tal fatta non avesse fatto capolino nell'atto di ultima volontà, l'erede necessario, seppur magari onorato di un lascito (inferiore, ovviamente alla *portio debita*), avrebbe potuto esperire la *querela*, evertendo in tutto o in parte il testamento: in quest'ultimo caso, peraltro, avrebbe probabilmente ottenuto più della porzione legittima (intesa come quota *ab intestato*) perché, tolto all'erede scritto il valore corrispondente alla quota intestata, avrebbe mantenuto comunque il legato o il lascito ad esso conferito.

Ebbene, in questo quadro si inserisce la riforma giustiniana volta a introdurre, accanto e non in sostituzione della *querela inofficiosi testamenti*, la cd. *actio*⁷⁹⁸ *ad implendam* (o *ad supplendam*) *legitimam*⁷⁹⁹. Dico accanto perché con la costituzione che si passerà ad esaminare Giustiniano ha sottratto alla *querela* parte del suo campo d'applicazione, ma non ha né cancellato l'azione di inofficiosità né modificato il suo funzionamento.

L'innovazione del monarca bizantino, confluita nell'atto normativo in questione, consta di tre parti (per vero, in realtà, le seconde due sono fortemente intrecciate), che sarà opportuno affrontare partitamente. Si inizia, *ça va sans dire*, con il *principium*⁸⁰⁰:

⁷⁹⁸ Usa il termine *querela (ad implendam legitimam)* L. GUTIÉRREZ-MASSON, '*Actio ad implendam legitimam*', cit., 197.

⁷⁹⁹ Su cui v. G. WESENER, *Vorjustinianische Ansätze*, cit., 149 ss.; G. BALIS, *Die Natur der 'actio suppletoria'*, in ZSS, LXV, 1935, 272 ss.; F. SAMPER, '*Pars debita*', cit., 74 ss. L. GUTIÉRREZ-MASSON, '*Actio ad implendam legitimam*', cit., 185 ss.; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 104 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari*, cit., 15 ss.

⁸⁰⁰ Il cui testo va collocato in un quadro più ampio, comprensivo pure di *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 6.23.24* (a. 528) e *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 6.41.1* (a. 528): v. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 265, nt. 200; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 107; G.G. ARCHI,

Imp. Iustinianus A. Menae pp. 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 fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint. <a. 528 D. k. Iun. Constantinopoli Iustiniano A. II cons.>

Il legittimario che abbia ricevuto un lascito dal defunto inferiore alla *quarta pars* non potrà esperire la *querela inofficiosi testamenti*, ma potrà esclusivamente pretendere dall'erede scritto⁸⁰¹ il completamento della propria *portio debita* (ora divenuta *portio legitima*, ma da non confondere con la quota legittima, o, meglio, *ab intestato*). E ciò, specifica l'imperatore, indipendentemente dal fatto che all'atto di ultima volontà sia stata apposta la clausola di implementazione.

Contributo alla critica del 'Corpus iuris'. CI. 6, 23, 24 e I. 2, 20, 34 in tema di 'heredis institutio', in IURA, V, 1954, ora in ID., Scritti di diritto romano, Milano, 1981, 2014 s. Trattasi, secondo L. GUTIÉRREZ-MASSON, 'Actio ad implendam legitimam', cit., 198, di un «grupo de disposiciones imperiales heterogéneas que, unidas en una disposición más amplia en la redacción original del Novus codex Iustinianus, presentarían como común denominador la protección de la voluntas testatoris, por haberse decantado absolutamente hacia este lado del tradicional binomia verba-voluntas».

⁸⁰¹ Ma pochi mesi dopo la novella verrà allargata pure al caso di testamento orale: v. *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.31: Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sanximus, ut ratione Falcidiae minime illis personis derelicta, quae ad inofficiosi testamenti querellam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successionis, tantum repleatur, exceptis illis quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca iura illibata servavimus, etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus. <a. 528 D. III id. Dec. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A. II cons.>. Sul testamento orale v. S. PULIATTI, 'De cuius hereditae agitur', cit., 90. Cfr. I. 2.10.14: Sed haec quidem de testamentis, quae in scriptis conficiuntur. si quis autem voluerit sine scriptis ordinare iure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata sciat hoc perfectissimum testamentum iure civili firmumque constitutum.*

Già quest'ultima precisazione merita di essere evidenziata: come si ricorderà, la costituzione di Costanzo II, relativa proprio al supplemento *arbitratu boni viri* del lascito, non è stata ricompresa dai compilatori nel *Codex repetitae praelectionis*, eppure nella disposizione giustiniana riecheggia la problematica oggetto dell'intervento del figlio di Costantino.

Ma il parallelo tra le due fattispecie sembra palese: è possibile quindi che la costituzione di Costanzo II fosse contenuta nel *Novus Codex*, ma che essa non sia stata trasfusa nella riedizione del 534 perché, di fatto, riflettente una disciplina superata dal successivo arresto normativo: ciò spiegherebbe la necessità per l'imperatore di specificare che l'inclusione della clausola suppletoria era ininfluenza per l'attivazione della nuova riforma, marcando così la differenza con la vecchia posizione giuridica, rimontante appunto all'età costantiniana. Di poi, passata nel nuovo codice del 534 la costituzione di Giustiniano sarebbe stata inserita nella sua integralità, ma la soppressione di quella di Costanzo II ne avrebbe reso non immediatamente comprensibile – non per noi che la conosciamo *aliunde*, ma per il fruitore del *Codex repetitae praelectionis* – il riferimento alla clausola suppletoria.

Ma potrebbe anche essere che l'inserimento, nel testamento, della previsione dell'implemento fosse così radicata nella prassi, magari assurgendo a vera e propria clausola di stile, da indurre Giustiniano a richiamarla, sapendo che gli operatori del diritto del VI sec. ben avevano in mente a cosa volesse riferirsi.

Continuando nell'esame della norma, si nota che vi è la canonizzazione della regola per cui l'implemento deve essere calcolato in misura fissa, abbandonando definitivamente ogni rinvio all'*arbitrium boni viri*: ora, al legittimario va riconosciuta solo la differenza tra quanto già riconosciutogli dal testatore e il valore della *quarta pars*. Ciò marca, è ovvio, un primo profondo solco con la *querela inofficiosi testamenti*, che, se esperita con esito vittorioso, avrebbe assicurato all'erede necessario la quota *ab intestato*.

A ben guardare la disposizione ci si avvede, però, che la principale differenziazione rispetto al regime della querela la si rinviene nelle diverse allegazioni processuali che le due azioni (l'*actio ad implendam* e la *querela*) richiedono: mentre, come noto, il querelante deve allegare e provare di aver osservato tutti i doveri pietativi verso il defunto, il legittimario che voglia agire per il supplemento non deve assolutamente farsi carico di un tale (pur sempre gravoso) onere della prova. Sancisce infatti Giustiniano che saranno gli eredi scritti, che si vedessero tratti a giudizio da parte dell'erede necessario insufficientemente beneficiato, a dover dimostrare che l'attore è stato in realtà ingrato verso il disponente: ma una simile questione potranno sollevare solo ed esclusivamente se il testatore abbia fatto menzione di questa ingratitudine nell'atto di ultima volontà.

Secondo il Sanguinetti «tale differenza di regime tra le due azioni ha una spiegazione logica: colui che intentava l'*actio ad implendam legitimam* era stato

fatto oggetto di un lascito da parte del defunto; ciò creava a suo favore una “presunzione di non ingratitudine” – infatti sarebbe stato abbastanza strano considerare ingrata una persona che si era onorata ad esempio con un legato – e tuttavia tale “presunzione” poteva essere vinta dalla prova contraria consistente in una espressa dichiarazione presente nel testamento»⁸⁰². Tale ricostruzione forse prova troppo: è più semplice – ma parimenti congetturale come la tesi testé esposta – ipotizzare che Giustiniano avesse primariamente in mente il caso di un testatore che avesse errato nel calcolare il valore della *quarta*, lasciando un bene o un cespite d’altro tipo inferiore alla porzione idonea a escludere la *querela*. In un caso siffatto, dunque, il legittimario avrebbe automaticamente agito per l’implemento, senza poter impugnare la validità del testamento, secondo la logica che già si è rintracciata alla base dell’operatività della clausola suppletoria fiorita in età postclassica.

Grazie a questo cambiamento nella disciplina dell’*onus probandi* si comprendono anche le parole poste da Giustiniano in apertura della costituzione⁸⁰³: con l’introduzione dell’azione di supplemento, scrive l’imperatore, si è inteso da un lato sterilizzare le impugnazioni contro il testamento (a pro quindi della validità ed efficacia delle varie disposizioni sia a titolo universale che particolare ivi contenute) sia tutelare il legittimario insufficientemente beneficiato: egli quindi non è più costretto ad agire *de inofficioso*, ma potrà trovare soddisfacimento alla propria pretesa in via più semplice (accontentandosi, tuttavia, di un compendio di beni con valore più basso).

Epperò, quest’ultima (capitale) specificazione non compare nel testo delle *Institutiones*, che pur riferisce dell’esistenza dell’*actio ad implendam*⁸⁰⁴:

I. 2.18.3: *Sed haec ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est. quod nostra constitutio ad verecundiam naturae introduxit. sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficiosi querela quiescente id quod eis deest usque ad quartam legitimae partis repletur, licet non fuerit adiectum boni viri arbitratu debere eam repleri.*

Peccato di stringatezza, probabilmente, che ha sacrificato la precisione in favore dell’agilità del riferimento. Per il resto, il passo scolastico non presenta differenze rispetto alla *lex* che ne sta alla base⁸⁰⁵.

⁸⁰² V. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 109.

⁸⁰³ V. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari*, cit., 16.

⁸⁰⁴ Sul testo v. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 263 s.

⁸⁰⁵ Interessante notare come l’introduzione della novella sia stata disposta dall’imperatore *ad verecundiam naturae*: sul significato del riferimento alla *natura* e al *ius naturale* nella legislazione successoria giustiniana, particolarmente accentuato in tema di successione legittima,

3. 'Pars bonorum' o 'quota hereditatis'?

Quanto alla natura dell'azione, la dottrina è compatta nel ritenere che essa dovesse annoverarsi fra le *condictiones ex lege*⁸⁰⁶: invero, il diritto del legittimario alla *repletio* è qualificato come un credito⁸⁰⁷ vantato nei confronti degli eredi, credito tutelato quindi da un'azione di carattere personale⁸⁰⁸. La *condictio ex lege* è, nelle fonti giustinianee, l'azione con cui si persegue un'obbligazione fondata direttamente sulla legge: ciò che si verifica pure nel caso dell'azione di implementazione, stante la precisazione, vista poco sopra, che l'applicazione del mezzo rimediale in esame avveniva indipendentemente dall'apposizione della clausola suppletoria, e quindi a prescindere dalla volontà del testatore⁸⁰⁹.

Tale ricostruzione poggia sull'idea che la *portio legitima* sia da qualificarsi come una *portio valoris bonorum*, intesa quale oggetto dell'obbligazione posta in capo al testatore «de contenido positivo consistente en disponer *mortis causa* de una parte de sus bienes a favor de determinados parientes, lo que perfilaría la legítima como un débito a la herencia y al legittimario como titular de un derecho de crédito sobre un valor económico o dinerario»⁸¹⁰. Al verso opposto si erge, invece, l'idea della sussunzione della predetta porzione nel paradigma della *pars*

v. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., 334, il quale rileva che nelle leggi di Giustiniano al concetti succitati si «attribuisce un certo senso teologico ... perché *natura* e *ius naturale* denotano quell'ordinamento che la Divina Provvidenza ha impartito al mondo ... La *natura* più che fondamento teorico si considera quasi come causa giuridica della attribuzione di eredità».

⁸⁰⁶ V. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 109; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari*, cit., 15; J. BARON, *Die Conditionen*, Berlin, 1881, 83.

⁸⁰⁷ V. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 109; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari*, cit., 15.

⁸⁰⁸ Cfr. L. GUTIÉRREZ-MASSON, '*Actio ad implendam legitimam*', cit., 197; P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 197.

⁸⁰⁹ Che, giuridicamente, la *repletio* trovi il proprio fondamento «nella legge», come ritiene A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 113 (argomentando da *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.36: ... attamen ipso iure inesse eandem repletionem*), ovvero in una presunta volontà del testatore, come è incline a ritenere, invece, L. GUTIÉRREZ-MASSON, '*Actio ad implendam legitimam*', cit., 199 (argomentando da *Imp. Iustinianus A. ad populum urbis Constantinopolitanae et universos provinciales C. 5.13.1.1*, in tema di restituzione della dote in assenza di promessa restitutoria, il cui testo qui riporto: *rei uxoriae itaque actione sublata sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, ut intellegatur re ipsa stipulatio esse subsecuta*, dell'anno 530), sulla scorta peraltro di più antiche opinioni (tra cui G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 470; G. BALIS, *Die Natur*, cit., 273; E. RENIER, *Étude*, cit., 260; più cauto P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 197), poco importa. Anche nel secondo caso vi è la legge che opera una sorte di interpretazione 'autentica' della volontà testatoria, ad essa sovrapponendosi: di fatto, è l'ordinamento che ritiene opportuno l'implemento. Che si voglia vestire il precetto legislativo di una fittizia volontà del defunto è un mero artificio.

⁸¹⁰ Così L. GUTIÉRREZ-MASSON, '*Actio ad implendam legitimam*', cit., 206.

hereditatis, che discende «de la obligación de contenido negativo que la ley imponía al *de cuius* consistente en no privar de una porción de la herencia a ciertos parientes, que eran considerados condóminos de lo bienes hereditarios»⁸¹¹. Seguendo questa seconda strada, invero, l'azione volta ad ottenere l'implemento non può che partecipare delle caratteristiche della *petitio hereditatis*, con la conseguenza che essa sarebbe da qualificare come *actio in rem*.

La disputa, peraltro, suona all'orecchio di noi moderni come di un'incredibile attualità: noto è, infatti, il dibattito che si è generato sulla qualificazione delle quota di legittima nel nostro ordinamento come *pars bonorum* ovvero come *quota hereditatis*; disputa che ha dato il là a tre diverse correnti: a) una prima, che affonda le sue radici nel diritto francese e sviluppa principi invalsi nella tradizione di *droit coutumier*, secondo cui il legittimario è un erede *ipso iure*, indipendentemente dalla istituzione d'erede contenuta nel testamento (cd. sistema della *réserve*); b) una seconda, derivante, invece, dal diritto romano, che ricostruisce la figura del legittimario nei termini di un creditore di una *pars bonorum*, di un utile netto, cosicché egli non diventa mai – se già non lo è in virtù di una valida istituzione – erede; c) una terza, infine, che al legittimario pretermesso riconosce la qualità di erede solo all'esito dell'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione⁸¹².

Orbene, credo che la posizione tradizionale relativa al diritto romano colga nel segno, almeno per la disciplina anteriore alla Nov. 115 emanata da Giustiniano nel 542: dice chiaramente l'imperatore che il legittimario deve essere 'nominato' nel testamento, nel senso che deve essere onorato di un lascito (anche estremamente esiguo) che può alternativamente assumere la forma di una istituzione d'erede, di un legato, di un fedecommesso. Di talché, egli non necessariamente è erede, né vi è motivo per ritenere che l'implementazione del lascito venga acquistata a titolo ereditario⁸¹³: anche perché se così fosse stato egli non avrebbe potuto acquistare

⁸¹¹ Così, nuovamente, L. GUTIÉRREZ-MASSON, 'Actio ad implendam legitimam', cit., 206.

⁸¹² V. G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima 'per equivalente')*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 683 ss., spec. 688 s.

⁸¹³ Diversa è però la questione in caso di vittorioso esperimento della *querela inofficiosi testamenti*, ove la rescissione dell'atto di ultima volontà comporta l'apertura della successione intestata: la legge, quindi, rappresenta la fonte del titolo d'erede, attributivo dei beni. A ben vedere non ci si discosta troppo (salvo per l'effetto di semplice inefficacia relativa della disposizione lesiva dei diritti del legittimario, mentre nel diritto romano la sentenza di inofficiosità ha efficacia – quantomeno sostanzialmente – costitutiva) dal funzionamento dell'odierna azione di riduzione, ove «se è vero che il legittimario vittorioso in riduzione viene alla successione *come erede*, è giocoforza riconoscere che l'inopponibilità della disposizione lesiva, facendo considerare i beni che ne costituiscono oggetto come mai usciti dal patrimonio *de de cuius*, non è che il presupposto (necessario, ma non sufficiente) per l'acquisto degli stessi da parte sua: acquisto che avverrà, non in forza della sola sentenza di riduzione, né tanto meno della sola conseguente azione restitutoria, ma del *titolo ereditario*, rappresentato dalla vocazione necessaria assicuratagli *ex lege*», come rileva G. AMADIO, *Azione di riduzione*, cit., 689.

solo la differenza tra quanto già avuto e la *portio debita* (ora *portio legitima* nel diritto giustiniano), perché avrebbe dovuto ottenere i beni in quantità pari a quella che avrebbe avuto se la successione si fosse aperta *ab intestato*, con diritto a una quota ben maggiore. Ciò perché la *quarta pars* non è una quota *ab intestato* alternativa a quella decemvirale.

Che poi i beni volti a riempire di contenuto l'obbligazione al supplemento dovessero essere presi dall'asse e non potessero provenire, invece, dal patrimonio dell'obbligato⁸¹⁴ (erede scritto, fedecommissario universale, legatari) non modifica i termini della questione: ciò deriva, invero, dal fatto che «la legittima non è credito a un valore, ma un credito verso l'eredità»⁸¹⁵, donde l'impossibilità di disporre la *repletio* con beni estranei al compendio ereditario.

4. Un dubbio e la relativa soluzione.

Un punto invece potrebbe suscitare qualche perplessità. Si sa che, nel regime della *querela*, la *quarta pars* idonea a far perdere al legittimario la legittimazione attiva allo strumento impugnatorio può essere lasciata: a) con disposizione testamentaria (istituzione d'erede, legato e fedecompresso); b) con donazione, vuoi *mortis causa*, vuoi *inter vivos*, ma in quest'ultima evenienza, a patto che vi sia clausola espressa di imputazione alla *portio debita*. Zenone ha espressamente aggiunto – anch'esso è fatto noto – la dote confezionata per la figlia e la *donatio ante nuptias* per il figlio.

Orbene, nella disposizione giustiniana in commento si reperiscono, tra le modalità di conferimento del lascito idoneo – anche se *nummo uno* – a far scattare l'impiego dell'*actio ad implendam legitimam*, unicamente l'*heredis institutio*, il *legatus* e il *fedecommissum*. Ciò viene corroborato dalla circostanza che, sempre secondo l'atto normativo, la disciplina dell'azione di supplemento opera solo verso coloro *quorum mentionem testantes fecerint*: ovvio che tale menzione non può che essere quella contenuta nel testamento.

Che accade dunque se il *de cuius* abbia lasciato al figlio un legato di valore inferiore alla *quarta*, ma abbia anche disposto in vita in favore del discendente per un ammontare che, sommato al legato anzidetto, superi la *portio legitima*? Fermo restando che, in ogni caso, non potrebbe agire con la *querela*, sarebbe ammesso ad esperire l'azione di supplemento, sul presupposto che 'testamentariamente' ha ricevuto meno della porzione legittima?

⁸¹⁴ V. *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.36.1b: Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex iure adcresecendi, puta usus fructus: humanitatis etenim gratia sancimus ea quidem omnia quasi iure adventicio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiae fieri* (a. 531).

⁸¹⁵ Cfr. L. MENGONI, *Successioni*, cit., 15.

La risposta a tali quesiti non emerge dal passo in esame: mi sembra tuttavia credibile che le regole acquisite per la querela dovessero essere allargate anche alla nuova azione. Così in qualunque maniera sia stato riconosciuto qualcosa al legittimario, e a patto che egli fosse nominato nel testamento e gli fosse conferito qualcosa, costui sarebbe stato automaticamente privato della possibilità di esperire la querela e avrebbe potuto agire solo per l'implemento nei limiti della *quarta pars*, nella quale il legittimario avrebbe comunque dovuto imputare (oltre a ciò che gli era giunto *ex testamento*) anche ciò che gli era stato conferito a titolo donativo.

In tale direzione milita anche la successiva legislazione giustiniana, volta ad allargare le maglie degli atti dispositivi mercé i quali era possibile attribuire la *portio legitima*.

Diverso è, invece, il caso in cui il legittimario non abbia ricevuto nulla per via testamentaria, ma abbia lucrato un lascito a titolo di liberalità: è da credere, infatti, che in una fattispecie siffatta egli potesse agire con la querela (a patto che la donazione fosse inferiore alla quarta), lucrando così la quota intestata, cui presumibilmente si sarebbe aggiunto il valore della donazione ottenuta in vita.

Se tale disciplina viene condivisa pure nel testo delle *Institutiones*, là dove si legge ... *si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est* ... (in cui la precisazione *testamento* sembra lasciar presagire che una disposizione testamentaria purchessia ci debba essere per fondare l'applicazione dell'azione di implemento), una 'modifica' sembra potersi rintracciare nella più tarda parafrasi che del testo manualistico ha operato l'*antecessor* Teofilo⁸¹⁶:

Theoph. I. 2.18.3: ταῦτα δὲ οὕτω δεχόμεθα εἰ μηδὲν αὐτοῖς παντελῶς ὑπὸ τοῦ τελευτήσαντος κατελείφθη. τοῦτο γὰρ καὶ ἐκ διατάξεως τοῦ ἡμετέρου βασιλέως ἐπιευόηται, τῇ φύσει τὴν προσήκουσαν ἀποσώζοντος αἰδῶ. πάλαι γὰρ εἰ μὴ τὸ ὀφειλόμενον ἅπαν κατελείφθη, ἐδίδοτο χώρα τῇ de inofficioso. οἷον τετρακοσίων νομισμάτων εἶχέ τις οὐσίαν. ἔδει αὐτὸν πάντως ἑκατὸν καταλιπεῖν, τουτέστι τὸ τέταρτον τῆς οὐσίας, ἵνα μὴ κινήθῃ <ή> de inofficioso. σήμερον δὲ εἰ καὶ ἐν νόμισμα τῷ exheredato ἢ καὶ ὅσονδήποτε μέρος τῆς κληρονομίας καταλειφθῇ ἤγουν καὶ πρᾶγμα οἰονδήποτε, ἢ ἐκ τῆς de inofficioso μέμψις ἀργεῖ, τῆς διατάξεως τὸ ἐλλεῖπον τῷ τετάρτῳ τῆς ἐξ ἀδιαθέτου μοίρας ἀναπληρούσης, εἰ καὶ τὰ μάλιστα ὁ διαθέμενος οὐκ ἔνευγραψε τῇ οἰκείᾳ χειρὶ ὅτι. «ἐὰν τι εὐρεθῇ ἐλλεῖπον,

⁸¹⁶ Sulla parafrasi eseguita da questo professore bizantino v. A.S. SCARCELLA, *La parafrasi di Teofilo: un contributo al recupero di valori tradizionali nell'età dell'assolutismo imperiale*, Milano, 2017, 1 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Studi su Teofilo*, Torino, 2016, 1 ss.; B. SANTALUCIA, *Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo*, in *SDHI*, XXXI, 1965, 171 ss.; P. DE FRANCISCI, *Saggi di critica della parafrasi greca delle Istituzioni giustinianee*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965, 1 ss.

βούλομαι αὐτὸ ἀναπληρωθῆναι ἀνδρὸς ἀγαθοῦ μεσιτεία». τοῦτο γὰρ καὶ μὴ προσκείμενον ἢ αὐτὴ διάταξις ὡς φύσει παρεπόμενον δέχεται.

Il manuale dell'antecessore non pare recepire la previsione per cui qualcosa debba essere lasciato *testamento*, attestandosi su una posizione molto più 'generica', la quale sembra veicolare il principio per cui ogni qual volta anche un solo *solidus* sia stata conferito al legittimario, in qualsiasi forma ciò sia accaduto, costui non potrà agire *de inofficioso* ma solo ambire alla *repletio*.

Una significativa corrispondenza in tal senso credo di poter individuare, comunque, in un'altra costituzione giustiniana, che, pur non trattando direttamente il problema qui proposto, allarga implicitamente il campo d'applicazione dell'*actio ad implendam legitimam*. La *lex* è stata emanata nel 531, ossia tre anni dopo la promulgazione dell'atto confluito in *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.30*. Si tratta di:

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.35.2: Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit vel aliquid dederit vel mortis causa donatione vel inter vivos sub ea condicione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur, si filius post obitum patris hoc quod relictum vel datum est simpliciter agnoverit, forte et securitatem heredibus fecerit quod ei relictum est accepisse, non adiciens nullam sibi superesse de repletionem quaestionem, nullum filium sibi facere praeiudicium, sed legitimam partem repleti, nisi hoc specialiter sive in apocha sive in transactione scripserit vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte de eo quod deest nullam habet quaestionem: tunc etenim omni exclusa querella paternum amplecti compellitur iudicium. <a. 531 D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. CC.>

Scrive il monarca bizantino che se il padre ha lasciato al figlio un compendio inferiore alla *portio legitima* ed il figlio abbia accettato il lascito, ciò non impedisce a quest'ultimo di agire per il supplemento, purché non abbia espressamente asserito *sive in apocha*⁸¹⁷ *sive in transactione* che egli si debba ritenere definitivamente tacitato con il conferimento a lui fatto dal defunto: solo in quest'ultimo caso gli sarà impossibile pretendere l'implementazione, verosimilmente perché nelle parole sovra enunciate la cancelleria vede una rinuncia – effettuata ovviamente *post mortem patris* – all'*actio suppletoria*.

⁸¹⁷ L'*apocha* è la ricevuta, la quietanza: si legge in E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, I, Padova, 1940, 278 che essa è «acceptilatio, scriptum, quo creditor pecuniam se accepisse testatur, et debitorem liberat». È lessico tipico del linguaggio giuridico, comparando sovente nei *Digesta* e nel *Codex Theodosianus*.

Orbene, il passo suscita due riflessioni.

La prima riguarda il novero delle disposizioni con cui il padre può 'comporre' la *portio* del figlio: esse sono sia disposizioni 'testamentarie', cui l'imperatore allude usando il termine *reliquerit* (che ricorda il *relictum*, ossia l'asse lasciato al momento dell'apertura della successione) – e idealmente identificate con l'istituzione d'erede, il legato e il fedecommesso della precedente *lex 30* – sia disposizioni a titolo di liberalità, costituite tanto da una *donatio mortis causa*, quanto da una *donatio inter vivos*, munita quest'ultima dall'ormai nota clausola di imputazione alla legittima: ad esse il monarca si riferisce con il termine *aliquid dederit* del testo.

Di per sé ciò non importa alcuna novità perché l'equiparazione tra le due modalità di conferimento della *quarta* era un dato acquisito alla disciplina dell'inofficiorità⁸¹⁸.

La novella si annida nella previsione che, anche in caso di donazione, il legittimario potrà (dovrà) agire con l'*actio ad implendam legitimam*, pur se non sia stato nominato – almeno la concessione di un lascito *testamento* mi sembra non possa desumersi dal testo imperiale – nelle tavole testamentarie.

Donde, la generalizzazione, a mio modo di vedere, del principio in virtù del quale ogni arricchimento assicurato al legittimario, anche se dato con disposizioni non testamentarie, avrebbe reso inammissibile la *querela inofficiosi testamenti*, a vantaggio dell'applicazione della sola azione implementativa.

In secondo luogo, rilevo come non solo e non tanto l'accettazione del lascito privi il beneficiario del diritto d'azione, quanto piuttosto l'affermazione, destinata agli eredi e quindi ai potenziali legittimati passivi nella causa di implemento, avente ad oggetto di fatto la rinuncia al rimedio.

⁸¹⁸ Anche se in realtà potrebbe deporre nel senso dell'innovazione giustiniana – quantomeno con riferimento alla *donatio inter vivos* con clausola di imputazione – I. 2.18.6: *Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit: sive iure hereditario sive iure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in his tantummodo casibus, quorum nostra constitutio mentionem facit, vel aliis modis qui constitutionibus continentur*. Giustiniano allude a una precedente sua costituzione, ove si farebbe menzione dei casi in cui la donazione tra vivi è idonea a tacitare la pretese *mortis causa* del legittimario. Per G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 265 il richiamo sarebbe alla *lex 30*, con cui è stata introdotta l'*actio ad implendam*. Tuttavia, per come essa ci è giunta attraverso la *repetita praelectio* non vi è allusione alcuna alle donazioni, ma solo all'istituzione d'erede, al legato e al fedecommesso, che peraltro compaiono anche nell'arresto istituzionale appena citato. Le donazioni, nelle duplice veste *mortis causa* e *inter vivos* con patto di imputazione, campeggiano invece in *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.35.3*, ma in realtà emergono pure in un passo ulpiano allocato in *Ulp. 2 disp. D. 5.2.25 pr.* Quindi: o si segue Giustiniano, nella strada che vuole di impronta giustiniana la ricomprensione della donazione tra vivi tra i mezzi mercé i quali era consentito lasciare la *quarta*, così però dovendo riconoscere che il passo ulpiano è stato fortemente modificato dai compilatori; oppure si riduce il richiamo alla paternità giustiniana serbato nelle Istituzioni, accettando che l'innovazione sia dovuta alla sagacia del giurista severiano e da Giustiniano (semplicemente) ripresa e codificata.

Nel diritto classico – ragionando in tema di *querela* – la posizione era meno favorevole per il legittimario, il quale – se avesse, come visto nei precedenti capitoli, accettato anche puramente e semplicemente quanto lasciategli – non avrebbe potuto più agire.

L'allargamento del raggio d'azione dell'*actio ad supplendam* e la ricomprensione tra i suoi 'presupposti' pure delle liberalità, viene nuovamente ribadita – ancora una volta implicitamente – dalla cancelleria imperiale anche nella costituzione confluita nel successivo testo del *Codex*, pur sempre emanato, stando alla *subscriptio*, il 1° settembre 531⁸¹⁹:

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.36 pr.-1a: Scimus ante constitutionem fecisse, qua cautum est, si pater minorem debita portionem filio suo reliquisset, omnimodo, etsi non adiciatur viri boni arbitrato repleti filio, attamen ipso iure inesse eandem repletionem. 1. Quaerebatur itaque, si quis rem donatam vel inter vivos vel mortis causa vel in testamento relictam agnoverit et pro parte sua habuerit, deinde eadem res evicta vel tota vel pro parte fuerit, an debeat ex nostra constitutione pars legitima post evictionem suppleri: vel si ex lege Falcidia minuantur legata vel fideicommissa vel mortis causa donationes, debet tamen ex hoc casu supplementum introduci: ne, dum totam falcidiam accipere heres nititur, etiam totum commodum hereditatis amittat. 1a. Sancimus itaque in omnibus istis casibus, sive in totum evictio subsequatur sive in partem, emendari vitium et vel aliam rem vel pecunias restitui vel repletionem fieri, nulla falcidia interveniente, ut, sive ab initio minus fuerit derelictum sive extrinsecus qualiscumque causa interveniens aliquod gravamen imponat vel in quantitate vel in tempore, hoc modis omnibus repleti et nostrum iuvamen purum filiis inferri.

Nel caso in cui il bene donato o relitto al legittimario venga, in tutto o in parte, evitto, l'erede necessario ha diritto alla *repletio* e quindi non potrà agire con la *querela inofficiosi testamenti*. Un tanto vale anche nel caso in cui l'evizione discenda dall'operare della *lex Falcidia*: di talché, «il danno non è sopportato dall'erede necessario»⁸²⁰.

5. *Altre disposizioni dirette a modificare o puntualizzare vari aspetti della 'querela inofficiosi testamenti'.*

⁸¹⁹ Sul testo v. P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 207 s.

⁸²⁰ V. P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 731.

5.1 Modalità di conferimento della 'portio legitima': la 'donatio ad emendam militiam'.

Volgiamo, ora, l'attenzione alla disposizione che si legge nel § 2⁸²¹ della costituzione *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.30* (a. 528), che tratta un caso di «*donatio ad emendam militiam*»⁸²²: qui mi pare possibile rintracciare quello scivolamento, peraltro già apprezzato sullo scorcio dell'età postclassica, verso l'idea che ogni conferimento, di beni o denaro, al legittimario, che possa assurgere ad arricchimento della sua sfera patrimoniale, debba essere imputato alla quarta, indipendentemente dal mezzo giuridico utilizzato per assicurare tale locupletazione. Trascolora quindi il (rigido) catalogo classico, di cui è menzione in vari passi dei *Digesta*, in favore di un criterio molto più 'sostanziale'. Ma analizziamo il testo:

Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.30.2: Imputari vero filiis aliisque personis, quae dudum ad inofficiosi testamenti querellam vocabantur, in legitimam portionem et illa volumus, quae occasione militiae ex pecuniis mortui eisdem personis adquisitae posse lucrari eas manifestum est, eo quod talis sit militia, ut vendatur vel mortuo militante certa pecunia ad eius heredes perveniat, ita tamen, ut ille gradus eiusdem militiae inspiciatur, quem morte testatoris militans obtinet, ut tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quantam dari statutum est, si in eo gradu mortuus esset is, qui militiam ex pecuniis testatoris adeptus est (a. 528).

Deve essere imputato alla quarta anche il denaro che il testatore, mentre era in vita, ha speso per acquistare, in favore del figlio o di altra persona ammessa alla *querela*, una posizione governativa⁸²³, poiché siffatto acquisto ha costituito per il

⁸²¹ Tralascio dal commentare il § 1 (che qui declino: *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*), poiché esso si limita a sancire che nel caso di diseredazione o di pretermissione del legittimario egli potrà agire con la *querela*. Si tratta di *ius receptum*.

⁸²² V. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 732.

⁸²³ Di carattere militare: compare infatti nel passo il termine *militia* che nel linguaggio giuridico giustiniano è adoperato solo per indicare i militari, mai il personale civile. V. P. GARBARINO, *Brevi riflessioni sui rapporti tra 'res militaris' ed esperienza giuridica in età tardoantica e giustiniana*, in *'Civitas, Iura, Arma'. Organizzazioni militari, istituzioni giuridiche e strutture sociali alle origini dell'Europa (secc. III-VIII). Atti del Seminario internazionale Cagliari 5-6 ottobre 2012*, a cura di F. Botta e L. Loschiavo, Lecce, 2015, 86, nt. 21

beneficiario un arricchimento, un guadagno⁸²⁴. Il riferimento è limitato, però, a quelle cariche che o possono essere nuovamente vendute o assicurano agli eredi del titolare dell'ufficio la corresponsione di una somma di denaro in seguito alla morte del funzionario stesso⁸²⁵.

L'arresto imperiale è di notevole interesse poiché si tratta di imputare nella legittima il valore di una 'donazione indiretta' (per dirla in termini moderni), *inter vivos*, ma senza che alla stessa sia stata apposta la clausola di espressa imputazione alla *quarta*: è l'imperatore che, sulla base del concetto di 'arricchimento', impone che tale cespite venga considerato ai fini del calcolo della porzione legittima.

Mi colpisce, inoltre, la seconda parte della disposizione: si dice che il *quantum* da imputare va calcolato tenendo conto del grado (nella gerarchia burocratica imperiale) che il beneficiario riveste al tempo della morte del testatore-donante e va commisurato alla somma pecuniaria che gli eredi del beneficiario stesso riceverebbero se costui morisse in quel momento, occupando quel ruolo.

Orbene, mi pare di scorgere qui il principio – noto nelle legislazioni moderne – dell'attualizzazione del valore del lascito al tempo dell'apertura della successione: ossia, il bene donato al legittimario deve essere considerato al valore

⁸²⁴ La *donatio ad emendam militiam* dovrà parimenti essere conferita in collazione: v. *Imp. Iustinianus A. Mena* pp. 6.20.20 emanata l'anno successivo (529): *Illud sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum plana sanctione revelamus, ut omnia, quae in quarta portione ab intestato successionis computantur his, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur, etiam si intestatus is decesserit, ad cuius hereditatem veniunt, omnimodo coheredibus suis conferant. 1. Quod tam in aliis quam in his, quae occasione militiae uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is qui militiam meruit, locum habebit, ut lucrum, quod tempore mortis defuncti ab eum pervenire poterat, non solum testamento condito quartae parti ab intestato successionis computetur, sed etiam ab intestato conferatur. 2. Haec autem regula, ut omnia quae portioni quartae computantur etiam ab intestato conferantur, minime e contrario tenebit, ut possit quis dicere etiam illa quae conferuntur omnimodo in quartam partem his computari, qui ad de inofficioso querellam vocantur: ea enim tantummodo ex his quae conferuntur memoratae portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est. 3. Ad haec, cum ante nuptias donatio vel dos a patre data vel matre vel aliis parentibus pro filio vel filia, nepote vel nepte ceterisque descendentibus conferatur, si unus quidem vel una liberorum ante nuptias tantummodo donationem vel dotem, non etiam simplicem donationem accepit vel acceperit, alter vero vel altera neque dotem neque donationem ante nuptias a parente suo suscepit vel susceperit, sed simplicem tantummodo donationem, ne ex eo iniustum aliquid oriatur, ea quidem persona, quae ante nuptias donationem vel dotem suscepit, conferre eam cogenda, illa vero, quae simplicem tantummodo donationem meruit, ad collationem eius minime coartanda: si quid huiusmodi accidit vel acciderit, iubemus ad similitudinem eius, qui ante nuptias donationem vel dotem conferre cogitur, etiam illam personam, quae nulla dote vel ante nuptias donatione data solam simplicem donationem a parentibus suis accepit, conferre eam nec recusare collationem eo, quod simplex donatio non aliter confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit (a. 529).*

⁸²⁵ Cfr. sul punto P. LOUIS-LUCAS, *Étude sur la vénalité des charges et fonctions publiques et sur celle des offices ministériels depuis l'antiquité romaine jusqu'à nos jours*, I, Paris, 1883, 201 ss. Ma anche: R. BONINI, *Ricerche sulla legislazione giustiniana dell'anno 535. 'Nov. Iustiniani' 8: venalità delle cariche e riforme dell'amministrazione periferica*, Bologna, 1976, 22 ss. ove altra letteratura. Cfr. poi *Imp. Anastasius A. Eusebio magistro officiorum* C. 12.19.11 e *Imp. Iustinus A. Proculo quaestori sacri palatii* C. 12.19.13.1.

che esso ha quando muore il disponente. Poteva dunque accadere che l'acquisto della carica fosse stato effettuato molti anni prima della morte (ad es.) del padre e che, nel tempo a venire, il figlio avesse scalato i gradini della gerarchia, assicurandosi una posizione non solo più influente ma, magari, anche più 'costosa'. Ecco che sulla base della regola confluita nella costituzione in esame, il legittimario avrebbe dovuto imputare non l'ammontare pecuniario speso dal genitore per l'acquisto della carica 'originaria' – e non quindi il valore effettivo dell'arricchimento – ma quello discendente dal nuovo incarico ottenuto.

Significativa è poi l'*exceptio* che si rinviene nell'ultima parte della costituzione: non ricade nel novero delle cariche 'imputabili' quella di *silentarius sacri palatii*⁸²⁶, ai quali già altri *specialia beneficia* sono accordati.

5.2 La 'portio legitima' deve essere lasciata priva di pesi od oneri, nonché senza ritardi o vincoli temporali.

Come si è più volte detto, ciò che preme all'imperatore e prima ancora al legislatore postclassico è assicurare al legittimario un valore, un arricchimento proveniente dai beni del soggetto a lui collegato da certi vincoli di parentela: donde la necessità che la *portio* da lasciare al fine di escludere l'esperimento della *querela* non sia inficiata da pesi o vincoli che ne diminuiscano l'ammontare. Un tanto lo apprendiamo da:

Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.32: Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repletur nec occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si condicionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, minuta esse videantur, ipsa condicio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. <a. 529 D. II k. April. Constantinopoli Decio vc. cons.>

La costituzione si presenta, nelle parole dello stesso Giustiniano, come innovativa: si prevede che eventuali condizioni, dilazioni o altre disposizioni che

⁸²⁶ Su cui v. S. ACERBI, *La figura del 'silentarius' en la corte bizantina*, in *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, XIX, 2007, 209 ss.

introducano un ritardo, un *modus* o un altro *gravamen* alla quota debbano intendersi come non apposte⁸²⁷.

Ciò è funzionale pure alla sua volontà di preservare il più possibile le disposizioni testamentarie, diminuendo le occasioni di esperimento della *querela*: un lascito che, considerata la clausola diminutrice, avesse un valore inferiore alla porzione dovuta avrebbe consentito al legittimario l'impugnazione. Ecco che il provvedimento in esame consegue perfettamente l'obiettivo avuto di mira dall'imperatore⁸²⁸.

Oltre che libera da pesi e vincoli la quota doveva essere 'rilasciata' anche senza dilazione e possibilmente senza limitazioni di carattere temporale: siffatto principio spiegava i suoi effetti non solo nei confronti del testatore, ma anche (e forse soprattutto) nei riguardi degli eredi scritti e in generale dei beneficiati non legittimari. Si ricorderà che l'imperatore, nell'introdurre l'*actio ad supplendam legitimam*, aveva stabilito che l'implementazione dovesse essere eseguita *sine ullo gravamine vel mora*⁸²⁹, nel senso che – almeno così mi pare di comprendere – il legittimario non fosse costretto ad agire giudizialmente per il supplemento.

E ancora, il medesimo anno Giustiniano disegna i tratti di una vera e propria sanzione⁸³⁰ per l'erede scritto, destinatario della porzione maggiore dell'asse⁸³¹:

⁸²⁷ A ben vedere il principio di intangibilità non è del tutto nuovo: mi pare, infatti, che esso emerga in una costituzione di Leone del 472 d.C., il cui testo qui declino: *Imp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp. C. 5.9.6.2: Sin vero non aquis portionibus ad eosdem liberos memoratae transierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum novercae vel vitrico testantem relinquere vel donare seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data fuerit aut donata, ita tamen, ut quarta pars, quae isdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuaturs nisi ex his causis, quae de inofficioso excludunt querellas.* <a. 472 D. ii. k. Mart. Marciano cons.>. L'imperatore ha previsto, nei precedenti paragrafi della *lex*, che i coniugi di seconde nozze non possono ricevere dal defunto più di quello che riceveranno il figlio o i figli (o i discendenti) di primo letto. «Ciò significa che se i figli sono più e sono stati trattati in modo eguale, il coniuge ha una quota pari alla loro; e se i figli sono trattati in modo diverso, non può avere più di quanto sia dato al figlio meno favorito» così P. VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, II, cit., 229 s. La quota più esigua da corrispondere al (meno fortunato) dei figli va comunque commisurata alla *quarta* che gli spetta *ex lege*, la quale non può essere diminuita, se non per uno dei casi in cui la *querela* è esclusa.

⁸²⁸ Coglie il punto lo scolio 1 a Bas. 39.1.54, laddove si legge (nella traduzione di Heimbach) che *didicisti in lib. 'de iudiciis', si cui legitima portio relicta sit sub conditione, vel dilatione, vel alia mora, recte eum agere querela inofficiosi. Constitutio igitur hoc ius abrogans melius esse ait, ipsam impositam conditionem vel dilationem tolli, et non praetextu earum totum testamentum rescindi. Habet autem τὸ κατὰ πόδας, ut in Basilicis positum est.*

⁸²⁹ V. *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.30 (a. 528).*

⁸³⁰ Di pena patrimoniale parla P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 198.

⁸³¹ Cfr. *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. C. 3.28.33 pr.: Si quis suo testamento maximam quidem portionem libero derelinquat, minusculam autem alii vel aliis de sua stirpe progenitis, ipsam tamen legitimam sive in hereditate vel in legato vel in fideicommisso, ut non possit locus de inofficiosi testamenti querellae fieri, et ille quidem, qui ex parvulo genitoris sui consequitur substantiam, eam suscipere maluerit, qui autem ex maiore parte eam amplexus est, sive unus vel si plures sint, non statim et sine contentioso proposito vel ulla mora eam restituere voluerit, sed*

qualora costui – evidentemente immesso nel possesso dei beni ereditari nel loro complesso – si rifiuti di rilasciare in favore del legittimario la porzione (testamentaria) di sua spettanza (inferiore sì a quella del [co]erede scritto, ma comunque sufficiente a esaurire la *portio debita*), costringendo quest'ultimo a incardinare un contenzioso, ebbene il convenuto, soccombente nel giudizio instaurato dall'*heres necessarius*⁸³², sarà condannato a rilasciare non solo quanto di proprietà dell'attore, ma anche 1/3 in più, onde scontare la pena per la sua avarizia.

La questione del conferimento della porzione di legittima proprio al momento dell'apertura della successione è trattata da Giustiniano attraverso il prisma di un caso particolare in:

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.36.1c-d-e: 1c. Cum autem quis extraneo herede instituto filio suo restituere eum hereditatem suam, cum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit, quia nostra constitutio, quae antea posita est, omnem dilationem omnem moram censuit esse abstrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restituatur, in huiusmodi specie quid faciendum sit, dubitabatur. 1d. Sancimus itaque

*expectato iudiciorum strepitu et multis variisque certaminibus habitis post longum tempus ex sententia iudicis vix eam reddiderit, crudelitatem eius competenti poena adgredimur, ut, si haec fuerint subsecuta, non tantum in quod testator voluit eum restituere condemnetur, sed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerat in testamento derelicta, modis omnibus reddere, ut avaritia eius legitimis ictibus feriat: aliis omnibus, quae in eodem testamento vel elogio scripta sunt, pro sui tenore ad effectum perducendis. <a. 529 D. XV k. Oct. Chalcedone Decio vc. cons.>. V. P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 732. P. KRÜGER, nell'*editio* del Codice propone di *iungere* questo passo a *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. C. 5.9.10: Cum apertissime legibus cavetur ingratos liberos a maiorum suorum hereditate merito esse repellendos, si hoc idem in suis elogiis conscripserint et re vera fuerit revelatum, reclamare videtur huiusmodi sanctioni divalis constitutio Leonis inclitae recordationis, quam super filiis ex priore matrimonio procreatis conscripsit. 1. Nam cum necessitas est patri vel matri, qui ad secunda vota migraverunt, tantum praestare per quamcumque causam secundo marito vel novercae quantum filio vel filiae ex anterioribus nuptiis progenitis qui partem minimam habiturus est reliquerit, maxima iniquitas ex hac sanctione contra genitores efficiebatur. 2. Liberi etenim scientes, quod omnimodo aliquid sibi a genitoribus suis et nolentibus relinquendum est, et tantum, quantum secundus maritus vel noverca acceperit, cum omni licentia et lascivia suos genitores iniuriis adficiebant. 3. Quapropter sancimus ingratos re vera liberos neque hoc beneficium, quod divalis constitutio Leonis Augustae memoriae eis praestitit, in posterum posse sibi vindicare, sed quasi ingratos ab omni huiusmodi lucro repelli. 4. Quam observationem in personis etiam avi et aviae, proavi et proaviae, nepotum vel neptum, item pronepotum et proneptum, sive in potestate sive emancipati emancipatae sint, ex paterna vel materna linea venientibus custodiri censemus. 5. Sed quemadmodum genitoribus providimus, ita et innocuam posteritatem nullis adfici iniuriis patimur, ut non genitores, qui sese secundis nuptiis devoverunt, inrationabile odium ad priores liberos forsitan habentes sine iusta ratione eos ingratos vocare concedantur. 6. Eos etenim liberos huiusmodi beneficio defraudari volumus, qui re ipsa ingrati circa suam antiquitatem ab heredibus genitorum liquidis et indubitatis probationibus convicti fuerint ex huiusmodi casibus, qui antea priscis legibus enumerati sunt (a. 529).**

⁸³² Se infatti paga prima della sentenza non gli si applica la pena patrimoniale: arg. ex schol. 1 Bas. 39.1.55. Taleleo prevede che ... *si igitur ante sententiam solvere velit, evitat poenam additamenti tertiae partis* (trad. Heimbach, p. 39).

quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari non expectata nec morte heredis nec temporis intervallo, reliquim autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit. 1e. Sic etenim filius suam habebit portionem integram et qualem leges et nostra constitutio definivit, et scriptus heres commodum quod ei testator dereliquit cum legitimo moderamine sentiet. <a. 531 D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. CC.>

Il padre, istituito erede un estraneo, ha disposto che quest'ultimo trasferisca l'eredità al figlio (del testatore) alla sua morte (clausola *cum moriatur*) ovvero trascorso un certo intervallo di tempo. Giustiniano osserva che, in base alla sua precedente costituzione (allusione a *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.30* [a. 528]) la *quarta pars* deve essere attribuita al discendente *pura et mox*: come conciliare la regola testè menzionata con la disposizione di ultima volontà descritta, cercando di preservare – è l'intento, come più volte lueggiato, perseguito dall'imperatore – la volontà del *de cuius*?

La soluzione è questa: dall'asse ereditario si deve staccare una parte corrispondente alla *portio debita*, la quale deve essere immediatamente elargita all'erede necessario, senza necessità quindi di attendere la morte del beneficiario né l'eventuale *spatium temporis*. La restante parte, invece, resterà soggetta all'applicazione della clausola dilatoria. Così, continua Giustiniano, il legittimario godrà della sua quota, *qualem leges et nostra constitutio definivit*, mentre l'erede scritto si vedrà assicurato l'arricchimento conferitogli dal *de cuius* con un limite legittimo (*legitimum moderamen*).

5.3. Nullità di un accordo di rinuncia all'esperimento della 'querela inofficiorum testamenti' concluso 'vivo patre'.

L'intangibilità della quota di legittima – principio tanto caro alle moderne legislazioni – trova un suo riflesso nella seguente costituzione giustiniana, che – risolvendo un caso pratico sottoposto all'attenzione dell'imperatore – ci permette di gettare luce sui cd. patti rinunciativi – rientranti nella più ampia categoria dei patti successori, oggi vietati nell'ordinamento italiano, a mente dell'art. 458 cod. civ. – e sul loro *status* giuridico nell'età del regno di Giustiniano⁸³³.

Il frammento⁸³⁴ è così declinato:

⁸³³ Per una panoramica dei patti successori nell'età giustiniana e post-giustiniana v. G. MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS, *Contribution de l'étude des pactes successoraux en droit byzantin (justinien et post-justinien)*, Paris, 1937, 3 ss.

⁸³⁴ Su cui v. G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986 (rist. anast. dell'ed. 1941), 151 ss.

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.35.1: Illud etiam sancimus, ut, si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficiosi querella adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur, et post obitum patris filius cognito paterno testamento non agnoverit eius iudicium, sed oppugnandum putaverit, vetere iurgio exploso huiusmodi pacto filium minime gravari secundum Papiniani responsum, in quo definivit meritis filios ad paterna obsequia provocandos quam pactionibus adstringendos (a. 531)⁸³⁵.

Il tono che si rinviene in apertura è autoritativo⁸³⁶, in quanto Giustiniano intendere intervenire direttamente nel dibattito (di *vetere iurgio exploso* si parla poco sotto) concernente la legittimità di un patto mercé il quale il legittimario abbia rinunciato alla facoltà di agire *de inofficioso*. In particolare, la fattispecie concreta comprende una dazione di denaro o altre cose operata da un padre verso il figlio: dazione che già di per sé doveva essere stata valutata come di importo inferiore alla *portio debita*. Infatti, siffatta dazione viene accompagnata da un accordo stipulato tra padre e figlio, mediante il quale quest'ultimo si dovrà astenere dall'impugnazione del successivo testamento del genitore.

Ciò concluso, si giunge al giorno della morte del padre e alla lettura delle tavole: il discendente, avuta conoscenza del tenore dell'atto di ultima volontà – in cui verosimilmente non era stato beneficiario di alcunché⁸³⁷, vuoi perché sennò non

⁸³⁵ La costituzione contenuta in C. 3.28.35 e quelle di C. 3.28.36, unitamente a quella di C. 6.28.4, tutte datate 1° settembre 531 dovettero far parte di un unico contesto narrativo: secondo la dottrina, peraltro, esse rientravano tra quelle *ad commodum propositi operis pertinentes*, a causa dell'«esplicito richiamo all'attività svolta dai compilatori del Digesto in relazione alle questioni riscontrate nella lettura delle opere classiche», come sottolinea S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 112. Su queste costituzioni e sulle cd. *Quinquaginta decisiones*, v. A.M. GIOMARO, *Il 'codex repetitae praelectionis'*, cit., 57, con utile sguardo sulle varie opinioni dottrinali avanzate; C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle 'Quinquaginta decisiones'*, Milano, 1999, 9 ss.

⁸³⁶ E non poteva essere diversamente attesa la ricomprensione della summentovata costituzione tra quelle *ad commodum propositi operis pertinentes*, ossia quelle emanate proprio per risolvere dubbi concernenti il diritto antico. Sul punto merita accoglimento quanto S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 113, sulla scorta di un'opinione formulata da K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik: Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1996, 69 ss., scrive: «dopo l'ordine di compilazione del Digesto, in relazione alla risoluzione delle controversie classiche, si offrivano due soluzioni: o effettuare le interpolazioni necessarie nei passi dei giuristi da inserire nei *Digesta*, oppure, in alternativa, emettere una costituzione. Il ricorso alla *lex* si sarebbe reso indispensabile quando i commissari che attendevano alla redazione della raccolta di *iura* non fossero stati d'accordo circa la soluzione da adottare, e avrebbero, quindi, rimesso la questione all'imperatore perché la risolvesse autoritativamente».

⁸³⁷ Così arg. ex Bas. 39.1.57: ... *et post mortem patris cognita eius voluntate, quod nihil aliud ipsi reliquerit* ... (traduzione Heimbach, p. 40).

si sarebbe discusso dell'esperimento della *querela* vuoi perché altrimenti si sarebbe posto il problema del valore congiunto delle due attribuzioni al fine del raggiungimento della *quarta valida ad excludendam querellam* – non accettò il giudizio dell'ascendente, ma ritenne di incardinare il gravame. Ci si domanda: il precedente accordo siglato dal legittimario con il testatore paralizza l'azione, nel senso che priva il figlio della legittimazione attiva?

Frugando nell'immenso bagaglio di soluzioni casistiche elaborate dai giuristi classici, Giustiniano estrae un responso papiniano. Il giureconsulto severiano è dell'idea che un tale patto non impedisca al legittimario di agire, poiché i figli sono chiamati al rispetto dei padri più per i meriti di quest'ultimi che per patti costrittivi.

Questa è la soluzione accolta dall'imperatore.

Cominciando proprio dalla motivazione che, nel testo giustiniano, accompagna l'arresto di Papiniano, è stato correttamente rilevato dal Vismara come essa sia incompleta: invero, il giurista, a fondamento della sua opinione – che non conosciamo direttamente, poiché nel Digesto non vi è traccia (diretta) del responso⁸³⁸, né in verità della disputa generatasi intorno al problema enunciato, che pur Giustiniano ricorda essere stato oggetto di ampia controversialità⁸³⁹ (si ricordi il *vetere iurgio exploso* di cui sopra) – «dovette probabilmente addurre che dal patto risultavano violate le regole della successione *contra tabulas*, le quali, essendo di ordine pubblico, erano anche di diritto cogente»⁸⁴⁰, accludendovi altresì, ma in seconda battuta, una motivazione di carattere morale (appunto quella che si legge ora).

Alla netta posizione in favore dell'invalidità, espressa dal giureconsulto severiano, si richiama lo stesso imperatore, per il quale, dunque, il patto rinunciativo dell'azione di inofficiorità è nullo: salva però una specificazione, volta

⁸³⁸ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 732.

⁸³⁹ Un'idea del dibattito può essere formata attingendo alle fonti relative a patti rinunciativi nel caso di successione *ab intestato*: all'uopo, P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 204 cita Pap. 12 resp. D. 38.16.16 (*Pater instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret: eam scripturam ius successionis non mutasse constitit: privatorum enim cautiones legum auctoritate non censerit*: su cui v. ampiamente G. VISMARA, *Storia*, cit., 149 s.), *Imp. Alexander A. Alexandro* C. 6.20.3 (*Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote quae in matrimonio collocabatur nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbatur nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. dotem sane quam accepit fratribus qui in potestate manserunt conferre debet.* <a. 230 D. XIII k. Iul. Agricola et Clemente cons. >), nonché Ulp. 45 *ad ed.* D. 37.12.3 (*Si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius quantum satis est contulit, ne iudicia eius inquietet, exceptione doli repellatur*) e Ulp. 41 *ad ed.* D. 38.2.3.4 (*Si quis nummos accepit, ut manumitteret, non habet contra tabulas bonorum possessionem*: ivi peraltro si dà una soluzione opposta a quella dettata in tema di inofficiorità da Papiniano, recepita da Giustiniano).

⁸⁴⁰ V. G. VISMARA, *Storia*, cit., 152.

a ridurre l'ambito applicativo della nullità, che leggiamo nel paragrafo successivo della costituzione:

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.35.1a: Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit.

L'eccezione all'invalidità si ha quando il figlio, dopo la morte del padre, abbia accettato esplicitamente il giudizio paterno nelle transazioni siglate con gli eredi designati nel testamento.

Il principio, a prescindere dalle dichiarazioni di Giustiniano e dell'interpretazione che del passo è stata data in dottrina⁸⁴¹, è tutt'altro che nuovo e nulla, in realtà, aggiunge alla legittimità e validità del presunto patto successorio.

A paralizzare l'operatività della *querela*, infatti, non è l'accordo siglato con il testatore, bensì l'accettazione del *iudicium defuncti* confluita nei contratti stipulati con gli eredi: disponiamo di innumerevoli testi che provano come in epoca classica l'accettazione della volontà del disponente intervenuta dopo la morte fosse ostativa all'esercizio dell'azione: e ciò a prescindere dal fatto che un qualche patto fosse stato contratto con il *de cuius*.

E tale è la fattispecie alla base dell'arresto giustiniano. Ricostruire la fattispecie nei termini di un patto di rinuncia, condizionato sospensivamente alla reiterazione del giudizio di rinuncia da parte del legittimario (costruzione cui sembra alludere il Vismara là dove scrive che «si volle da Giustiniano che il patto rinunciativo avesse effetto solo se seguito, dopo la morte del *de cuius*, da transazioni cogli eredi confermantì la precedente rinuncia; soltanto in tal modo è infatti possibile avere la certezza che la rinuncia sia stata fatta di deliberato proposito e all'infuori di qualsiasi coazione»⁸⁴²) è una superfetazione barocca, che non tiene conto della precedente riflessione giurisprudenziale.

Di talché, si deve necessariamente concludere che, senza eccezioni, in età giustiniana (ma in realtà già prima, quantomeno dall'ultimo scorcio del dominato severiano) vigeva un divieto di rinuncia *ante mortem* all'azione di inofficisità, quale espressione del principio, anch'esso attestato, della nullità del patto successorio rinunciativo. Ciò nondimeno è possibile che qualche dubbio di volta in volta – e magari suffragato da una particolare conformazione della fattispecie concreta – si generasse: donde, l'intervento imperiale.

⁸⁴¹ V. G. VISMARA, *Storia*, cit., 153 ss., seguito da S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 116 che annoda la validità del patto di rinuncia alla conferma di esso contenuta nelle transazioni.

⁸⁴² V. G. VISMARA, *Storia*, cit., 155.

La posizione papiniana risulta ripresa anche dall'anonimo compilatore delle *Pauli Sententiae*, il quale la acclude al suo prontuario di regole sul tema dell'inofficiosità:

Paul. Sent. 4.5.8: *Pactio talis, ne de inofficioso testamento dicatur, querellam super iudicio futuram non excludet: meritis enim liberos quam pactionibus adstringi placuit.*

Come si nota, la *sententia* pseudopaolina ricalca in tutto e per tutto il provvedimento giustiniano, ma qui non compare alcuna allusione alla paternità papiniana dell'opinione⁸⁴³: giova peraltro segnalare che pure qui è omessa ogni motivazione giuridica, nel senso già individuato dal Vismara.

La confluenza di questo principio anche nell'operetta attribuita 'volgarmente' a Paolo rende ancora più inspiegabile l'assenza di qualsivoglia riferimento nei *Digesta* alla disputa sul tema della validità della rinuncia: se è ovvio che la cancelleria imperiale aveva sotto mano, nel 531, non solo il responso di Papiniano, ma anche le opinioni degli altri giuristi controvertenti (cui proprio l'imperatore allude), non si comprende perché ometterne ogni riferimento nel tesoro giuridico delle *Pandette*⁸⁴⁴. Specie tenuto conto che le disquisizioni su un tale patto dovevano essere frequenti⁸⁴⁵ anche all'epoca in cui Giustiniano scrive, perché altrimenti non avrebbe avvertito la necessità di intervenire autoritativamente.

⁸⁴³ Né essa si rinviene nell'*Interpretatio*, che è pura e semplice parafrasi del passo: *Si talis pactio vivo patre inter filios fiat, ut post obitum patris de inofficioso filii non querantur, talis pactio non valebit; sed cui competit, de inofficioso agere potest.*

⁸⁴⁴ Nota però P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 203 s. che «è possibile che questo responso di Papiniano, che secondo il Lenel deriva dal libro II Resp. di Papiniano e secondo il Cuiacius dal libro XII Resp., fosse riportato e citato da Ulpiano ne' suoi commenti al titolo *de inofficioso testamento*». Dimostrazione se ne ricaverebbe, secondo l'autore, proprio dal fatto che «identica giustificazione è riferita da Paolo» nelle *sententiae*. «Questo dimostra chiaramente – continua il de Francisci – che la questione risolta da Giustiniano doveva senza dubbio trovarsi nei libri dei commentari edittali intorno al testamento inofficioso e che evidentemente i testi relativi sono stati soppressi in seguito alla decisione imperiale». A ciò aggiunge, poco dopo, che «dovendosi ritenere esatta, come vedremo, la congiunzione indicata dal Krüger delle c. 35, 36 C. 3. 28 colla c. 4 C. 6. 28, devesi pur ammettere che la nostra c. 35 abbia trovata la sua origine nel libro XIV di Ulpiano *ad Edictum*: infatti la c. 4 C. 6. 28 parla di un "vitium ex libris Ulpiani, quos ad Edictum fecit praetoris, inventum a Triboniano"». Parzialmente differente l'impostazione di S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 116, che, dopo aver ricordato la posizione del de Francisci, reputa di non doversi escludere che i giustinianeî abbiano citato direttamente Papiniano, e non indirettamente poiché rinvenutolo nel commentario all'editto di Ulpiano.

⁸⁴⁵ Ritiene che la soluzione del problema dovette in realtà essere pacifica P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 203 s., anche se – argomentando dal termine *placuit* che campeggia nella sentenza pseudopaolina – non esclude che la questione fosse stata dibattuta al tempo di Paolo (cioè pressoché all'epoca di Papiniano: ma si vedano le considerazioni già fatte nel precedente capitolo circa la datazione delle *sententiae*, che non è da rinnegare fossero il frutto della stratificazione di più interventi operati nel corso dell'età postclassica).

5.4. Modifiche al regime di trasmissibilità attiva della 'querela inofficiorum testamenti'.

Il confronto con i giuristi dell'età classica aveva destato l'interesse dell'imperatore anche pochi mesi prima: risale al 30 luglio 531 la costituzione serbata in C. 3.28.34, che introduce una significativa innovazione in tema di trasmissione della *querela* dal lato attivo, ma che a ben vedere suggerisce anche altre riflessioni. Innanzitutto, vediamo il testo:

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.34 pr.-1: Si quis filium suum exheredatum fecerit alio scripto herede, reliquerit autem ex eo nepotem vel vivum vel in ventre nurus suae constitutum, deliberante vero scripto herede filius decesserit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel praeparata omne adiutorium nepotem dereliquit. nec enim pater nepoti aliquod ius, cum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit, quia postea et adita est ab extraneo hereditas et supervixit avo pater eius, ut neque ex lege Vellaea possit in locum patris sui succedere et rescindere testamentum. et hoc nonnulli iuris consulti in medio proponentes inhumane reliquerunt. 1. Sed nos, qui omnes subiectos nostros et filios et nepotes habere existimamus adfectione paterna et imitatione, secundum quod possibile est omnium commodo prospicientes iubemus in tali specie eadem iura nepoti dari, quae filius habebat, et nisi praeparatio facta est ad inofficiorum querellam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere: et si non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto ab intestato eum vocari, nisi certa quantitas patri eius minor parte legitima relicta est: tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competebat: et perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querellam vel quinquennium tacuit, scilicet post aditam hereditatem. <a. 531 D. III k. Aug. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. CC.>⁸⁴⁶

Un padre disereda il proprio figlio e istituisce una persona diversa, assumiamo un *extraneus*: si dimentica, tuttavia, del nipote, già nato ovvero (e

⁸⁴⁶ Sulla costituzione v. ampiamente F. DE IULIIS, 'A vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus'. 'Codex Iustinianus' 3.28.34 e la successione ereditaria del nipote 'ex filio exheredato', Mantova, 2018.

comunque) già concepito. Il figlio muore nel mentre che l'erede sta decidendo se accettare o meno l'eredità. Può il nipote agire *in locum patris* con la *querela inofficiosi testamenti*?

Orbene, la cancelleria imperiale specifica che l'azione di inofficiosità – declinata nel testo nei termini di una *petitio hereditatis ex nomine de inofficioso*, nomenclatura molto bizantina e molto poco romana⁸⁴⁷ – non è stata né *constituta* né *praeparata*: non poteva essere diversamente, stante la regola per la quale *ante aditam hereditatem nec nascitur querella*⁸⁴⁸, regola che i commissari leggevano nel XIV Libro di commento ulpiano all'editto pretorio, di cui proprio in quel periodo andavano studiando il contenuto onde escerpirla i passi da destinare ai *Digesta*⁸⁴⁹.

La precisazione circa l'assenza di una *constitutio* o di una *praeparatio litis*⁸⁵⁰ non è, come si sa, superflua: è noto, infatti, che solo a seguito dell'esecuzione delle 'formalità' e della 'attività' cui tali termini alludono, Papiniano, Paolo e Ulpiano ammettevano la trasmissione dell'azione, che di per sé era azione personale, simile, sotto questo profilo, alle *actiones vindictam spirantes*, connotate dal fatto che erano intrasmissibili attivamente (salvo che fosse intervenuta la *litis contestatio*⁸⁵¹).

Di talchè, secondo il *ius vetus*, il nipote non sarebbe legittimato ad agire.

Dopo il decesso del diseredato, peraltro, l'*extraneus* accetta l'eredità: quindi, il nipote è definitivamente escluso dalla successione, alla quale avrebbe

⁸⁴⁷ Su cui v. diffusamente A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 138 ss.

⁸⁴⁸ Cfr. Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.10, che qui riporto nella sua interezza: *Si condicione parere testator heredem iussit in persona filii vel alterius qui eandem querellam movere potest et sciens is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querella excludatur: adgnovit enim iudicium. idem est et si legatarius ei vel statuliber dedit. et potest dici excludi eum, maxime si heredem ei iusserat dare: ceterum si legatarium, numquid semel natam inofficiosi querellam non peremat legatarii oblatio? cur ergo in herede absolute diximus? quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella. ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam iudicium moveatur oblatio ei fiat eius quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur.*

⁸⁴⁹ È l'opinione, che mi sento di condividere, di P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 84 secondo l'*ocasio legis* sarebbe stata fornita dal fatto che i commissari, nello spoglio delle fonti giurisprudenziali, si sarebbero trovati davanti ai casi di inapplicabilità della *lex Iunia Vellea*, sanciti dai commentari di Ulpiano (XIV) e Paolo (XVI) all'editto pretorio, rilevando quella mancanza di *humanitas* poi rimproverata da Giustiniano. Percependo l'insostenibilità di una simile soluzione, avrebbero demandato all'imperatore una pronuncia più confacente ai principi (anche morali) del VI sec.: di qui l'arresto in commento.

⁸⁵⁰ Sulle formalità introduttive della lite nel processo civile d'età giustiniana (nelle sue varie forme, ossia, essenzialmente, *per libellum* e *per rescriptum*, anche se vi erano ulteriori modalità giudiziarie, quali il giudizio sommario di cui *Lyd. mag.* 3.15 e altri riti minori caratterizzati da regole derogatorie rispetto alla procedura libellare, la quale costituiva comunque «il rito processuale civile di portata generale», come osserva S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel 'libellus conventionis' giustiniano*, Torino, 2018, 9: particolarità legate al particolare *status* delle parti in causa), v. U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, 7 ss. Oltre al citato testo dello Sciortino, v. anche G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989, 3 ss.

⁸⁵¹ Cfr. A. CENDERELLI, *Il carattere non patrimoniale dell' 'actio iniuriarum' e D. 47.10.6-7*, in *Scritti romanistici*, Milano, 2011, 1.

potuto aspirare in caso di rinuncia da parte dell'istituito e conseguente apertura della successione *ab intestato*.

Né può servire allo scopo l'evocazione della *lex Iunia Vellaea*, che avrebbe potuto – se applicabile – risolvere il problema. È opportuno soffermarsi brevemente sul contenuto di questo atto normativo citato dai compilatori, suddiviso al suo interno, secondo la dottrina che se ne è occupata, in due *capita*.

Nella prima parte, si prendeva in considerazione l'ipotesi che dopo la confezione del testamento nascesse un nuovo *suus*: quest'ultimo, ovviamente non nominato nelle tavole, rientrava, se maschio, nel novero di coloro che avrebbero dovuto essere istituiti o diseredati *nominatim*, pena la nullità del testamento; l'*adgnatio filii*, in altri termini, avrebbe provocato la *ruptio testamenti*. Orbene, la legge «doveva ovviare al precedente stato di diritto, consentendo al disponente di istituire o diseredare anche tali *sui*, allo stesso modo in cui gli era consentito di istituire o diseredare i *postumi* ... In tal modo la *lex Iunia Vellaea* consentiva la conservazione di atti perfettamente validi sino alla nascita del *suus*: purché l'*adgnatio sui heredis* fosse contemplata (e verosimilmente la *interpretatio successiva* ritenesse contemplare l'ipotesi anche [di] una formulazione come “*quicumque mihi filius genitus fuerit*”, il testamento restava in piedi)⁸⁵².

Nella seconda parte, invece, regolava la fattispecie della *successio in locum* del nipote al padre in potestà, nel caso di premorienza⁸⁵³ di quest'ultimo al suo ascendente: ossia disciplinava l'ipotesi di successione del nipote al nonno secondo il meccanismo (moderno) della rappresentazione. Di talché, «il nipote subentrava nella posizione occupata dal *pater* nella famiglia del nonno, e, in virtù della rappresentazione, diveniva *suus* diretto di quest'ultimo, come se dall'*avus* fosse stato personalmente generato». Così facendo, il nuovo *suus*, analogamente a quanto previsto nel primo *caput*, avrebbe provocato la *ruptio testamenti*, non essendo stato (almeno) diseredato *nominatim* nel testamento. La legge è intervenuta per scongiurare l'invalidità dell'atto *mortis causa*: che questo sia avvenuto attraverso il riconoscimento *ex lege* della facoltà di istituire o diseredare anche tali discendenti (come nella parte dell'atto normativo) ovvero attraverso l'apposizione autoritativa della regola per cui «la *successio in locum* di un nipote o pronipote, avvenuta *vivo avo*, non provocava più la *ruptio*» non è possibile dirlo, atteso lo stato estremamente lacunoso in cui versano le fonti sul punto⁸⁵⁴.

Tuttavia, la presente legge – e, nello specifico, la sua seconda parte – non poteva trovare applicazione poiché il diseredato (padre del nipote) era morto dopo il proprio ascendente (nonno): nessuna *successio in locum* quindi era garantita al

⁸⁵² V. F. LAMBERTI, *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana. II. Profili del regime classico*, Milano, 2001, 157 s.

⁸⁵³ Ma anche di *capitis deminutio maxima* o *media*: cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 159.

⁸⁵⁴ V. F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 160.

nipote, con la conseguenza che esso rimaneva sfornito di tutela perché non ‘vestiva i panni’ dell’ascendente, qualificandosi come diseredato e quindi legittimato in proprio alla *querela inofficiosi testamenti*.

In realtà, il caso, come si apprende dalla costituzione, era stato oggetto di molte disquisizioni tra i giuristi: giuristi che non vengono nominati (sappiamo solo che furono un nutrito numero, stante l’utilizzo da parte della cancelleria del lemma *nonnulli*), ma che capiamo essersi espressi nel senso di negare tutela al nipote⁸⁵⁵: infatti risolsero la questione *inhumane*, in modo non accettabile agli occhi dell’imperatore.

Si presentavano all’imperatore due strade: «una era ammettere il principio della trasmissibilità della *querela*, l’altra stabilire che, anche nel caso in questione, il testamento doveva dichiararsi *ruptum*»⁸⁵⁶.

Scelse la prima, che probabilmente era anche la più semplice: di talché, fissò il principio per cui la *querela inofficiosi testamenti* poteva essere esercitata dall’erede del (primo) legittimato attivo, indipendentemente dal fatto che essa fosse stata *constituta vel praeparata*.

Ciò posto, la mano di Giustiniano si vede, tuttavia, pure in una seconda innovazione, che tocca il tema – già peraltro sollecitato e dallo stesso monarca bizantino e dagli imperatori postclassici – dell’onere della prova: nel caso di specie, non sarà il nipote querelante a dover dimostrare che il proprio padre (il *filius exheredatus*) avesse osservato i doveri e l’ossequio dovuti al di lui padre (nonno, quindi, dell’attore), bensì sarà l’erede a dover provare l’ingratitude del figlio diseredato. Qualora non fosse riuscito a fornire prova inconfutabile di questo (la costituzione discorre di *apertissimis probationibus*), il testamento sarebbe stato rescisso e il nipote sarebbe stato chiamato alla successione *ab intestato*, secondo la quota spettante al padre.

Tali nuove regole vengono, acutamente, coordinate con la *novella* concernente l’*actio ad supplendam legitimam*: se, infatti, una *certa quantitas* – inferiore però alla *quarta* – fosse stata lasciata al figlio, il nipote avrebbe potuto pretendere nulla più che la *repletio*, nel caso in cui il rimedio implementativo fosse spettato anche al padre.

⁸⁵⁵ In realtà, come rilevato da F. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 83 le opinioni sottese all’arresto giustiniano si sono conservate: si v., infatti, Paul. 1 *ad Sab.* D. 28.2.9.2: *Si filium exheredavero nepotemque ex eo praeteriero et alium heredem instituero et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum Iulianus et Pomponius et Marcellus aiunt*. Paolo ricorda come abbiano partecipato al dibattito Giuliano, Pomponio e Marcello, i quali escludono dunque la *ruptio testamenti* e quindi l’apertura della successione intestata. Altri testi citati a suffragio dal de Francisci sono: Ulp. 10 *ad Sab.* D. 28.3.6 pr.-4, Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1.8 e Pap. 29 *quaest.* D. 38.6.7.

⁸⁵⁶ V. F. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 83.

L'intero sistema creato dall'imperatore avrebbe potuto funzionare solo a patto, tuttavia, che il padre primo legittimato non avesse – antecedentemente alla morte – rinunciato espressamente all'esperienza della *querela* o avesse lasciato trascorrere i cinque anni di prescrizione dell'azione.

La trasmissione della *querela* così introdotta, tuttavia, trovava applicazione solo quando il successore fosse un *suus heres*, non invece quando egli fosse un *extraneus*: lo apprendiamo da *Imp. Iustinianus A Iohanni pp. C. 3.28.36.2b*⁸⁵⁷, che il 1° settembre 531 integrava nel modo anzidetto la *lex 34* del titolo.

5.5. Decorrenza del termine quinquennale di prescrizione dell'azione di inofficiorità.

Giustiniano incide, con la sua legislazione, anche su di un'altra discussione insorta tra i rappresentanti della giurisprudenza classica e vertente sul *dies* di decorrenza del termine prescrizione – che sappiamo sin dalle fonti del III sec. essere quinquennale – della *querela inofficiosi testamenti*.

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.36.2-2a: 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. 2a. Sancimus itaque, ubi testator decesserit alio scripto herede et speratur de inofficioso querella, 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

⁸⁵⁷ *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.36.2b: 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 (a. 531).*

officium quidem iudicis scriptum compelli hoc facere. <a. 531 D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. CC.>⁸⁵⁸.

Mentre Modestino riteneva che il computo del termine utile per l'esperimento dell'azione partisse dal giorno dell'apertura della successione⁸⁵⁹, Ulpiano, al contrario, propendeva per la soluzione che la prescrizione decorresse da quanto l'istituito (*in thesi* soggetto diverso dal legittimario) avesse accettato l'eredità delatagli⁸⁶⁰. Giustiniano accoglie la posizione ulpiana, prevedendo tuttavia per l'istituito uno spazio temporale certo entro cui accettare o meno: termine di 6 mesi o 1 anno, a seconda che le parti vivano o meno nella stessa provincia. Trascorso questo tempo, il legittimario che avesse voluto intentare l'azione di inofficiosità avrebbe potuto costringere il chiamato all'adizione *per officium iudicis*⁸⁶¹.

Orbene, due erano gli obiettivi che l'imperatore aveva di mira: a) paralizzare il vizio generato dall'opinione di Modestino: accogliendo l'ipotesi di questo giureconsulto, infatti, la *querela* sarebbe venuta a prescrizione prima che per l'istituito si prescrivesse il diritto di accettare l'eredità; di talché l'erede *in pectore* avrebbe potuto agevolmente scansare l'incardinamento contro di lui dell'impugnazione semplicemente procrastinando l'accettazione dell'eredità oltre il quinquennio; b) favorire un sollecito esperimento della *querela*⁸⁶²: donde l'introduzione dei brevissimi termini entro i quali accettare o rinunciare all'eredità.

⁸⁵⁸ Sul testo v. M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 131 s.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 732. Utili considerazioni in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione*, cit., 108 ss.

⁸⁵⁹ La sua opinione non è serbata nei *Digesta*.

⁸⁶⁰ Cfr. con D. 5.2.8.10, estratto dal XIV libro di commento all'editto già citato. Peraltro, si è pure discusso sul 'modo' in cui sarebbe venuta alla luce la costituzione in esame: se è chiaro che l'opinione di Ulpiano è stata rinvenuta dai commissari nei *libri ad edictum*, quella di Modestino, per F. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 212, doveva essere stata reperita o nel suo *liber singularis de inofficioso testamento* o nei *libri responsorum* o, ancora, nel *liber singularis de praescriptionibus*. Da qui l'idea dello studio che ritiene «non improbabile che la divergenza fra Ulpiano e Modestino sia saltata all'occhio dei compilatori nel riavvicinamento probabilmente eseguito già durante lo spoglio delle opere classiche fra il libro XIV di Ulpiano ad Ed. e la monografia di Modestino». Tuttavia, per S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 122, «tale opinione appare difficile da condividere se non altro per il fatto che la monografia di Modestino risulta essere stata oggetto di spoglio in un momento successivo rispetto al commentario all'editto di Ulpiano. La divergenza di opinioni tra i due giuristi citati non proveniva ... da uno spoglio comparativo, trattandosi appunto di due opere appartenenti alla stessa massa. Credo più probabile ritenere che i commissari, avendo incontrato la questione nel commentario ulpiano, avessero ricordato la differente *sententia Modestini*. Si tratta di una disputa di natura giudiziale e pertanto tipica della legge delle citazioni».

⁸⁶¹ Su tale rimedio v. S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 121, nt. 80, con letteratura.

⁸⁶² Nulla però viene modificato della regola risalente a Valeriano e Gallieno, ricordata in *Impp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. Theodotae C. 2.40.2* del 258 d.C. in virtù della quale se legittimario è un soggetto minore, la prescrizione non corre fino al raggiungimento della maggiore età: qui il testo, *Adulescentiae tempus non imputari in id quinquennium liberis, cuius*

Ciò che mi preme sottolineare, anche qui, è che della controversia rappresentante lo sfondo della innovazione giustiniana non vi è traccia nei *Digesta*: del resto, l'intervento autoritativo dell'imperatore aveva reso superflue entrambe le soluzioni elaborate dai giuristi classici, donde conservare quest'ennesimo caso di diritto controverso (comunque superato) non avrebbe comportato alcuna utilità.

5.6 Sulla legittimazione attiva dei figli adottivi.

Di non minore importanza è la riforma che Giustiniano ha voluto disporre con una costituzione emanata il 1° settembre 530 – ma probabilmente il riferimento al 530 è errato⁸⁶³, e va cambiato con 531⁸⁶⁴ –, di cui conserviamo ricordo in:

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 8.47.10: Cum in adoptivis filiis, qui filii familias constituti a patribus naturalibus aliis dantur, antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem (quam papinianus quidem negat, paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat), et iterum aliud vitium erat exortum: si enim post patris naturalis obitum pater adoptivus per emancipationis modum iura adoptionis dissolvisset, nulla spes ei remanebat neque contra patris naturalis voluntatem, quia mortis eius tempore in aliena fuerat familia constitutus, neque contra adoptivum patrem, quia per emancipationem eius familia exemptus est: ideo talem dubitationem et tale vitium corrigentes sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus. Cum enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die et filius fieri et extraneus per emancipationem inveniri, quis patiat iura patris naturalis nexu divino copulata ludibrio defraudari,

praescriptio seram inofficiosi moventibus quaestionem opponi solet, manifeste ante rescripsimus. impleta igitur aetate legitima non est in integrum restitutio necessaria, quia non integratio amissae causae his datur, sed integra ipsa causa servatur. <a. 258 pp. Ii id. Aug. Tusco et Basso cons.>

⁸⁶³ Ciò incide peraltro sull'inserimento di questa costituzione tra le *Quinquaginta decisiones* (come fa C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'*. I. *Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale*, Milano, 1990, 213) ovvero tra quelle *ad commodum propositi operis pertinentes* (come fa P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 186): entrambe riguardano la risoluzione di questione poste dalla giurisprudenza classica, ma diversa ne è la data di emanazione.

⁸⁶⁴ Cfr. Discussione in S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 129 s., nt. 95 e G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 71, nt. 89, con corposo apparato bibliografico.

cum in hoc casu et contradicendi filio ex iure vetere datur licentia et invitus transire ad aliam familiam non cogitur. 1. Omnia igitur, secundum quod iam disposuimus, cum ad extraneum patrem filius per adoptionem transfertur, maneant integra iura sive ad de inofficiosi querellam sive ad alias omnes successiones sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferuntur, ut et ipse possit prodesse patri naturali et ab eo naturalia debita percipere. 1a. Si vero pater naturalis avo materno filii sui vel, si ipse fuerit emancipatus, etiam paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptiva iura, maneat stabile ius patris adoptivi et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum: et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura adgregavit et lex per adoptionem adsignavit, et papiniani sententia in hac specie procedat, et ad eum tantummodo filius adoptivus spes totas extendat et non patris naturalis successionem molestare concedatur, sed avita et proavita tantummodo reverentia protegetur, eique adquirat quae possunt adquiri et prodesse, et is ei solus pater intellegatur, quem lex fecit et natura non dereliquit. 1b. Neque enim Marciani distinctioni locum esse in hoc casu invenimus, ubi nullius circumventionis suspicio potest aliquam sibi vindicare licentiam, avita et proavita adfectione haec omnia resecante. ... (a. 530)⁸⁶⁵

La decisione⁸⁶⁶ prende le mosse dall'illustrazione del caso pratico: può il figlio dato in adozione a un estraneo impugnare con la *querela inofficiosi testamenti* l'atto di ultima volontà del padre naturale, nel quale non era stato neppure nominato? Inquadrata la fattispecie, la cancelleria passa a illustrare le soluzioni che

⁸⁶⁵ Sul provvedimento v. S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 128 ss.; P. DE FRANCISCI, *Nuovi Studi*, cit., 227 ss.; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 69 ss.; M. MIGLIORINI, *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano*, Milano, 2001, 334 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'*, cit., 452 ss.; E. NARDI, *Una 'dubitatio'*, cit., 613 ss.; ID., *Giustiniano e l'adozione*, in *Estudios en homenaje al professor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, 1497 ss., ora in *Scritti minori*, I, cit., 679 ss.; M. KURILOWICZ, *'Adoptio plena' und 'minus plena'*, in *Labeo*, XXV, 1979, 163 ss.; L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 170; G. LAVAGGI, *Una riforma ignorata di Giustiniano: 'Adrogatio plena' e 'minus plena'*, in *SDHI*, XII, 1946, 45 ss.

⁸⁶⁶ Ricordata anche in I. 1.11.2: *Sed hodie ex nostra constitutione, cum filius familias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur nec quicquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate eius est, licet ab intestato iura successionis ei a nobis tributa sunt. si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et in potestate huiusmodi patris adoptivi sit.*

ha rinvenuto in seno alla riflessione classica, tuttavia malcerte (si discorre infatti di *dubitatio antiquae sapientiae*): Papiniano nega la *facultas agendi* all'adottato⁸⁶⁷, Paolo ha tenuto sostanzialmente una posizione di *non liquet*⁸⁶⁸, Marciano instaura una distinzione, volta ad assegnare una qualche forma di tutela al figlio. Se, infatti, il padre adottivo fosse stato povero, egli avrebbe potuto instaurare l'azione di inofficiosità contro il padre naturale, per lucrare una porzione del suo patrimonio⁸⁶⁹.

Se questo è lo 'stato dell'arte' (nel complesso sfavorevole all'esperibilità dell'azione), assai grave è il *vitium* che si genera allorché il figlio dato in adozione sia emancipato dal padre adottivo dopo la morte del padre naturale⁸⁷⁰: invero,

⁸⁶⁷ Per O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., 820, forse Papiniano si esprime nell'ambito del una *quaestio*: l'autore tedesco crede che tale responso di stato letto dai commissari nel quinto libro delle questioni, rubricato – sempre secondo il Lenel – *de iudiciis centumviralibus*.

⁸⁶⁸ Si è tuttavia supposto, partendo da una diversa traduzione del frammento di testo relativo a Paolo, che quest'ultimo anziché non risolvere la questione, avesse sostenuto che «l'iniziativa sarebbe rimasta senza effetto», come suggerisce C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'*. I, cit., 453, riallacciandosi a più antiche posizioni dottrinali. Una simile esegesi è stata accolta recentemente da S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 132 s. la quale sottolinea «un dato attinente alla struttura grammaticale del testo, vale a dire che se si riferisce il pronome relativo “*quam*” al sostantivo “*dubitatio*”, Paolo avrebbe lasciato il problema insoluto ... ma se il pronome si pone in relazione ad “*actionem*” e non a “*dubitatio*”, come a mio avviso andrebbe fatto per rimanere fedeli al testo, allora sarebbe l'azione di inofficioso ad essere “*sine effectu*” e quindi l'opinione paolina non sarebbe senza importanza, ma rappresenterebbe una posizione intermedia tra quella di Marciano e quella di Papiniano». Se così fosse, tuttavia, non è dato comprendere di preciso la posizione di Paolo: cosa vorrebbe dire che la *querela inofficiosi testamenti* rimane senza effetto? Forse che essa è esperibile, ma con esito necessariamente negativo? In cosa differirebbe, allora e nella sostanza, l'opinione paolina da quella Papiniana? Non mi sembra, quindi, del tutto persuasiva la lettura proposta dalla dottrina citata in apertura di questa nota, e pertanto ritengo che sia da preferire allo stato l'esegesi tradizionale, che vuole Paolo di fatto muto sulla questione.

⁸⁶⁹ Peraltro, non si rinvenivano tali posizioni nei *Digesta*. V. E. NARDI, *Giustiniano e l'adozione*, cit., 52. L'arresto che più si avvicina al caso è estrapolato da un passo delle *Institutiones* di Marciano, serbato in D. 5.2.30 pr.: *Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest*. Il caso trattato è però l'inverso: viene concessa dal giurista l'azione di inofficioso testamento al padre naturale contro il testamento del figlio dato in adozione.

⁸⁷⁰ *Vitium* che risulta illustrato anche in I. 3.1.14, in termini migliori rispetto alla costituzione: *Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt: aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus, quae a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii et naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant et adoptione facile per emancipationem soluta ad neutrius patris successionem vocabantur. hoc solito more corrigentes constitutionem scripsimus, per quam definivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia iura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset nec penitus adoptio fuerit subsequuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. testamento autem ab eo facto neque iure civili neque praetorio aliquid ex hereditate eius persequi potest neque contra tabulas bonorum possessione agnita neque inofficiosi querella instituta, cum nec necessitas patri adoptivo imponitur vel heredem eum instituere vel exheredatum facere utpote nullo naturali vinculo copulatum. neque si ex afiniano senatus consulto ex tribus maribus fuerit adoptatus: nam et in huiusmodi casu neque quarta ei servatur nec ulla actio ad eius persecutionem ei competit. nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit: utroque enim iure tam naturali quam legitimo in hanc personam*

mentre non può impugnare il testamento del *pater naturalis* perché al momento del decesso di quest'ultimo egli era nella famiglia dell'adottante⁸⁷¹, neppure può vantare diritti successorii sui beni dell'adottivo, perché con l'emancipazione sono stati recisi tutti i vincoli rilevanti sul piano ereditario.

Come tutelare, dunque, il figlio, ponendolo al riparo dal rischio di vedersi defraudato dell'eredità tanto dall'una quanto dall'altra parte?

Questo è il dilemma davanti a cui i commissari devono essersi trovati allorché stavano procedendo allo spoglio delle fonti classiche: dilemma assai complicato, su cui non doveva essere facile intervenire e al quale, dunque, non poteva che porre rimedio un atto autoritativo dell'imperatore⁸⁷².

È siffatta l'occasione che consente a Giustiniano di introdurre la distinzione tra *adoptio plena* e *adoptio minus quam plena* (la terminologia non è romana, ma è stata coniata dalla successiva riflessione articolata sull'istituto), basata sulla diversa 'intensità' dei suoi effetti⁸⁷³: quest'ultima, in particolare, è quella in cui il padre adottivo è soggetto estraneo alla famiglia: in tal caso l'adottato non uscirà dalla *potestas* del padre naturale, nei confronti del quale conserverà intatte le pretese successorie, mentre rispetto all'adottante vanterà un diritto ereditario, come figlio, solo se il *de cuius* sia morto senza aver redatto testamento, non potendo tuttavia, in

concurrente pristina iura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si pater familias sese dederit adrogandum. quae specialiter et singillatim ex praefatae constitutionis tenore possunt colligi. Sul testo v. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 76 ss.

⁸⁷¹ Né poteva avvalersi del rimedio pretorio della *bonorum possessio contra tabulas*. Gli era precluso, inoltre, il ricorso alla *bonorum possessio sine tabulis* tanto *unde liberi* quanto *unde legitimi*, perché egli non era considerato agli occhi dell'ordinamento *filius* né *agnatus*, ma solo *cognatus* (dove la possibilità di richiedere al pretore la sola *bonorum possessio sine tabulis unde cognati*). Ma va da sé che scalato al terzo posto nella gerarchia dei successibili, il figlio ceduto in adozione assai difficilmente avrebbe potuto lucrare in tutto o in parte l'asse del padre naturale. V. C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'*. II. *Dalla pretesa influenza ellenocristiana alla riforma giustiniana*, Milano, 1995, 221.

⁸⁷² Va segnalato, però, che vi è stato chi (G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 420) ha addirittura veicolato l'idea che la controversia citata nella costituzione non fosse propriamente genuina, visto che non doveva esserci dubbio che un figlio adottivo potesse esperire la *querela*: da un lato ciò sarebbe provato da due testi di Valerio Massimo (7.7.2 e 7.7.5, che già ho analizzato nei capitoli I e II) e dall'altro sarebbe confortato dal nesso di coordinamento fra la *querela* e la classe dei cognati. In verità, credo che la *dubitatio* narrata da Giustiniano sia stata reale: non solo perché vengono citati nominalmente ben tre giuristi che in vario modo avrebbero preso parte al dibattito, ma anche perché «a questa conclusione conduce ... l'osservazione della complessiva situazione successoria riservata all'adottivo nelle fonti del periodo imperiale. Tenuto conto, infatti, che ad esso erano attribuiti tutti i diritti di successione *ut liber* verso l'adottante, appare perfettamente plausibile ... che non si considerasse di per sé inofficioso il testamento del padre naturale che non vedeva menzionato anche il figlio ceduto, giacché a questi, in fondo, il *de cuius* aveva già provveduto procurandogli l'eredità del padre adottivo», come ha correttamente puntualizzato C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'*. I, cit., 454.

⁸⁷³ Per una completa analisi della riforma dell'adozione non posso che rinviare all'esauriente contributo di C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'*. II, cit., 223 ss.

caso di redazione delle tavole nelle quali non era stato nominato, impugnare l'atto di ultima volontà dell'adottivo.

Qualora si versi nell'ipotesi testé mentovata di *adoptio minus plena* – e per venire alla soluzione del caso da cui la costituzione aveva preso le mosse – il figlio dato in adozione così come conserva i diritti successori (in uno al vincolo potestativo), mantiene intatta la facoltà di agire *de inofficioso*; non così, invece, se l'adottante è membro della famiglia paterna o materna dell'adottato, nel qual caso (che prende il nome di *adoptio plena*⁸⁷⁴) Giustiniano ha lasciato inalterato il vecchio regime giuridico.

5.7. *'Peculium quasi castrense' e impugnazione per inofficiosità.*

Con l'ultima costituzione conservata nel *Codex repetitae praelectionis*, nel titolo relativo al testamento inofficioso, Giustiniano prende posizione su un problema sorto in relazione a un istituto, il quale, introdotto probabilmente da Costantino nel 326⁸⁷⁵, doveva rivestire un'importanza non indifferente al tempo dell'imperatore. Mi riferisco al cd. *peculium quasi castrense*⁸⁷⁶, di cui abbiamo notizia, quanto al suo rilievo sul terreno dell'impugnazione testamentaria, in:

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.37: Cum antiquis legibus declaratum est, ut militaria testamenta de inofficioso querellam evadant, multi alii casus emergunt, in quibus dubitationes exortas sopiri necesse est. I . In castrensibus etenim peculii introducta est et alia subdivisio et peculii triplex invenitur causa. Vel enim paganum est peculium vel castrense vel

⁸⁷⁴ I casi che vi rientrano sono: a) *pater naturalis* che cede in adozione il proprio figlio all'avo o al proavo materni; b) figlio emancipato che dà in adozione il discendente *post emancipationem natus* al proprio padre o ad un altro ascendente paterno di grado ulteriore. Un'ulteriore ipotesi è quella che si verifica quando il padre viene emancipato, il figlio era rimasto in potestà dell'avo, che successivamente lo cede in adozione al padre naturale: cfr. M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., 336. Ulteriore possibilità, ancorché controversa, è quella di *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 8.47.10.4*, che tratta il caso di adozione ad un estraneo da parte dell'avo paterno di un discendente in potestà, del quale l'avo mantenga in potestà il padre naturale, cioè il caso di un discendente dato in adozione da un ascendente rispetto al quale non era *heres suus*: sul testo v. C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'*. II, cit., 231 ss., con discussione e letteratura.

⁸⁷⁵ V. L. MASTRANGELO, *Il 'peculium quasi castrense'. Privilegio dei 'palatini' in età tardo antica*, in *RIDA*, LII, 2005, 265, con discussione sul motivo per cui la data riportata nella *subscriptio*, ossia il 320, non sarebbe corretta. La questione non è per noi rilevante, anche se rilevo che più recentemente L. FASCIONE, *Il diritto di successione attiva del 'filius familias'*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 1050 e nt. 9 ha ritenuto di non doversi discostare dalla datazione del 320 presente nella *subscriptio*.

⁸⁷⁶ La trattazione più completa dell'istituto si rinviene in F. LA ROSA, *I 'peculii' speciali in diritto romano*, Milano, 1953, 197, con indicazione della letteratura precedente: ad essa rinvio per le specificazioni ulteriori sull'argomento, che non ho ritenuto di fornire in questa sede.

quod medietatem inter utrumque obtinet, quod quasi castrense nuncupatur. Ia. In tali igitur peculio, quod quasi castrense appellatur, quibusdam personis licentia conceditur condere quidem testamenta, sed non quasi militibus pro voluerint modo, sed communi et licito et consueto ordine observando, quemadmodum constitutum fuerat in consulibus et praefectis legionum et praesidibus provinciarum et omnibus generaliter, qui in diversis dignitatibus vel administrationibus positi a nostra consequuntur manu vel ex publicis salariis quasdam largitates. Ib. Sed hae quidem personae testamenti faciendi habent potestatem in ipsis tamen tantummodo pecuniis, quae iam enumerata sunt, id est quasi castrensibus. Ic. Sed et veterani, qui tempore quidem militiae sibi peculium adquisierunt, militiam autem deposuerunt, testari (licito tamen modo) non prohibentur. Id. In his itaque omnibus quasi castrensibus pecuniis dubitabatur, si contra huiusmodi testamenta de inofficioso querellam extendi oportet. Ie. Sed prior quaestio erat, si omnes qui quasi castrense peculium habent testari in hoc possint, quia non omnibus passim, sed quibusdam personis hoc privilegii loco concessum est: quia militibus quidem et veteranis testamenta facere in castrensi peculio undique concessum fuerat, sed militibus quidem in expeditione constitutis iure suo, veteranis autem iure communi: de aliis autem personis omnibus, quae non per speciale privilegium hoc acceperunt, si possint testari, dubitatum fuerat, ut puta viris disertissimis patronis causarum virisque devotissimis memorialibus et agentibus in rebus nec non magistris studiorum liberalium, archiatri quoque et omnibus omnino, qui salaria vel stipendia percipiunt publica. If. In his itaque omnibus sancimus, quia ad imitationem peculii castrensis quasi castrense peculium supervenit, omnibus, qui tale peculium possident, super ipsis tantummodo rebus, quae quasi castrensis peculii sunt, ultima condere (secundum leges tamen) posse elogia: hoc nihilo minus eis addito privilegio, ut neque eorum testamenta de inofficioso querella expugnentur. Ig. Si enim patronus adversus res, quas libertus eius ex castris quaesivit sui iuris indubitanter constitutus, praeteritus fuerit ab ingrato liberto, tamen contra eiusmodi peculium contra tabulas bonorum possessionem non habet secundum veterum legum sanctionem, quemadmodum oportet praefata peculia, quae ad instar castrensis peculii introducta sunt, de inofficioso querellae esse supposita? 2. Sed haec obtinere oportet, donec in sacris parentum suorum constituti sunt hi qui quasi castrense peculium possident. Si enim sui iuris efficiantur, procul dubio est eorum testamenta et pro ipsis rebus, quas antea ex quasi castrensi peculio habebant, posse de inofficioso querellam sustinere, cum neque nomen peculii permanet, sed aliis rebus confunditur et similem

fortunam recipit, quemadmodum et ceterae res eorum, et unum congregatur ex omnibus patrimonium (a. 531)⁸⁷⁷.

L'avvio è fornito dal ricordo della disciplina di particolare favore accordata ai militari circa le loro successioni: non solo (e non tanto) lo sgravio attinente alle formalità necessarie per la redazione del testamento, ma anche (e soprattutto, almeno per i nostri interessi) la sottrazione delle *tabulae* da loro redatte dall'impugnazione per inofficiosità. Tali principi erano declinati pure nell'ambito di un istituto tipico della disciplina militare, ossia il *peculium castrense*, concesso ai *filii familias* che avessero intrapreso la carriera; istituto riconosciuto da Augusto, ripreso e confermato da Nerva e da Traiano ed esteso da Adriano pure ai veterani (cioè ai *filii* congedati dalla *militia*)⁸⁷⁸: la caratteristica precipua di questo 'patrimonio' era che su di esso il *miles*, seppur privo della capacità giuridica, poteva fare testamento.

Questo offre lo spunto a Giustiniano per soffermarsi su veri peculii noti al suo tempo e sulle *dubitationes* sorte sopra di essi.

Anzitutto, il monarca evidenzia il carattere triplice del peculio: esiste infatti il *peculium paganum* (ossia il *peculium profecticum*), il *peculium castrense* e il *peculium* (da lui stesso denominato) *quasi castrense*. L'attenzione si appunta proprio su tale ultima tipologia, la quale dunque deve aver suscitato le discussioni adombrate in apertura.

Essa, come anticipato, origina da una costituzione costantiniana⁸⁷⁹ del 326⁸⁸⁰: il monarca cristiano, volendo tributare un omaggio ai tanto amati componenti della burocrazia palatina, accredita loro un 'piccolo patrimonio' sul

⁸⁷⁷ A ciò si aggiunga *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 6.22.12: Omnes omnino, quibus quasi castrensia peculia habere ex legibus concessum est, habeant licentiam in ea tantummodo ultimas voluntates condere secundum nostrae constitutionis tenorem, quae talibus testamentis de inofficiosi querella immunitatem praestavit.* <a. 531 D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. CC.>. Essa è tuttavia considerata «un'epitome» della costituzione in commento da P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 241, che i commissari hanno voluto porre anche sotto il titolo relativo a *Qui facere testamentum possunt vel non possunt*.

⁸⁷⁸ Cfr. L. FASCIONE, *Il diritto di successione*, cit., 1043 ss.

⁸⁷⁹ Anche se probabilmente la denominazione *peculium quasi castrense* è giustiniana: cfr. G.G. ARCHI, *In tema di peculio quasi castrense*, in *Scritti di diritto romano*, III, cit., 1762 e 1768 s.

⁸⁸⁰ Cfr. C.Th. 6.36.1: *Omnes palatinos, quos edicti nostri iam dudum certa privilegia superfundunt, rem, si quam, dum in palatio nostro morantur, vel parsimonia propria quaesiverint vel donis nostris fuerint consecuti, ut castrense peculium habere praecipimus. Quid enim tam ex castris est, quam quod nobis consciis ac prope sub conspectibus nostris acquiritur? sed nec alieni sunt a pulvere et labore castrorum, qui signa nostra comitantur, qui praesto sunt semper actibus, quos intentos eruditus studiis itinerum prolixitas et expeditionum difficultas exercet. Ideoque palatini nostri, qui privilegis edicti uti potuerint, peculia sua praecipua retineant, quae, dum in palatio constituti sunt, aut labore, ut dictum est, proprio aut dignatione nostra quaesiverint.* <P. X kal. Iun. Constantino A. VI et Constantio C. cons.>

modello del *peculio militare*⁸⁸¹: in particolare, prevede che i membri del *palatium* (detti per l'appunto *palatini*⁸⁸²) ancora soggetti alla potestà paterna acquistino 'a loro stessi' i proventi ottenuti dall'esercizio della loro attività (ma anche i donativi imperiali⁸⁸³), sottraendoli quindi alla confluenza nel patrimonio del *pater*. I *fili* possono disporre di tali beni per testamento (proprio come nel caso di *peculium castrense*)⁸⁸⁴, ma tuttavia sono obbligati ad osservare le formalità previste per tutti i normali testatori, con la conseguenza che ad essi non si applica la disciplina più favorevole dettata per i militari.

Da qui le ipotesi si allargano: da Costantino in avanti iniziano a fiorire casi in cui gli imperatori, concedendo *iura singularia*, accreditano a determinate categorie benefici connessi con gli emolumenti percepiti nell'esplicazione della loro attività professionale. Lo sviluppo di tali concessioni è, tuttavia, privo di un filo conduttore, cosicché si hanno costituzioni che per più versi si distaccano dal paradigma originale del *peculium castrense, ad similitudinem* del quale i nuovi *peculia* gemmano: la storia dell'istituto (il cd. *peculium quasi castrense*) è pertanto «incerta»⁸⁸⁵, ma – se è possibile rinvenire un *fil rouge* che collega tutti questi privilegi – esso va individuato nella volontà degli imperatori di impedire che il frutto del lavoro di certe determinate categorie di persone venga goduto da altri (ossia che il *pater* approfitti degli sforzi professionali dei propri *fili*, in una logica, nuova, di «giustizia distributiva» e non di «solidarietà familiare»⁸⁸⁶)⁸⁸⁷.

Ciò detto, si pone al monarca bizantino un dubbio: atteso che il testamento militare (sia del *sui iuris* che dell'*alieni iuris*, in quest'ultimo caso con riferimento

⁸⁸¹ Che era composto da quanto il *filius familias* aveva percepito dai familiari prima della partenza per il servizio militare, nonché da quanto ottenuto in costanza della leva, ossia «principalmente il soldo, la quota di bottino e i premi, oltre alle eredità e ai legati dei commilitoni, a patto che si trattasse di persone effettivamente conosciute durante il servizio», come specifica L. MASTRANGELO, *Il 'peculium quasi castrense'*, cit., 279.

⁸⁸² Su questa figura di burocrati imperiali v. L. MASTRANGELO, *Il 'peculium quasi castrense'*, cit., 288 ss.

⁸⁸³ V. L. MASTRANGELO, *Il 'peculium quasi castrense'*, cit., 293.

⁸⁸⁴ Per G.G. ARCHI, *In tema*, cit., 1759 ss. l'attribuzione della *testamenti factio* attiva sarebbe opera di Giustiniano.

⁸⁸⁵ V. P. VOGLI, *La 'patria potestas' da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, LI, 1985, ora in *Studi di diritto romano*, II, cit., 502 (da cui si cita).

⁸⁸⁶ V. P. VOGLI, *La 'patria potestas'*, cit., 508.

⁸⁸⁷ Dinanzi a questo fine cede anche la purezza della ricostruzione giuridica dei vari *peculia ad similitudinem castrensi peculii*: invero, «ogni particolare tecnico è eliminato. Il problema viene sentito solo in certi suoi aspetti più importanti, con sensibilità più da pratico che da giurista. L'attenzione dei legislatori si polarizza unicamente nell'eliminare due principi connessi con la struttura della famiglia romana: la necessità di versare i beni acquistati dal figlio nel patrimonio domestico alla morte dell'avente la *potestas*, per procedere alla divisione; la possibilità da parte del *parens* di rivendicare come proprietario, a suo libito, detti beni ed eventualmente disporne». Cfr. G.G. ARCHI, *In tema*, cit., 1771 ss. con individuazione dei vari altri casi di *peculia* introdotti dagli imperatori postcostantiniani (cui adde P. VOGLI, *La 'patria potestas'*, cit., 502 ss. e P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi*, cit., 240, nt. 2).

al testamento redatto per i beni compresi nel peculio castrense) non è impugnabile per inofficiosità e atteso che i vari tipi di *peculia* di cui si discute sono germogliati dal tronco unico del *peculium castrense*, partecipando di alcune delle sue caratteristiche, orbene, il testamento formulato dai titolari di peculio quasi castrense e valido *iure militiae* può essere impugnato per inofficiosità⁸⁸⁸?

Scrivono Voci che «le opinioni, c'è da aspettarsi, erano due: l'una restrittiva e l'altra no: e la prima era la più fondata, in quanto pretendeva, in materia di privilegi, statuizioni esplicite»⁸⁸⁹

Giustiniano, con ciò sopendo le discussioni, sancisce (dapprima che tutti possono testare ma senza le concessioni fatte solo ai militari, di poi) che tali atti saranno immuni dalla *querela inofficiosi testamenti*⁸⁹⁰, in virtù di un *privilegium* concesso *ad hoc* nel caso di *peculium quasi castrense*⁸⁹¹.

⁸⁸⁸ V. P. VOICI, *La 'patria potestas'*, cit., 508.

⁸⁸⁹ Cfr. P. VOICI, *La 'patria potestas'*, cit., 508.

⁸⁹⁰ È tuttavia «soluzione inconseguente» per P. VOICI, *La 'patria potestas'*, cit., 508, visto che l'esenzione dalla *querela* era logicamente connessa con il particolare *status* dato al *testamentum militis*, e non era coerente con la finalità che aveva animato la 'creazione' del peculio quasi castrense: Giustiniano vi rimedierà, scrive ancora l'autore, con la Nov. 123.19, dell'anno 546.

⁸⁹¹ Che apprendiamo dalla costituzione in commento essere ora concesso a tutti coloro che ricevono una pubblica retribuzione ovvero a chi svolga, comunque, una funzione pubblica, come ad esempio gli avvocati. A ciò si aggiungono, inoltre, i *magistri studiorum*, i messaggeri imperiali, i medici, solo però se destinatari di remunerazione pubblica. Siamo informati in base a un'altra costituzione giustiniana (che, peraltro, portando la medesima data e i medesimi destinatari di quella in esame va a quest'ultima *iuncta*) che titolari di *peculium quasi castrense* sono pure i vescovi, i presbiteri e i diaconi: da ciò discende che, anche avverso il testamento redatto da costoro, non è ammissibile l'esperimento della *querela inofficiosi testamenti*: cfr. *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 1.3.49: Cum lege Leoniana viris reverentissimis episcopis et presbyteris et diaconis peculium habere quasi castrense concessum est, eo addito, ut in ipso testari possint, dubitabatur, si huiusmodi testamenta debent de inofficiosi querella expugnari, cum de omnibus personis, quae huiusmodi peculia meruerunt, eadem fuerat quaestio exorta. I. Sancimus itaque viris reverentissimis episcopis et presbyteris et diaconis, qui tale peculium (id est quasi castrense) possident, super his tantummodo rebus, quae quasi castrensis peculii sunt, non solum ultima condere secundum leges tamen elogia licere, quod ex Leoniana constitutione descendit, sed etiam eorum ultimas voluntates, super his tantummodo habitas, de inofficiosi querellae minime subiacere.* <a. 531 D. k. Sept. Constantinopoli post cons. Lampadii et Orestae.>. L'imperatore bizantino rimanda a una *lex Leoniana*: la costituzione di Leone, evocate dal monarca, è conservata dai commissari in *Imp. Leo et Anthemius A. Erythrio pp. C. 1.3.33: Sacrosanctae orthodoxae fidei episcopi atque presbyteri, diaconi quoque, qui semel probatis moribus integritate castissima ad hunc gradum meruerint pervenire, ea, quaecumque in eodem clericatus gradu locoque viventes acquirere et habere potuerint, etiamsi in patris avique aut proavi potestate constituti sunt et adhuc superstites habentur, tamquam bona propria vindicent: de his, si quando eis libitum fuerit, testandi vel donandi vel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa, ut ea bona quoquo tempore numquam fratribus vel sororibus aut ex his genitis conferantur, sed ad eorum filios posteros et quoscumque extraneos heredes perveniant nec a patribus avibus aut proavis, sed ab ipsorum liberis tamquam praecipua vindicentur, certe his procedant, quibus ipsi id peculium vel inter vivos alienatione habita vel mortis tempore ultima et vere cognita voluntate concesserint.* <a. 472 D. prid. non. April. Marciano cons.>. Tuttavia molteplici sono le differenze che si riscontrano tra l'atto normativo di Leone e quello di Giustiniano, sia sotto il profilo terminologico che, più in profondità, sostanziale: in essa, come ha rilevato G.G. ARCHI, *In tema*, cit., 1762, le cui parole qui mi permetto di prendere a prestito, «dal lato

Ma tale previsione si applica solo fintantoché il testatore si trova sotto la *potestas* paterna: invero, se abbiano raggiunto lo stato di *sui iuris*, i loro testamenti, ancorché riferentesi ai *bona* acquisiti quale remunerazione dell'attività burocratica e quindi idealmente componenti il *peculium quasi castrense*, sono soggetti all'impugnazione.

Sparisce infatti il *nomen peculii* e questi beni *confunditur* con tutti gli altri, di cui ne seguono le sorti.

SEZIONE II

6. La legislazione novellare: Nov. 18.

L'incidenza della legislazione novellare⁸⁹² giustiniana nella materia in esame è importante: i due provvedimenti che più hanno modificato la normativa sono la Nov. 18 e la Nov. 115.

Prima di passare ad illustrare – in maniera peraltro abbastanza veloce, stante il fatto che il chiaro tenore delle disposizioni non lascia spazio a soverchie questioni interpretative – il contenuto delle citate leggi, preme sottolineare che mercè le stesse Giustiniano pare staccarsi con forza dal rispetto dei canoni che ancora – come si è notato – guidavano la sua opera nomotetica confluita nel secondo codice: canoni legati a un ossequio per le fonti classiche e i risultati della riflessione dei grandi giuristi del passato, specie gli ultimi corifei dell'età severiana, che per così dire imponevano all'imperatore di muoversi lungo un tracciato già segnato.

Ora, lo sviluppo della normativa è più agile e secco: il monarca interviene direttamente là dove reputa che la disciplina giuridica non sia più conforme alle esigenze del corpo sociale, e l'intervento è sempre deciso.

Così è già con la Nov. 18, emanata nel 536.

terminologico, non solo si evita di usare l'espressione di *p. q. c.*, ma bensì anche quella di *p. c.* Sostanzialmente poi, il contenuto del privilegio, accordando anche la possibilità della successione legittima dei figli, dimostra come l'imperatore si distacchi sia dalla tradizione classica che da quella postclassica con una innovazione ignota alla legislazione precedente e gravissima, in quanto che limita, in caso di morte del figlio intestato, il ritorno delle sostanze al padre *iure peculii*. Nella costituzione di Giustiniano questo particolare elemento della concessione leoniana non viene messo in luce».

⁸⁹² Sulle *Novellae* v. '*Novellae Constitutiones*'. *L'Ultima legislazione di Giustiniano tra oriente e occidente da Triboniano a Savigny*, a cura di L. Loschiavo, G. Mancini e C. Vano, Napoli, 2011, 1 ss. con riferimento a tutti i contributi ivi allocati; R. BONINI, *Ricerche sulla legislazione giustiniana dell'anno 535*, Bologna, 1989, *passim*; G. LANATA, *Legislazione e natura delle Novelle di Giustiniano*, Napoli, 1984, *passim*; G.G. ARCHI, *La valutazione critica del «Corpus Iuris»*, in *Riv. it. scienz. giur.*, LXXXVIII, 1951, 220 ss. (ora in *Giustiniano legislatore*, cit., 203 ss.).

Nella *Praefatio*⁸⁹³ Giustiniano mostra tutto il suo stupore generato dalla circostanza che i figli del testatore, anche qualora abbiano osservato un comportamento irreprensibile nei confronti del genitore, non possano aspirare – quale quota legittima – che al massimo ad un quarto dell'asse relitto: ciò perché, come oramai noto, la *legittima* era calcolata nella misura di un quarto della quota *ab intestato*, che in presenza di un solo figlio era pari a tutto l'asse (con legittima quindi a $\frac{1}{4}$ dell'asse), in presenza di due figli era pari a un mezzo ciascuno (con legittima ancora una volta pari a $\frac{1}{4}$ dell'asse, ma da dividere tra i due in parti uguali, e dunque $\frac{1}{8}$ ciascuno), in presenza di tre figli era pari a $\frac{1}{3}$ a testa (con legittima, in capo a ognuno di $\frac{1}{12}$) e così via.

La conseguenza era che pur in presenza di un padre ricco il figlio non avrebbe avuto il diritto di ereditare che una misera frazione del patrimonio: frazione che diveniva sempre più esigua coll'aumentare dei figli, a tutto beneficio dunque della volontà del testatore, il quale avrebbe potuto disporre dei $\frac{3}{4}$ dell'asse come più gli aggradava.

Proprio qui si appunta l'innovazione di Giustiniano.

Egli modifica l'ammontare delle quote disponendo che se di figli il *de cuius* ne avesse avuti fino a quattro l'aliquota del *relictum* a loro riservata sarebbe stata pari a $\frac{1}{3}$; in caso di 5 o più figli, l'aliquota sarebbe salita a $\frac{1}{2}$: tali quote sarebbero, poi, state suddivise internamente tra i legittimari in parti uguali⁸⁹⁴.

⁸⁹³ Cfr. Nov. 18, *praefatio*: *Iam quidem magna huic et, ut ita quis dicat, bene a deo constitutae reipublicae, dicimus Romanorum, plurima de testamentis disposita sunt, et pleni legum codices de talibus consistunt, et non solum antiqui sapientes haec scripserunt aut piorum potestas imperatorum, sed etiam a nobis iam non aliquo priorum principum minus legislationes prolatae sunt. Deum vero considerantes semper et quatenus ei placiti videamur et aliquid bonorum dignum in nobis agamus, nitimur aliquid adinvenire semper et naturae consequens et quod possit priora corrigere. 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 donec vixerint patres idonei.*

⁸⁹⁴ Cfr. Nov. 18.1: *Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despiciere semper erubescens, 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.*

L'uguaglianza delle porzioni avrebbe connotato non solo il profilo quantitativo, ma anche quello qualitativo, e ciò indipendentemente dal fatto che uno dei figli fosse stato istituito erede (e che dunque dovesse ottenere i beni a titolo di quota d'eredità) e l'altro, ad esempio, beneficiato con un legato: il criterio di apporzionamento e di formazione della porzione sarebbe rimasto il medesimo, pur a fronte di una diversità del titolo acquisitivo.

Quanto ai soggetti cui la novella è diretta, essi sono tutti coloro in favore dei quali la *ratio* aveva condotto a porre il rimedio di inofficiosità: si basi, peraltro, coloro cui *ab antiquo* era concesso agire *de inofficioso*. Con tale anodino riferimento, a mio parere, Giustiniano non ha voluto far retrocedere la disciplina dello strumento processuale all'epoca pre-costantiniana⁸⁹⁵: a un'epoca, cioè, in cui tutti i fratelli e sorelle, indipendentemente dalle qualità morali del soggetto istituito, potevano agire se pretermessi o diseredati. È da supporre infatti che, implicitamente, nell'espressione usata dall'imperatore si celi un rinvio al catalogo

⁸⁹⁵ Idea cui invece accede G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari*, cit., 19 secondo cui «quanto disposto doveva altresì valere per tutti i soggetti per i quali la *ratio* aveva indotto» a prevedere il rimedio *de inofficioso* e quindi «gli altri discendenti, gli ascendenti ed i fratelli e sorelle del *de cuius*». L'autrice, peraltro, aggiunge che «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 ... circoscritto fino a quel momento ai soli casi d'istituzione di persone ritenute turpi». Come spiego nel testo, a parte l'incertezza che avvolge innegabilmente il passo, non mi sento di accedere a questa ipotesi interpretativa, che a parer mio avrebbe richiesto una legge *ad hoc* da parte dell'imperatore, e non un mero, fuggevole, ondivago cenno in una disposizione che di fatto si occupa di altro. Mi spinge nel senso indicato anche la convinzione che Giustiniano non avesse intenzione di ri-allargare le maglie della *querela inofficiosi testamenti*, imboccando un sentiero che invece fino a quel momento aveva recisamente scansato, optando al contrario per una sempre maggior restrizione dei casi di ammissibilità della *querela*. Non credo che argomento a favore della tesi della Coppola Bisazza possa essere tratto da quanto prevede lo stesso Giustiniano nella Nov. 1, *praef. 2: Primum itaque illud est cogitandum, quia testantibus aliis quidem necessitatem imponit lex distribuere quandam partem personis quibusdam, tanquam hoc secundum ipsam naturam eis debeat, quale est filiis et nepotibus, et patribus atque matribus, interdum vero etiam fratribus, et si quam huiusmodi personam aut in his, quae ex nobis sunt, aut ex quibus sumus, enumeraverunt leges, aliis autem nulla consistit necessitas partem dare quamlibet propriae substantiae, sed sua potestas eis largitur ad quoscumque testator voluerit proferenda*. Ivi il monarca sta semplicemente ricordando (e sommariamente, molto sommariamente, riportando) la disciplina della successione necessaria, sottolineando come una quota debba necessariamente essere lasciata dal testatore ai discendenti, agli ascendenti e *interdum* anche ai fratelli (e sorelle, anche se non scritto: v. N. VAN DER WAL, *Manuale novellarum Justiniani. Aperçu systématique du contenu des nouvelles du Justinien*, Chimaira - Groningue, 1998, 140): ed è proprio l'*interdum* – da tradurre con 'talvolta', 'in casi particolari' – che si annida la chiave di comprensione della frase: mi sembra che infatti con l'utilizzo di questo lemma l'imperatore abbia voluto proprio far riferimento alla limitazione che i collaterali di secondo grado incontrano nell'impugnazione del testamento per inofficiosità, limitazione che coincide con il carattere turpe della persona loro preferita.

di soggetti legittimati all'azione stilato nel *Codex repetitae praelectionis*⁸⁹⁶, per come esso era venuto riducendosi nel tempo⁸⁹⁷. Tale catalogo rimane fermo: c'è da chiedersi, piuttosto, se l'aumento della quota debba valere solo ed esclusivamente per i figli, ovvero anche per gli altri legittimati, ossia collaterali di secondo grado (nei limiti citati) e ascendenti.

Dubbio lecito se è vero quanto ritiene il Sanguinetti, ossia che «l'interpretazione del passo in questione non doveva essere pacifica all'epoca di Giustiniano e nei decenni successivi»⁸⁹⁸: peraltro neppure uno spoglio dei vari scolii bizantini al testo dei Basilici pare condurre a un'affermazione risolutiva: a voci che si schierano in favore della sola applicazione ai figli, se ne accostano altre che reputano opportuno estendere la lettera del testo inglobandovi pure gli ascendenti e, per un'opinione almeno, anche fratelli e sorelle⁸⁹⁹.

Per parte mia, ritengo che una soluzione al problema non possa trarsi dal passo in questione: se è vero che l'ultima frase del *caput* I della Novella non ci restituisce limitazioni di sorta, riferendosi a tutti coloro che *ab initio* avevano fruito della *ratio antiquae quartae*, è altrettanto vero, però, che solo ai figli si riferisce l'imperatore in tutte le parti precedenti: né è da sottovalutare, a parer mio, il vincolo di parentela molto più vigoroso tra i genitori e figli che non con gli altri legittimati, il che potrebbe far propendere per un'interpretazione restrittiva della disposizione normativa, in linea con il riconoscimento ai soli discendenti dell'aumento della quota riservata.

⁸⁹⁶ Peraltro linfa a questa ipotesi potrebbe giungere da quanto rileva G. LANATA, *Legislazione e natura*, cit., 32 secondo cui il rapporto che si viene a instaurare tra il *corpus* novellare e le tre (altre) opere codificatorie precedenti è assai travagliato, ed anzi esiguissimo, tranne che per il dialogo con il *Codex*, spesso evocato anche implicitamente. Scrive lo studioso che «la presenza delle tre parti della Compilazione nelle Novelle è molto disomogenea, e comporta due sole menzioni delle Istituzioni, un mazzetto di citazioni appena più consistente del Digesto, e un fitto dialogo con le leggi del Codice, per altra raramente citato in modo esplicito e con la denominazione ufficiale». Per una più ampia considerazione del rapporto *Novellae-Codex* v. S. PULIATTI, *'Eas quas postea promulgavimus constitutiones'*. *Sui rapporti 'Novellae-Codex' nella prospettiva giustiniana*, in *'Novellae Constitutiones'*, cit., 1 ss.

⁸⁹⁷ Peraltro, è lo stesso imperatore che nel *caput* II della legge afferma che tutto il resto della disciplina dell'inofficiosità rimane immutato, salvo appunto la novella circa l'aumento quantitativo della quota di riserva. Il che significa, dunque, che immaginare un implicito richiamo a tutta la normativa precedente è affatto lecito. L'occasione per ribadire questo principio è offerta dalla precisazione che l'imperatore intende effettuare circa la successione dei curiali, per i quali – nonostante la novella – rimane in vigore l'obbligo (introdotto, peraltro, dallo stesso monarca bizantino) di lasciare ai discendenti ben $\frac{3}{4}$ dell'asse: cfr. Nov. 18.2: *Excipiatur autem a nobis de curialibus nuper posita lex, quae filiis curialibus aut filiabus curialibus nubentibus noviuncium omnino dari vult, reliquo triuncio a parentibus secundum potestatem dispensando; omnibus aliis de inofficioso positus legibus et praecipue nostris in sua virtute servandis et de ingratibus filiis et de non talibus, praeter solam quantitatem, quam ad praesens auximus, secundum omnes praedictas definitiones.*

⁸⁹⁸ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 120.

⁸⁹⁹ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 120 s.

In favore di quest'ultima esegesi milita anche la previsione del *caput* III della legge: ivi Giustiniano, nell'intento di estirpare una pratica alquanto diffusa, impedisce ai testatori di lasciare ai discendenti solo la nuda proprietà dell'asse, riservando invece alla moglie (o al marito, in caso di testatrice donna) l'usufrutto sui beni. Il divieto è ispirato alla necessità di assicurare un sostentamento concreto ai discendenti dopo la morte del dante causa: sostentamento che, nella fattispecie 'messa al bando', non è affatto garantita dalla nuda proprietà dei cespiti, i cui lucri vengono incamerati da un soggetto terzo (appunto la consorte), che non sempre è la madre dei discendenti e, soprattutto, non sempre si dimostra benevola con quest'ultimi. Sembra quasi sentir riecheggiare tra le righe del divieto giustiniano l'antico sconcerto che ancora Gaio⁹⁰⁰ provava quando riteneva deprecabile il comportamento di un padre che ai figli preferiva l'amante quale destinataria dei propri averi dopo la morte.

D'ora in poi quindi la quota deve essere relitta ai figli in piena proprietà⁹⁰¹.

7. La Novella 115.

Un'incisiva modifica della disciplina della successione dei legittimari viene attuata dall'imperatore con la Novella 115: essa è del 542, l'ultimo grande anno di innovazioni legislative, l'ultimo anno di vita, peraltro, del grande ministro che più di ogni altro contribuì alla restaurazione giuridica giustiniana, ossia Triboniano⁹⁰².

Ancora una volta il monarca intende intervenire nella disciplina ereditata dal mondo classico e ri-sistemata nel Digesto e nel Codice per correggerne alcune

⁹⁰⁰ Cfr. D. 5.2.4.

⁹⁰¹ Cfr. Nov. 18.3: *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: uxoribus si quidem omnem reliquerunt suarum rerum usumfructum, filiis autem proprietatem nudam. Quamobrem arbitrator 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 forsitan 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.*

⁹⁰² V. R. BONINI, *Introduzione*⁴, cit., 71. Gli succedette indegnamente, nel ruolo di *quaestor sacri palatii*, Iunilo, originario dell'Africa, che restò in carica fino al 548 o 549: Procopio ne traccia un ritratto poco lusinghiero, mettendone in luce l'ignoranza giuridica e la poca dimistichezza con la lingua greca: cfr. P. MARAVAL, *Giustiniano*, cit., 87. Dopo di lui ebbe quel ruolo un certo Costantino: «di lui Procopio dice che era un vero ladro e un millantatore incredibile e che proprio per questo godeva del favore dell'imperatore», come riferisce ancora P. MARAVAL, *Giustiniano*, cit., 87: ma tutti sanno che Procopio non nutriva ammirazione per Giustiniano.

storture: lo scopo è al tempo stesso quello di assicurare maggiore tutela ai parenti in linea retta del defunto⁹⁰³ (la Novella infatti contempla esclusivamente la posizione di figli e ascendenti, non facendo menzione dei collaterali di secondo grado⁹⁰⁴), ma anche quello di garantire una maggior certezza della normativa, onde rendere più agevole il compito del giudice chiamato a esprimersi sulla causa di impugnazione testamentaria, e soprattutto onde restringere il più possibile la sua discrezionalità nella valutazione della sussistenza dei presupposti di una giusta causa di diseredazione⁹⁰⁵.

Invero, si ricorderà che la 'storia' della *querela inofficiosi testamenti* nasceva dall'impugnazione di quelle tavole testamentarie in cui un certo soggetto o non era stato considerato tra i successibili o era stato diseredato: il giudizio involgeva, specie nell'ultima delle ipotesi testè ricordate, la ricerca di una giusta causa di diseredazione, cioè nel vaglio del comportamento osservato dal querelante nei confronti del *de cuius*.

Tuttavia, mai si era giunti a una catalogazione delle fattispecie che – almeno astrattamente – erano indonee a integrare una giusta causa di esclusione dalla successione: il che, lo si può ben immaginare, doveva lasciar spazio a notevoli inconvenienti.

⁹⁰³ V. Nov. 115.5: *Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus.*

⁹⁰⁴ Il che ha portato P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 738 ad asserire, molto sbrigativamente, che la posizione di fratelli e sorelle, dopo l'emanazione della Nov. 115 sarebbe rimasta «invariata». Più diffusamente si sofferma sulla questione A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 129 ss., ove è possibile rinvenire un ampio dialogo con la letteratura precedente, che ritengo opportuno qui brevemente riassumere. Invero, secondo alcuni autori il motivo del silenzio di Giustiniano sarebbe da ricondurre alla circostanza che egli, nel 536, aveva provveduto a porre proprio per i collaterali di secondo grado una disciplina assai simile a quella che la Nov. 115 ha riservato a discendenti e ascendenti: in particolare, con la Nov. 22.47, l'imperatore avrebbe enunciato tre cause tassative in grado di legittimare l'esclusione di fratelli e sorelle dalla successione. Altri, in disaccordo, si limitano a ritenere che Giustiniano semplicemente si sia limitato a non intervenire, di talché la posizione di tali legittimari sarebbe rimasta quella di cui alla l. confluita in *Imp. Constantinus A. ad Lucrium C. 3.28.27*. L'intera posizione è, come detto, ben sviscerata nel testo del Sanguinetti: egli, in primo luogo, mette alla prova l'ipotesi di coloro che vogliono la posizione dei collaterali modificata dalla Nov. 22.47. Invero, ivi Giustiniano prende in considerazione una fattispecie relativa a una successione legittima di un figlio, alla quale concorrono i fratelli e la madre del defunto. Sancisce il monarca che – alla divisione dell'asse – concorreranno tutti, salvo il fratello che abbia tentato di uccidere il *de cuius*, oppure abbia instaurato contro di lui un'azione criminale, oppure ancora che abbia tentato di derubarlo di alcuni suoi beni. Ciò precisato, l'autore sostiene che si potrebbe pensare che «l'imperatore volesse enumerare dei casi in cui il fratello *de de cuius* poteva essere escluso dalla successione. Tuttavia nel caso in questione potrebbe anche trattarsi di un'ipotesi di incapacità a succedere *ex lege*; non si dice che il fratello può essere escluso se tiene una condotta riconducibile ad una delle ipotesi ora menzionate, ma che chi si macchia di un tale comportamento non può partecipare alla successione del fratello». Di qui lo studioso ipotizza un'allargamento in via analogica del principio e dei casi indicati pure all'ipotesi di successione necessaria.

⁹⁰⁵ V. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari*, cit., 24.

Proprio su tale aspetto cala la mano di Giustiniano.

Egli infatti, per prima cosa ribadisce che nessun testatore può pretermettere o diseredare i discendenti nel proprio testamento, salvo che abbia lasciato loro un valore pari alla quota di riserva mercé una disposizione diversa dall'istituzione d'erede; ciò detto, sancisce che, in caso di diseredazione, non solo essa – secondo un uso antico – deve essere espressamente contenuta nell'atto di ultima volontà⁹⁰⁶, ma essa deve essere estremamente chiara, dovendo ora il testatore indicare espressamente i motivi che l'hanno condotto ad escludere un discendente dalla propria successione: in una parola, deve essere esplicitata quella che per lui è la giusta causa di diseredazione.

Sappiamo che questa in realtà non è una vera e propria innovazione: già nella costituzione confluita in *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.30* Giustiniano aveva previsto, quale onere per il testatore, quello di indicare i motivi di risentimento verso il legittimario, pena l'impossibilità per l'erede scritto convenuto in giudizio dal primo con l'azione di implementazione di sollevare questioni relative al comportamento non pietativo dell'attore verso il defunto, allo scopo di paralizzare l'azione avversaria.

In ogni caso, qui la posizione è sicuramente più netta: vi è obbligo di indicazione della causa, pena l'invalidità della clausola diseredativa.

A questo punto, il monarca bizantino si duole del fatto che troppe sono le cause che di volta in volta vengono addotte dagli ereditandi, alcune di queste – chiosa Giustiniano – davvero puramente strumentali e inidonee a integrare una vera e propria 'giusta causa'; dal canto opposto, vi sono invece cause che potrebbero tranquillamente integrare un valido motivo di esclusione, ma che tuttavia sono troppo spesso neglette⁹⁰⁷.

Donde, allora, l'innovazione legislativa, che ha coinciso con l'introduzione di un elenco di giuste cause, che – cominciando dai discendenti – è opportuno qui enumerare, prendendo a prestito le parole di Voci:

- a) insidie alla vita
- b) percosse e altre gravi offese
- c) accusa penale, eccettuati i delitti contro lo Stato o l'imperatore
- d) eresia

⁹⁰⁶ Contrario invece A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 128 secondo cui «non sarebbe stata più necessaria una formale *exhereditatio*, ma sarebbe stato sufficiente disporre l'esclusione del legittimario per una delle cause ammesse dalla legge».

⁹⁰⁷ Cfr. Nov. 115.3: ... *Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero cum essent dignae praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere nisi quae huius constitutionis serie continentur.*

- e) falsa denuncia, da cui sia derivato grave danno
- f) adulterio con la moglie dell'ascendente
- g) impedimento alla confezione di un testamento
- h) rifiuto di cauzione in favore dell'ascendente, che si trovi in prigione (ciò solo per i discendenti maschi)
- i) omissione di cure nei riguardi dell'infermo di mente
- l) omissione del riscatto, se l'ascendente sia prigioniero di guerra e il discendente sia di età superiore ai diciotto anni
- m) il frequentare avvelenatori e persone dedite alla magia
- n) esercizio del mestiere di artista da teatro, e simili, contro il volere dell'ascendente
- o) malcostume delle discendenti; matrimonio delle stesse contro la volontà dell'ascendente (salvo che, raggiunta da quelle l'età di 25 anni, l'ascendente non si sia curato di accasarle).

Per quanto attiene, invece, alle cause legittime di esclusione di un ascendente, esse sono:

- a) insidie alla vita
- b) accusa di un delitto punibile con la morte, fatta eccezione per l'alto tradimento
- c) adulterio con la moglie del discendente
- d) impedimento alla confezione del testamento
- e) omissione del riscatto dalla prigionia di guerra
- f) omissione di cure nei riguardi dell'infermo di mente
- g) avvelenamento del coniuge (evento di cui il discendente, che è discendente di tutti e due, è legittimato a tener conto).

Il catalogo sopraesposto è espressamente definito tassativo dall'imperatore: con la conseguenza che l'allegazione di fatti diversi rispetto a quelli normativamente considerati non avrebbe costituito motivazione sufficiente a sorreggere la legittimità della clausola di diseredazione.

Peraltro anche qui – come già incontrato in *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.30* – vi è un'inversione dell'onere della prova: non sarà l'attore⁹⁰⁸ a dover

⁹⁰⁸ Ma qual era l'azione che concretamente questi di trovava ad esperire? Era una *petitio hereditatis ab intestato* basata sul presupposto della nullità dell'istituzione d'erede ovvero era la 'normale' *querela inofficioris testamenti*? In dottrina, come rileva G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 491 ss., sono state avanzate entrambe le ipotesi (così come si è ipotizzato che da Nov. 115 sia sorta una nuova azione *ad hoc*, diversa dalla *querela*: tesi dello stesso La Pira), ma senza che una prevalesse sostanzialmente sull'altra. Peraltro, le differenze non sono solo di carattere

dimostrare che in realtà non sussistono i fatti dedotti dal *de cuius* nel testamento, bensì sarà l'erede scritto a dover provare la fondatezza delle ragioni indicate dal defunto: se riesce a far questo – esito, a parer mio, tutt'altro che scontato – il testamento conserverà efficacia nella sua interezza.

In caso contrario, invece, la clausola di diseredazione perderà vigore e i figli querelanti verranno all'eredità (quali eredi intestati⁹⁰⁹), con salvezza, tuttavia, delle altre disposizioni – a titolo particolare – contenute nell'atto di ultima volontà: una sanzione, quella della caduta dell'istituzione d'erede e del 'subentro' *ab intestato* del legittimario che a taluno è sembrato «l'estremo tentativo di salvare quanto della libertà testamentaria era salvabile, a tutela soprattutto dei diritti spettanti ... a quanti (non eredi) erano stati menzionati nell'atto di ultima volontà, pur aprendosi in contemporanea la successione *ab intestato*»⁹¹⁰.

Ulteriore innovazione risiede nel fatto che ora, per la prima volta, viene sancito che la disposizione con cui la legittima va attribuita al legittimario è (solo) l'istituzione d'erede: se, invece, fosse stata tributata una quota di eredità inferiore alla riserva sarebbe stata comunque possibile una sua integrazione con disposizioni a titolo particolare; nel caso in cui una disposizione a titolo particolare – in presenza di *quota hereditatis* insufficiente – non fosse stata apposta, trovavano verosimilmente applicazione le disposizioni sull'*actio ad implendam legitimam*⁹¹¹, con conseguente sopravvivenza del testamento⁹¹².

La necessità che il legittimario fosse nominato erede, e che dunque gli venisse attribuito quello che la dottrina ha definito *honus institutionis*, è legato al fatto che con tutta probabilità i parenti in linea retta era sentiti, nel contesto sociale, come i veri e propri eredi 'naturali', vantanti un vero e proprio 'diritto sostanziale' di successione di carattere quasi intra-familiare, che passava anche attraverso la

dogmatico o puramente nominalistico: se, infatti, «la nuova azione è la stessa della *querela inofficiosi testamenti*, sia pure modificata, continuerà ad avere vigore, per la nuova azione, la precedente disciplina della *querella*. Se, invece, si tratta di azione radicalmente diversa, se, come si dice, il testamento è *legalmente* nullo, la nuova azione sarà disciplinata come se si trattasse di una qualsiasi azione di nullità di un negozio giuridico». Sulla questione v. ampiamente anche A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 131 ss. secondo il quale – anche a fronte di quanto testimoniato da sch. 3 a Bas. 39.1.24 – l'azione sorta dalla Novella in questione avrebbe carattere costitutivo, di impugnazione quindi della clausola di diseredazione, la quale cade solo all'esito della pronuncia 'rescindente' del giudice

⁹⁰⁹ V. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 128.

⁹¹⁰ V. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari*, cit., 25.

⁹¹¹ Cfr. Nov. 115.5: ... *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.*

⁹¹² V. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 129.

tutela di «un interesse di contenuto etico»⁹¹³: appunto quello di fregiarsi della qualifica di erede.

Quanto questa concezione fosse tributaria del pensiero cristiano non è possibile dire con certezza: vero è che, in ogni caso, se anche un influsso del cattolicesimo vi è stato, ciò non toglie che un pensiero siffatto animava in realtà i primordi del diritto romano, ove la successione avveniva essenzialmente in seno al gruppo familiare, ove il patrimonio era considerato appartenente a tutto il complesso dei parenti, ove i figli, ancora durante la vita del padre, erano reputati quasi i signori dei beni, pur non avendone la titolarità⁹¹⁴.

L'assegnazione dei cespiti a titolo di eredità permette anche di sostenere che ormai il diritto degli eredi necessari è diritto a una *quota hereditatis*, e non a una *portio bonorum*: la pretesa si esplica solo e proprio sui beni facenti parti dell'asse, non è più (solo) un diritto di credito da far valere contro gli istituiti ovvero contro i beneficiari di una disposizione a titolo particolare.

⁹¹³ Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari*, cit., 26.

⁹¹⁴ Anche se l'antico principio e la nuova disposizione sono radicalmente diverse, come osserva G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 494: invero «l'una ha radice nell'organismo familiare agnatizio, ed è il presupposto stesso della libertà di testare; l'altra, discende da una esplicita disposizione di legge. La prima costituisce una necessità immanente all'organismo familiare ed è il riflesso della posizione preminente che i *sui* avevano in tale organismo; la seconda, invece, si configura come garanzia di un diritto soggettivo di successione dei discendenti e degli ascendenti».

CAPITOLO SESTO

*L'attrazione delle donazioni e della dote al sistema 'successorio'
dell'inofficiosità.*
*Osservazioni in tema di cd. 'querela inofficiosae donationis' e di cd. 'querela
inofficiosae dotis'*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rescritto di Alessandro Severo e il responso paolino. – 3. Caratteristiche della cd. *querela inofficiosae donationis*. – 4. La Novella 92. – 5. La cd. *querela inofficiosae dotis*. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Come si è visto nei capitoli che precedono, il rimedio della *querela inofficiosi testamenti*, nonostante i numerosi mutamenti e affinamenti cui nel tempo è andato incontro, ha sofferto sempre di un limite, connaturato – se si vuole – alla sua stessa nascita: esso si atteggiava a mezzo di impugnativa del testamento, volto sì ad assicurare ai legittimari (il cui catalogo – anche questo è dettaglio noto – si è via via definito) una certa quota dei beni del defunto, ma calcolata solo ed esclusivamente sull'asse, ossia sull'ammontare dei beni relitti dal *de cuius*.

Tuttavia, se è vero che nella maggior parte dei casi era proprio con la scheda testamentaria che il parente arrecava pregiudizio all'erede necessario, negandogli completamente l'accesso alla sua successione ovvero onorandolo di un lascito, a vario titolo, ma inferiore alla parte che gli spettava, è altrettanto vero che ciò poteva accadere in maniera più 'sofisticata' attraverso un procedimento di spoliazione dai beni che l'ereditando poteva porre in essere durante la propria vita: esito cui avrebbe potuto dar corso mercé l'attribuzione ad altri soggetti dei cespiti tramite donazioni *inter vivos*⁹¹⁵.

⁹¹⁵ Sulla donazione in diritto romano, v. G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 1 ss. Con particolare riferimento al periodo in cui emerge la *q.i.don.* v. soprattutto p. 167 ss. Inoltre ID., *L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*, in *RIDA*, V, 1958, 391 ss. (ora in *Scritti di diritto romano*, II, cit., 1261 ss.). Preme qui segnalare, a soli fini introduttivi, che il riconoscimento della donazione come negozio giuridico causale e tipico avvenne

solo nell'età postclassica, allorché Costantino, mercè una costituzione emanata con tutta probabilità nel 323 (e conservata in Vat. Frag. 249 e in C.Th. 8.12.1), finì «per trasfigurare la fisionomia dell'istituto e individuarne una nuova qualificazione dogmatica», come scrive R. SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione'. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, 51, nt. 31. Venne, anzitutto, introdotto un preciso requisito di forma, rappresentato dalla stesura di un documento scritto, cui faceva seguito la *traditio corporalis* in presenza dei vicini quali testimoni del bene. L'atto doveva poi essere depositato presso un pubblico ufficio, pratica che prendeva il nome di *insinuatio* (v. A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*², Torino, 2017, 755) Con ciò si eliminava «l'antecedente concezione della fattispecie come *causa acquisitionis* creando, sulle macerie della medesima, un contratto tipico attraverso il quale la *traditio*, effettiva e non simbolica, della cosa avrebbe determinato il trasferimento della proprietà», chiosa sempre R. SCEVOLA, *'Negotium'*, cit., 51, nt. 31. Così non era nell'età classica, in cui la donazione – intesa come acquisto di ricchezza senza corrispettivo – necessitava, per il suo inverarsi, di essere trasfusa in un negozio tipico astratto o a causa variabile, sorretto dalla presenza di un *animus donandi*: la liberalità costituiva dunque quella causa che assisteva un'attribuzione patrimoniale non ripetibile, e ciò determinava che di *donatio*, secondo la nozione da noi invalsa e confluita nell'art. 769 cod. civ., non si poteva parlare: al più si poteva discorrere di liberalità indirette. Eppure, un'analisi delle fonti dimostra che è largheggiante, durante tutta l'età imperiale, il riferimento alla fattispecie sostanziale, «sì da riscontrare una ipostatizzazione della medesima, la quale avrebbe assunto caratteri assoluti ben prima del IV secolo a.C.» (R. SCEVOLA, *'Negotium'*, cit., 54). In realtà, ciò non può portare l'interprete a ritenere che il concetto di *donatio*, pur frequentato dai giuristi, avesse un'autonoma rilevanza giuridica: non si deve infatti incorrere, sembra dire lo Scevola, nell'equivoco metodologico di ritenere che l'esistenza del nome presupponga quello della cosa: «ciò implicherebbe che, attraverso la sussunzione nella terminologia giuridica del sintagma *donatio*, impiegato per alludere alla fattispecie materiale pienamente riscontrabile nella realtà sociologica, se ne ricavi anche la transustanziazione concettuale per il medio del passaggio concreto dal piano del pregiuridico a quello, appunto, del giuridico», come scrive a p. 56. Atteso dunque che solo con Costantino la donazione divenne un *contractus* – e per di più un contratto ad efficacia reale: ciò che ha reso la riforma dell'imperatore cristiano doppiamente innovativa: v. G.G. ARCHI, *La donazione*, cit., 236 –, e rilevato altresì che «nella prima fase del periodo classico non era neppure accennato quel percorso che avrebbe latamente prefigurato la legislazione costantiniana», salvo rinvenire un germe di tale ipostatizzazione già nell'età severiana (cfr. R. SCEVOLA, *'Negotium'*, cit., 55), sovviene il problema di quando e come individuare una donazione (intesa ancora come *causa acquisitionis*), anche al fine di ottenerne la revoca perché immodica e in quanto tale inofficiosa: come si vedrà, i primissimi interventi in tema di revoca delle liberalità sono databili alla fine dell'età severiana e le costituzioni imperiali rilevanti sono concentrate soprattutto nell'età diocleziana: ben prima dunque della 'contrattualizzazione' e 'autonomizzazione' della donazione. Ebbene, operazione prodromica alla impugnazione del negozio attuativo della liberalità era quella di sussumere siffatto atto traslativo nella categoria 'liberalità', della quale era necessario rinvenire gli elementi costitutivi. Il primo requisito è quello della gratuità, cioè l'attribuzione del donante al donatario deve avvenire senza corrispettivo (cfr. Ulp. 76 *ad ed.* D. 39.5.19), ma il corrispettivo non va vagliato con criteri economici, bensì attiene ai riflessi giuridici che l'elemento economico/patrimoniale introduce nel negozio-mezzo. Il principio è che la correlazione giuridica della prestazione e della controprestazione di per sé stessa esclude la *donatio*. Questa correlazione giuridica deve essere come tale voluta dalle parti o dalla parte, sì che appunto l'attività dell'agente appaia come un *agere ob causam*, e cioè un *negotium gerere* e non un *donare* = attribuzione *sine causa*, come sottolinea G.G. ARCHI, *La donazione*, cit., 24. Il secondo requisito è la sussistenza di una volontà del donante diretta alla gratuità, cosicché «la gratuità diventa la causa tipica, la funzione economico sociale, alla quale è indirizzata come a scopo primario la volontà del donante» (cfr. G.G. ARCHI, *La donazione*, cit., 33, il quale adduce a fondamento Ulp. 76 *ad ed.* D. 39.5.19.5 e Marc. 22 *dig.* D. 39.5.20.1). Codesti due requisiti devono sussistere congiuntamente affinché si possa riconoscere l'esistenza della *causa donationis*.

Ciò avrebbe comportato un significativo depauperamento dell'asse, con la conseguenza che al momento dell'apertura della successione il legittimario avrebbe potuto sì essere istituito nella *quarta pars* ovvero anche nella *quota ab intestato*, oppure, in caso contrario, avrebbe sì potuto agire con la *querela inofficiosi testamenti*, ma si sarebbe soddisfatto – ed anzi la quota sarebbe stata calcolata – su un compendio di beni assolutamente non corrispondente a quelle che erano le risorse del patrimonio (in vita) del defunto, con evidente suo detrimento.

A tale fattispecie la *querela inofficiosi testamenti* non era idonea a fornire un'adeguata risposta, essendo stata sempre insensibile alle disposizioni che non avvenivano a causa di morte⁹¹⁶: di talché, il legittimario, in casi siffatti, rimaneva del tutto sfornito di tutela.

Ecco che allora intervenne la cancelleria imperiale severiana, a sanare una lacuna e a correggere un'asperità del sistema, cui successivamente slancio e vigore venne dato dagli imperatori dell'epoca successiva.

In queste pagine, a margine della trattazione sulla *querela inofficiosi testamenti*, si darà conto della nascita e dello sviluppo della cd. *querela inofficiosae donationis*⁹¹⁷: nomenclatura, peraltro, non corrispondente a quella delle fonti, ove essa mai compare con questa dicitura, ma elaborata dalla dottrina romanistica sulla base di vari riferimenti che le fonti stesse contengono⁹¹⁸.

Metodologicamente, il lavoro si snoderà lungo l'analisi dei passi traditi relativi a questo strumento giudiziale, cercando già nel corso dell'esposizione di

⁹¹⁶ Arg. ex Modest. 3 resp. D. 5.2.11: *Etiamsi querella inofficiosi testamenti optinuerit, non ideo tamen donationes, quas vivus ei perfecisse proponitur, infirmari neque in dotem datorum partem vindicari posse respondit.*

⁹¹⁷ Sull'argomento v. C.F. MÜHLENBRUCH, in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. it., XXVIII.2, Milano, 1901, 345 ss.; B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, III, cit., 270 ss.; G. DONATUTI, *L'origine della 'querella inofficiosae donationis'*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, III, Palermo, 1936, 427 ss.; H. KRÜGER, *Die unmässige Schenkung*, in *ZSS*, LX, 1940, 83 ss.; G.G. ARCHI, *'Conditio liberationis' e 'restitutio in integrum' nella donazione*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 744 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, II, cit., 1233 ss., da cui si cita); A. STEINWENTER, *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie II*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1953, 172 ss.; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, 247 ss.; P. SIMONIUS, *Die 'Donatio mortis causa' im klassische römischen Recht*, Basel, 1958, 58 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, 594 ss.; P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 727 ss.; G. WESENER, voce *'Querela'*, cit., col. 865-66; G. CERVENCA, voce *'Querella inofficiosae donationis'*, in *NNDI*, XIV, Torino, 1967, 668 ss.; F. SAMPER, *La disposición 'mortis causa' en el derecho romano vulgar*, in *AHDE*, XXXVIII, 1968, 87 ss.; ID., *'Pars debita'*, cit., 74 ss.; G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 77 ss.; O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Some Remarks concerning the Legal Consequences of the 'querela inofficiosae donationis'*, in *RIDA*, XXVI, 1979, 399 ss.; A. POLAČEK, *La forma come conseguenza delle volontà nel diritto romano*, in *Labeo*, XXVIII, 1982, 180 ss.; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 15 ss.; L. MENGONI, *Successioni*, cit., 13 ss.

⁹¹⁸ Il nome attribuito convenzionalmente all'azione è il frutto della 'fusione' del termine *querela*, che compare in C. 3.29.6-8-9 e del sintagma *de inofficiosis donationibus*, che campeggia nella rubrica di C. 3.29 e di C.Th. 2.20. Cfr. G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 79; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 16.

enucleare i principi desumibili dai testi, per poi cercare di metterle tutte a partito nelle brevi considerazioni conclusive.

Va, peraltro, fin d'ora sottolineato che la trattazione sconterà – se si vuole – una certa difficoltà, legata al fatto che le testimonianze relative a quest'azione sono esigue, di carattere puramente 'normativo' e non filtrate – salvo il primissimo intervento, studiato da Paolo, e a noi noto poiché salvato dalle commissioni tribonianee – dalla riflessione prudenziale: il che rende la comprensione dell'operare dello strumento a volte lacunosa.

Un ultimo paragrafo sarà dedicato alla disamina della cd. *querela inofficiosae dotis*: di tale rimedio non residuano che due minute attestazioni, ma una riflessione su di esso permetterà di comprendere come l'esigenza di tutelare la posizione del legittimario si fosse fatta, nel periodo postclassico, impellente.

2. Il rescritto di Alessandro Severo e il responso paolino.

Quando si parla di *querela inofficiosae donationis* si ha riguardo a quel «rimedio introdotto nella tarda età classica ad opera di costituzioni imperiali, diretto alla revoca delle donazioni compiute in vita dal *de cuius*, che abbiano intaccata la *portio debita* dovuta all'erede»⁹¹⁹.

Tradizionalmente⁹²⁰ si fa rimontare la nascita dell'azione contro le donazioni immodiche a un'*epistula*⁹²¹ dell'imperatore Alessandro Severo⁹²², risalente quindi all'epilogo dell'età severiana⁹²³.

Convieni considerare subito il testo:

Paul. 14 resp. D. 31.87.3: *Imperator Alexander Augustus Claudiano Iuliano praefecto urbi. «si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querellae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari»*⁹²⁴.

⁹¹⁹ Così G. CERVENCA, voce '*Querella inofficiosae donationis*', cit., 669.

⁹²⁰ V. G. CERVENCA, voce '*Querella inofficiosae donationis*', cit., 669.

⁹²¹ V. F. ARCARIA, '*Referre ad principem*'. *Contributo allo studio della 'epistulae' imperiali in età classica*, Milano, 2000, 270 s.

⁹²² Non d'accordo G. DONATUTI, *L'origine*, cit., 427, per il quale il rescritto di Alessandro Severo segna soltanto l'inizio del processo che porterà poi alla *q.i.don*.

⁹²³ Forse alla sua elaborazione ha contribuito Paolo, che all'epoca era ancora in attività: del resto, è da un libro paolino che i commissari di Giustiniano hanno estrapolato la costituzione in esame, ed è proprio Paolo l'unico giurista che abbia condotto una disamina del rescritto, servendosi per la risoluzione di un diverso caso. V. G. LUCHETTI - A.L. DE PRETIS - F. MATTIOLI - I. PONTORIERO, '*Iulius Paulus. Ad Edictum Libri I-III*', Roma, 2018, 6.

⁹²⁴ La porzione *pro dimidia parte* è stata sospettata: cfr. *Index interpolationum*, I, cit., 258.

Il principe è stato interpellato dal *praefectus Urbi* Claudio Giuliano⁹²⁵ che chiede come deve comportarsi rispetto ad un caso in cui un'ascendente (*avia*), allo scopo di impedire al discendente-nipote (legittimario) di interporre l'azione di impugnativa del testamento per inofficioritas, aveva istituito costui per una quota sufficiente⁹²⁶, ma in realtà aveva completamente spogliato il proprio patrimonio in vita con donazioni fatte all'altro nipote. La richiesta del funzionario⁹²⁷ attinge, dunque, il problema della tutela da accordare all'erede necessario, vista la inoperatività della *querela* di inofficioritas: ad animare il prefetto zelante vi è quindi l'aspirazione all'individuazione di un rimedio in grado di attrarre alla disciplina della successione necessaria delle liberalità ad essa estranee, ma in grado di paralizzare le aspettative ereditarie del legittimario.

La risposta dell'imperatore fa propria questa aspirazione, appellandosi alla *ratio*⁹²⁸ del rimedio di inofficioritas⁹²⁹: se è vero che di per sé le donazioni integrate dall'ascendente sono valide ed efficaci e se è quindi vero che le pretese del legittimario sono (giustamente) frustrate, nondimeno è corrispondente alla ragione fondante del sistema della legittima il principio per cui il legittimario deve ottenere (almeno) la *portio debita*: e se la sagacia della testatrice ha trovato il modo di

⁹²⁵ Interpellato, secondo A. POLAČEK, *La forma*, cit., 180 con la *querela inofficioris testamenti*: scrive lo studioso che «dal testo del rescritto risulta che la *querela inofficioris testamenti* (non *inofficioris donationis*) fu portata al tribunale del *praefectus urbi* e che questi consultò l'imperatore ... se ci fosse stato un regolamento legale generale relativo a siffatti casi, il *praefectus urbi* non avrebbe giudicato necessario rivolgersi all'imperatore. Anche la risposta è sintomatica. L'imperatore non disse: "Ordino che il caso sia regolato così ...", ma egli stesso si riferì alla *ratio*»: ma è tesi priva di appigli nella fonte e comunque secondo me da scartare per il semplice fatto che si dice espressamente che volontà della testatrice era quella di impedire al nipote di agire *de inofficioris*, fatto che mi porta a ritenere che ella abbia preso l'accorgimento di istituire il legittimario nella *portio debita* (sul solo relicto), scongiurando quindi l'ammissibilità stessa della *querela inofficioris testamenti*. Segnalo però che la tesi di Polaček è seguita anche da F. ARCARIA, *'Refferre ad principem'*, cit., 271 ed anche in F. ARCARIA, *'Septemvitalia iudicia'*, cit., 97, nt. 163.

⁹²⁶ Ma v. G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 82, che ritiene non asseribile con certezza che il legittimario leso sia stato beneficiato con una quota almeno pari alla legittima, per poi concludere, comunque, che «la questione è di poco conto, poiché, quand'anche ottenesse in seguito al vittorioso esperimento della *q.i.t.* la metà dell'asse, il valore di quanto ottenuto sarebbe praticamente nullo, o comunque di gran lunga inferiore alla quarta di riserva riferita al patrimonio iniziale prima delle donazioni: la *q.i.t.* di per sé sola dunque non gli gioverebbe, ed è questo il risultato cui ha appunto mirato l'ava».

⁹²⁷ Sarebbe missiva priva di efficacia processuale per A. PALAZZOLO, *Potere*, cit., 235. La riflessione dell'autore si pone in controtendenza rispetto alle osservazioni di E. RENIER, *Étude*, cit., 324, che da questa epistola ritiene di poter ricavare una competenza del *praefectus urbi* in tema di inofficioritas vuoi del testamento vuoi delle donazioni.

⁹²⁸ Che A. POLAČEK, *La forma*, cit., 181 traduce con «buon senso» o «senso comune».

⁹²⁹ L'espressione *ratio deposcit* «traduit l'analogie de la situation qui doit être sanctionnée avec celle prévue par la *q.i.t.*» per J.-P. CORIAT, *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial a la fin du principat*, Paris, 1997, 547.

eludere questo principio ricorrendo a un negozio *inter vivos*, allora quest'ultimo – in omaggio a ragioni di giustizia sostanziale – deve cadere.

La liberalità – scrive la cancelleria imperiale – deve essere revocata per la metà: ossia probabilmente per il valore *pro quota* corrispondente alla *quota ab intestato* dell'istante.

Va sottolineato che la donazione è revocata – stando a quanto si legge – non in misura corrispondente a quanto serve per completare la quota di legittima del soggetto leso dal testamento, ma nella misura pari alla sua quota intestata: questo perché con tutta probabilità la cancelleria si è uniformata ai principi vigenti in tema di *querela inofficiosi testamenti*⁹³⁰, ove la *portio debita* non rappresenta affatto la misura del diritto del legittimario, bensì l'esplicazione quantitativa dell'onere che il testatore deve rispettare onde porre al riparo il suo atto di ultima volontà dall'impugnazione⁹³¹.

La regola estrapolata da questo rescritto di Alessandro Severo dovette suscitare notevole scalpore e dovette godere di una certa diffusione⁹³², tanto è vero che esso è esplicitamente richiamato come precedente⁹³³ da Paolo, in un passo dei

⁹³⁰ Scrive G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 83 che «Alessandro Severo nel disciplinare il nuovo istituto si ispira alla *q.i.t.* anche nel risultato ultimo: questa ultima tende a far pervenire o a reintegrare al legittimario non la quota di riserva, equivalente al quarto della sua quota *ab intestato*, attraverso l'annullamento del testamento, bensì la quota *ab intestato* intera; altrettanto l'azione di riduzione delle donazioni ... tende a reintegrare il legittimario nell'intera quota sul donato, che avrebbe ottenuto *ab intestato* se il donato fosse rimasto parte dell'asse ereditario».

⁹³¹ Il che va anche coordinato, secondo G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 85, con la circostanza che vi è una differenza sostanziale tra *q.i.t.* e *q.i.d.*: mentre infatti la prima comporta, in caso di esito vittorioso (e, aggiungo io, se esperita nelle forme della *cognitio extra ordinem*), la delazione dei beni oggetto della clausola testamentaria impugnata in base alla norme sulla successione legittima, la seconda non ha un apparato di norme che si applica in caso di revoca delle donazioni inofficiose: di talché, si aprirebbe il problema di come ripartire poi i cespiti aggrediti tra i legittimari, in assenza di una regola simile a quella vigente per la *q.i.t.* e, ancora una volta mi verrebbe da aggiungere, in presenza della regola per cui non è ammessa in diritto romano la coesistenza di delazione legittima e di delazione testamentaria. Da qui arguisce – a parer mio correttamente – che la *q.i.dn.* doveva necessariamente avere anche una natura petitoria: invero «la destinazione dei beni donati e revocati è regolata dalle regole stesse che presiedono alla *q.i.dn.*: ad esse il legittimario deve fare ricorso per ottenere la quota virile delle donazioni inofficiose». Conclude quindi che «la *q.i.dn.* doveva sfociare oltre che nella rescissione della donazione inofficiosa, anche nell'attribuzione del tutto a tutti i legittimari, o quanto meno della quota virile al legittimario attore».

⁹³² Il rescritto, sebbene redatto per risolvere un caso pratico, «acquistò ben presto portata e valore generale», in quanto «provvedimento proveniente dalla volontà imperiale». Così S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur*, cit., 121, nt. 400. Insiste molto sulla natura di 'parere' dell'imperatore A. POLAČEK, *La forma*, cit., 181 che sottolinea che «si trattò di un rescritto singolare, di un mero parere dell'imperatore su un caso concreto. Questa qualità dell'atto imperiale esclude logicamente che il rescritto or ora menzionato potesse valere come una norma legale generale che sancisse la revoca di qualunque donazione che potesse essere dichiarata inofficiosa».

⁹³³ E un mero precedente doveva essere secondo G. DONATUTI, *L'origine*, cit., 428 poiché Alessandro Severo si sarebbe limitato a dare il parere per il caso concreto sottopostogli: il che

suoi *libri responsorum*, ove il giurista si perita di applicare il principio di nuovo conio (definito dalla Zoz de Biasio un «principio generale»⁹³⁴) a un caso, in verità, diverso rispetto a quello presentato all'imperatore severiano: come vedremo, tuttavia, anche nel responso paolino le ragioni di giustizia sostanziale sopravanzano l'applicazione delle norme di diritto.

Il caso è il seguente:

Paul. 14 resp. D. 31.87.4: *Lucius Titius cum haberet quinque liberos, universos emancipavit et in unum filium Gaium Seium amplissimas facultates donationibus contulit et modicum sibi residuum servavit et universos liberos cum uxore scripsit heredes: in eodem testamento duas possessiones, quas retinuerat, eidem Gaio Seio praelegavit et ab eo petit, ut ex redditibus praediorum, quae vivus ei donaverat, Maeviae filiae tot aureos daret, item alteri fratri alios tot: conventus a Maevia sorore sua legem Falcidiam implorat. quaero, cum sanctissimus imperator, ut supra scriptum est, contra voluntatem donantis ea quae donata sunt revocari praeceperit, an Gaius Seius compellendus sit secundum voluntatem patris ex donationibus fideicommissum praestare heredi sororis. Paulus respondit post litteras imperatoris nostri dubitari non oportere, quin in hac quoque specie, de qua quaeritur, subveniendum sit liberis, quorum portio in unum filium donationibus collatis imminuta est, praesertim cum imperator noster contra voluntatem patris subvenerit, in proposita autem causa etiam voluntas patris pro his qui fideicommissum petunt intercedit. sed si Falcidia lex intercedat, fideicommissa in solidum esse praestanda propter immodicarum donationum rationem*⁹³⁵.

Lucio Tizio, padre di cinque figli tutti emancipati, conferisce notevoli ricchezze a uno di essi, Gaio Seio, mediante donazioni compiute in vita: all'atto di redigere il testamento, istituisce eredi i figli e la moglie, onorando peraltro Gaio Seio di un prelegato avente ad oggetto due fondi (i quali, verosimilmente, rappresentano i beni di maggior valore ancora presenti nell'asse ereditario dopo le liberalità).

Tuttavia, grava il figlio preferito di un fedecommesso, imponendogli di versare all'altra sua figlia Mevia e a uno dei restanti fratelli una determinata somma

«esclude logicamente che il rescritto suddetto potesse valere come una norma che permetteva in generale la revoca di qualunque donazione inofficiorum».

⁹³⁴ V. G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 79.

⁹³⁵ Sul testo v. ampiamente D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa' im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011, 81 ss.

di denaro, da prelevarsi dalle rendite provenienti dai beni oggetto delle donazioni a lui effettuate negli anni precedenti.

Gaio Seio non adempie e, tratto a giudizio da Mevia⁹³⁶, si difende asserendo che il fedecommesso deve essere ridotto in ragione dell'operare della *lex Falcidia* (*rectius*: del *senatusconsultum Pegasianum*).

Il punto da dirimere riguarda la legittimità dell'eccezione sollevata dal convenuto: eccezione che di per sé è ammissibile, ma che deve essere valutata alla luce della regola posta dal rescritto di Alessandro Severo citato in apertura, secondo cui le donazioni immodiche lesive delle pretese del legittimario devono essere revocate.

La risposta del giurista risente dell'impostazione 'sostanzialistica' dell'arresto severiano: ciò che va tutelato è il diritto del legittimario a succedere in una quota non inferiore alla legittima e, quindi, compito del diritto è quello – a prescindere dalle strette norme giuridiche – di venire in aiuto dei figli, di *subvenire liberis*.

Questo è, sentenzia Paolo, il principio che anima la decisione di Alessandro Severo, per come esso è desumibile dalle *litterae* da lui vergate: per inciso, a noi è noto il solo rescritto conservato nel precedente § del frammento 31.87, per cui è probabile che qui vi sia un difetto di coordinazione⁹³⁷: è quindi possibile che la cancelleria di Alessandro Severo abbia in più occasioni ribadito la regola della revocabilità delle donazioni immodiche e lesive, salvo poi i tribonianeî conservarci solo uno di essi, probabilmente il primo.

Atteso dunque che la regola di giudizio è informata allo scopo di garantire comunque al legittimario la quota che gli spetta, Paolo si esprime nel senso di ritenere che Gaio Seio debba adempiere il fedecommesso, con buona pace dell'applicazione della legge Falcidia: in caso contrario, infatti, le donazioni avrebbero dovuto essere poste nel nulla in omaggio alla regola disposta dall'imperatore. Ciò tuttavia non occorre alla luce della disposizione introdotta dal testatore, in funzione ri-equilibratrice delle quote: all'evidenza, il *quantum* lasciato a Mevia, unito al *quantum* assicurato dal fedecommesso, valeva a integrare la *portio debita* a lei spettante⁹³⁸.

Il testo non chiarisce se il valore del fedecommesso, oltre che evadere il limite della *quarta Falcidia*, sorpassasse anche il valore della quota di legittima spettante a Gaio Seio sul *relictum*: il che avrebbe potuto porre dei problemi di

⁹³⁶ E solo da Mevia, non dagli altri legittimari: donde l'implicita affermazione della 'rinunciabilità' dell'azione di inofficioritas delle donazioni. V. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 87.

⁹³⁷ Per le manipolazioni apportate al testo (che comunque, a mio modo di vedere, integrerebbero una mera interpolazione formale) v. A. POLAČEK, *La forma*, cit., 182.

⁹³⁸ Il che le impediva sia di agire con la *q.i.t.* che con la *q.i.don.*: cfr. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 89.

coordinamento con la disciplina della riserva in favore del preferito. Per quanto ritenga che nel caso concreto un dubbio di tal fatta non si ponesse, poiché probabilmente il convenuto avrebbe sollevato anche questa eccezione, nondimeno mi sembra che colga nel segno la *Zoz de Biasio* allorché evidenzia che «sarebbe ... valido il fedecommesso a carico dell'erede (o altro beneficiario *mortis causa*) gravante sulle precedenti donazioni a lui già elargite, sebbene potesse superare per valore l'acquisto ereditario vero e proprio o intaccare, come nel caso, la stessa legittima: tutto questo quando le donazioni medesime altrimenti diverrebbero inofficiose»⁹³⁹.

Queste veloci notazioni provano la nascita di un principio nuovo, connesso con la tensione dell'ordinamento a difendere le pretese dei legittimari anche a fronte di atti posti in essere dai testatori 'in frode'⁹⁴⁰ delle loro aspettative: principio che funge da guida nella decisione, da regola di giudizio, da criterio ispiratore della soluzione giuridica, ma che non sembra ancora attualizzato in uno strumento giudiziale autonomo⁹⁴¹.

La strada verso la sua delineazione passa attraverso l'opera degli imperatori successivi, i quali purtuttavia non pongono qualcosa di veramente innovativo, ma semplicemente esplicitano delle caratteristiche *in nuce* già contenute nella regola posta da Alessandro Severo⁹⁴²: caratteristiche peraltro mutate dalla *querela inofficiorum testamenti*, da cui l'azione di impugnativa delle donazioni è gemmata.

3. Caratteristiche della *cd. 'querela inofficiorum donationis'*.

Quanto detto in chiusura del precedente paragrafo riecheggia in una costituzione di Costanzo emanata nel 361 d.C.: essa è l'ultima, in termini temporali, delle testimonianze di cui disponiamo in tema di *querela inofficiorum donationis*, ma al tempo stesso – per il rinvio espresso che essa contiene alla disciplina in tema di azione d'inofficiorum testamentaria – merita di essere presa subito in considerazione:

⁹³⁹ V. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 88.

⁹⁴⁰ Cfr. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 82 ss.

⁹⁴¹ Cfr. A. POLAČEK, *La forma*, cit., 182.

⁹⁴² Cfr. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 79, per la quale tutte le costituzioni imperiali successive a quella confluita in D. 31.84.3 hanno un carattere «ricognitivo di un sistema sostanziale già da tempo vigente». Forse, però, la posizione della studiosa è troppo rigorosa: ai miei occhi la regola estrapolabile dall'arresto risalente ad Alessandro Severo testimonia la tensione dell'ordinamento giuridico (qui rappresentato dal *princeps*) verso un certo risultato: risultato cui in qualche modo si deve giungere. Essa è quindi il primo step, cui altri seguiranno, ancorché pur sempre sviluppano caratteristiche implicite.

Imp. Constantius A. Olybrio C. 3.29.9: Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querella ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus. <a. 361 D. XIII k. Iun. Tauro et Florentio cons. >

L'azione di gravame contro le donazioni immodiche⁹⁴³ disposte in vita è strutturata *ad similitudinem* di quella di impugnazione del testamento, di cui condivide tempi e modalità.

Ne consegue che anch'essa si prescrive in cinque anni: ma qui – come a noi moderni è ben noto – sorge il problema relativo al momento da cui far decorrere il termine. Non solo e non tanto per comprendere se esso debba essere computato da quando l'erede scritto (e *in thesi* anche donatario) ha accettato l'eredità ovvero da quando si è aperta la successione (circostanze che, in tema di *q.i.t.*, sono state risolte solo con Giustiniano⁹⁴⁴), ma soprattutto per capire se sul termine medesimo ha una qualche incidenza la data di perfezionamento della donazione.

In altri termini, atteso che la pretesa del legittimario non può che sorgere con il decesso del testatore, può essere aggredita con l'azione di inofficiorità delle donazioni anche una liberalità posta in essere dall'ereditando molto prima della sua morte? La risposta è probabilmente positiva, perché in caso contrario avremmo testimonianza di un simile problema.

Quanto, invece, alle modalità, essa concernerà gli aspetti introduttivi dell'azione, in particolare le sue formalità: ma anche – a mio modo di vedere – tutti gli aspetti connessi con la valutazione della reale 'inofficiorità della donazione'.

Ciò che emerge solo marginalmente dalle fonti è che, comunque, una prognosi circa la ingiustificatezza della decisione del *de cuius* di sottrarre alle pretese successive del legittimario una parte dei suoi beni deve essere operata dall'organo giudicante⁹⁴⁵: invero, se il querelante adisce il tribunale del funzionario

⁹⁴³ Non è dato escerpibile dalle fonti quello relativo alla modalità di riduzione/revoca/rescissione delle donazioni dal punto di vista cronologico. Si prospettano, infatti, due possibilità: o si riducono tutte le donazioni, poiché tutte, nel loro insieme, hanno contribuito alla lesione di legittima; oppure si riduce a partire dalle ultime, perché sono state queste che hanno superato la soglia della 'disponibile' per dirla in termini moderni. Per P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 728 il problema è insolubile. Più sicuro S. PULIATTI, *'De cuius hereditate agitur'*, cit., 121, nt. 403 secondo cui «l'annullamento (o la riduzione) si operava non proporzionalmente, ma partendo dall'ultimo atto di liberalità e risalendo ai precedenti fino ad integrazione della 'legittima'». Io credo invece che, stante la revoca totale delle donazioni a seguito dell'esperimento della *q.i.don.* e loro riattraazione all'asse (ricostruzione a mio parere più fedele alle fonti), non si desse un problema del tipo di quello sopra illustrato: le liberalità venivano tutte revocate, perché tutte contribuivano a formare il patrimonio da dividere tra gli eredi (ivi compresi i legittimari).

⁹⁴⁴ Cfr. *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 3.28.36.2*, anno 531.

⁹⁴⁵ Così anche M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 93.

imperiale dolendosi che l'ereditando ha fatto fuoriuscire dall'asse, durante la sua vita, una notevole quantità di cespiti, è tenuto a dimostrare che questo egli ha fatto violando un *officium pietatis* nei suoi confronti⁹⁴⁶.

Se tale prova non riuscirà a fornire, perderà la causa e le donazioni aggredite rimarranno intatte.

Sebbene ciò non sia esplicitamente confermato in alcuna delle testimonianze a noi pervenute, non vedo ragione per escludere che, almeno su eccezione del convenuto, si dovesse dar luogo a un giudizio sull'inofficiosità: come visto, la *querela inofficiosae donationis* è ricalcata in tutto e per tutto sull'azione di impugnativa del testamento, la quale ha sempre previsto, per la sua fondatezza nel merito, che il querelante avesse tenuto nei confronti del defunto un comportamento rispettoso.

L'analogia con l'azione di gravame testamentario emerge anche ove si considera che la *q.i.don.* è paralizzata se, in qualunque maniera, sia stata lasciata al legittimario la *quarta pars* della quota *ab intestato*: calcolata, però, sul valore del patrimonio, comprensivo – per cedere alla terminologia dogmatica moderna – del *relictum* e del *donatum*⁹⁴⁷.

Un tanto emerge da una costituzione diocleziana del 286⁹⁴⁸, un rescritto inviato a una tal Demetrianà:

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Demetrianae C. 3.29.6: Cum donationibus in fratrem tuum collatis facultates patris tui exhaustas esse eundemque patrem vestrum ea quae superfuerant codicillis inter vos divisisse proponas, si voluntatem eius non agnovisti nec beneficio aetatis adversus haec iuvari poteris nec tantum dos a patre data et fideicommissum continent, quantum ad submovendam querellam sufficiat, de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti praeses provinciae iurisdictionis suae partes exhibebit. <a. 286 pp. VI k. Mai. cons. ut supra.>

⁹⁴⁶ Così mi pare anche B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, III, cit., 272 s.

⁹⁴⁷ Dico questo perché più mi convince l'idea che il momento in cui dovesse essere valutata l'immodicità della donazione fosse quello dell'apertura della successione, così come era per la *querela inofficiosi testamenti*. Tuttavia, si è sostenuto, con autorevolezza, il contrario: per B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, III, cit., 271 s. «nel risolvere la questione, se colla disposizione a titolo di liberalità la quota legittima sia stata o no lesa, è in prima linea da por mente alla consistenza del patrimonio all'epoca della elargizione, per modo che questa non è inofficiosa se lascia intatta la quota di legittima del patrimonio esistente a quest'epoca, e neppure diventa inofficiosa, se il patrimonio lasciato soffre posteriormente di una diminuzione».

⁹⁴⁸ Ma anche da *Imp. Philippus A. Nicanori et Papinianae C. 3.29.1: Si, ut adlegatis, mater vestra ad deludendam inofficiosi querellam paene universas facultates suas, dum ageret in rebus humanis, factis donationibus sive in quosdam liberos sive in extraneos exhaustit ac postea vos ex duabus unciis fecit heredes easque legatis et fideicommissis exinanire gestivit, non iniuria iuxta formam super inofficioso testamento constitutorum subveniri vobis utpote quartam partem non habentibus desideratis. <a. 245 pp. XIII k. Sept. Philippo A. et Titiano cons.>*

Il padre della supplicante ha, in vita, esaurito pressoché interamente il proprio patrimonio mediante donazioni fatte in favore del fratello dell'istante (probabilmente emancipato); ciò che residuava è stato poi diviso tra ambo i figli tramite codicilli (e quindi probabilmente con fedecommessi disposti *ab intestato*).

Ebbene, Demetrianà, richiamandosi alle costituzioni emanate dagli imperatori in tema di impugnazione delle donazioni immodiche, si rivolge al *princeps* per sapere se anch'ella potrà avvalersi del rimedio: la cancelleria risponde che potrà impugnare le donazioni rivolte al fratello solo se non avrà accettato la volontà del defunto e se non abbia già ricevuto a titolo di dote ovvero di fedecommesso un quantitativo di beni sufficiente a integrare quella stessa *portio debita* atta a escludere la *querela* testamentaria.

Dal passo non emerge, è vero, che la base di calcolo della porzione non può limitarsi al solo *relictum*: vero è però che, se non fosse stato da prendere in considerazione anche il *donatum*, nessun caso si sarebbe posto, poiché, a quanto risulta, la divisione del *residuum* tra i figli è stata fatta in parti uguali, di talché sui beni dell'asse essi si soddisfano paritariamente.

Invece, ciò che mi pare cogliersi – tra le righe – è il principio per cui tutti gli atti di disposizione 'a titolo gratuito' effettuati dal genitore in vita devono essere ricompresi: così è per le donazioni, così è per la dote elargita alla figlia, la quale va dalla medesima imputata alla sua quota di legittima che, se esaurita con quella disposizione, non ammette Demetrianà ad attaccare le liberalità rivolte al fratello⁹⁴⁹.

Ciò detto, il testo in esame è prezioso perché prova altresì che la *q.i.don.* è rinunciabile, anche implicitamente, attraverso l'accettazione del *iudicium defuncti*: caratteristica che, come noto, appartiene anche alla *querela inofficiosi testamenti*.

L'azione contro le donazioni immodiche è altresì sussidiaria, come emerge da un altro rescritto di Diocleziano e Massimiano:

*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Calpurniae Aristaenetae C. 3.29.4:
Si filius tuus immoderatae liberalitatis effusione patrimonium suum
exhausit, praesidis provinciae auxilio uteris, qui discussa fide veri, si in
integrum restitutionem ex filii persona competere tibi ob improbabilem
donationis enormitatem animadverterit, in removendis his quae perperam
gesta sunt tibi subveniet. ideoque non est tibi necessarium adversus*

⁹⁴⁹ Tale idea è peraltro condivisa da M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 108, secondo cui «l'onere del computo si risolve in uno svantaggio per la legittimari, perché, a seconda del risultato potrebbe venire impedita nell'esperimento della *q.i.dn.* Va però tenuto conto come qui la riserva sia riferita al patrimonio originario, comprensivo delle donazioni inofficiose, dal che è consequenziale imputare nella riserva stessa del legittimario le liberalità a sua volta da lui ricevute *inter vivos*».

immodicas donationes auxilium ad instar inofficiosi testamenti. <a. 286 pp. IIII id. Feb. Mediolani Maximo II et Aquilino cons.>⁹⁵⁰

La supplicante Calpurnia è erede del figlio, il quale tuttavia ha disposto in vita del suo patrimonio tramite donazioni. Di questa fattispecie è investito il *praeses provinciae*.

Quest'ultimo, evidentemente durante un'istruzione e un'indagine sommaria, si avvede tuttavia che la madre del defunto può avvalersi di una *restitutio in integrum ob improbabilem donationis enormitatem*: di talché, non le è possibile agire con l'azione di inofficioritas avverso le liberalità.

Ora, l'intelligenza del passo non è semplice, specie per il riferimento a un tipo di *restitutio* altrimenti sconosciuta: conviene allora seguire la Zoz de Biasio che ipotizza che «il caso [sottoposto al *praeses provinciae* e poi alla cancelleria diocleziana] fosse più complesso e che nella specie abbiano giocato altri fattori, come violenza, dolo, età; e che la cancelleria imperiale abbia tralasciato di menzionare tali particolari per dare invece risalto al punto essenziale della decisione»⁹⁵¹.

Facile è che il figlio, seppur *sui iuris*, fosse minore, magari minore di 25 anni, con conseguente applicazione della disciplina germogliata dalla *lex Laetoria*: tra i rimedi concessi a sua tutela vi era propria la cd. *restitutio in integrum*⁹⁵², che – in epoca tardorepubblicana e classica – era promessa dal pretore nell'editto, *causa cognita*, e indipendentemente dal fatto che il soggetto che avesse stipulato con il minore (qui il donatario) avesse abusato della inesperienza della sua controparte, e quindi senza che per l'attivazione del rimedio fosse necessaria la *circumscriptio*: peraltro, «tale *restitutio in integrum* era concessa sempre, quando il minore non era stato assistito dal proprio curatore, ma l'assistenza di quest'ultimo non era di per sé sufficiente ad escluderla»⁹⁵³.

⁹⁵⁰ Costituzione peraltro conservata, con talune modifiche, in Vat. Frag. 282: *Quoniam non contenta rescripto, quod ad primas preces acceperas, iterato supplicare voluisti, ex iure rescriptum reportabis. Communes res in solidum donari nequeunt, sed portiones eorum qui donant ad eos qui dono accipiunt transitum faciunt. Nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes, si ex voluntate donantium possessionem in quibus donatum est nanciscantur, validas esse. Restat ut, si filius tuus inmoderate liberalitatis effusione patrimonium suum exhausit, iuxta legum placita praesidis provinciae auxilio utaris, qui discussa fide veri, si integri restitutionem ex filii persona competere tibi ob improbabilem donationis enormitatem animadverterit, in removendis his quae perperam gesta sunt tibi subveniet.* <P. IIII id. Feb. Mediolani Maximo et Aquilino cons.>. Sul testo v. E. VOLTERRA, *Il problema del testo*, cit., 1035 s.

⁹⁵¹ V. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 106.

⁹⁵² Convinto che si tratti di un *restitutio in integrum propter aetatem* è anche A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 20. V. inoltre G.G. ARCHI, *'Condictio liberationis'*, cit., 1238.

⁹⁵³ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 173.

Il rimedio della restituzione testè citato è peraltro trasmissibile agli eredi, come espressamente dice Ulpiano in un lacerto estrapolato dal suo tredicesimo libro di commento all'editto pretorio⁹⁵⁴: e ciò allora calzerebbe perfettamente con il tenore del passo diocleziano.

L'utilizzabilità di un simile strumento aggressivo, in quanto mirante sostanzialmente allo stesso risultato economico, ossia alla riappropriazione dei beni usciti *donandi causa*, impedisce alla madre di instaurare una causa di inofficiorità delle donazioni⁹⁵⁵: circostanza che forse, stante l'onere probatorio gravante sulla medesima e avente a oggetto la dimostrazione di aver tenuto un comportamento pietativo verso il figlio, non dovè essere di certo sfavorevole.

L'azione contro le donazioni immodiche lesive della *portio debita* è peraltro esperibile anche quando la successione si sia aperta *intestata*: è quanto ricaviamo da

*Impp. Valerianus et Gallienus AA. Aeliano C. 3.29.3: Precibus quidem tuis proposita rescripta eos parentes denotant, qui, cum testamento facto vivi patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquissent. sed ad intestatos quoque eadem ratio aequitatis extenditur. <a. 257 pp. X k. Nov. ipsis IIII et III AA. consss.>*⁹⁵⁶

⁹⁵⁴ Cfr. Ulp. 13 *ad ed. D. 4.1.6: Non solum minoris, verum eorum quoque, qui rei publicae causa afuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt, et ita saepissime est constitutum. sive igitur heres sit sive is cui hereditas restituta est sive filii familias militis successor, in integrum restitui poterit. proinde et si minor in servitutum redigatur vel ancilla fiat, dominis eorum dabitur non ultra tempus statutum in integrum restitutio. sed et si forte hic minor erat captus in hereditate quam adierit, Iulianus libro septimo decimo digestorum scribit abstinendi facultatem dominum posse habere non solum aetatis beneficio, verum et si aetas non patrocinetur: quia non apiscendae hereditatis gratia legum beneficio usi sunt, sed vindictae gratia.*

⁹⁵⁵ Inoltre neppure si potrebbe sostenere che questo passo ammetta l'esistenza di una *restitutio in integrum* concessa per il caso di donazione immodica, quale ulteriore mezzo di tutela del legittimario: già G.G. ARCHI, '*Conditio liberationis*', cit., 1239 aveva rilevato che «di una *r.i.i.* del donatario come tale, e quindi da applicarsi in maniera vasta fuori dagli estremi presentati in concreto dal nostro testo, neanche una parola».

⁹⁵⁶ Per un'approfondita disamina del testo, unitamente alla relativa clausola dei Basilici (Bas. 41.4.4: *Pater quidam filios habens unum eorum emancipaverat, eique totum fere patrimonium donaverat, vel etiam extraneo cuidam, totum fere patrimonium donaverat, et intestatus decesserat. Quaerebatur igitur, an liberi querelam immodicarum donationum instituere possent. Praecedentes enim constitutiones, quas liberi precibus etiam inseruerant, ponunt, patrem fecisse testamentum, et nudum nomen ex testamento liberis reliquisse. Sic igitur ait constitutio: Precibus inserta rescripta eas patres denotant, qui, cum testamento facto vivi patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen hereditatis liberis suis reliquerunt. Sed ad eos quoque, qui ab intestato decedunt, eadem aequitatis ratio extendit*, nella traduzione curata da Heimbach) rinvio, vista la completezza, a M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 99 ss. Dallo studio condotto dall'autrice, si evince che la costituzione è stata ampiamente ritagliata dai compilatori e doveva riguardare anche un problema di collazione dei beni appartenenti al patrimonio di uno dei figli emancipati, beneficiario della donazione.

Un tanto è stato disposto da Valeriano e Gallieno nel 257, allargando analogicamente l'originario principio – limitato, fino ad allora, alle sole successioni regolate in via testamentaria – anche ai casi in cui la delazione avrebbe seguito le norme di legge o quelle compendiate nell'editto pretorio: la costituzione parla infatti di estensione della *ratio aequitatis*⁹⁵⁷ anche a un caso non compreso.

Dico non compreso perché a mio parere la costituzione in esame ha carattere innovativo: in altri termini prima del 257 la *querela inofficiosae donationis* non era concessa se non in caso di successione testamentaria, proprio perché essa – come più volte detto – risentiva dell'influenza della *querela inofficiosi testamenti*, a doppio filo collegata con la presenza di un testamento⁹⁵⁸.

Questa ricostruzione, già fatta propria dal Donatuti⁹⁵⁹ e dal Cervenca⁹⁶⁰, è rigettata dalla Zoz de Biasio che non riesce a scorgere in essa alcuna innovazione, escludendo quindi «che prima di allora, a chi succedeva *ab intestato*, sarebbe stata legittimamente negata la *q.i.dn.*: diversamente con troppa facilità si sarebbe ovviato alla *q.i.t.* e alla *q.i.dn.* insieme, donando l'intero patrimonio, e lasciando poi alla legge che spartisse, tra gli eredi legittimari, il niente che restava»⁹⁶¹: tuttavia, così argomentando, si dovrebbe giungere alla conclusione che, allora, anche in periodo classico sarebbe stata necessaria la presenza di un rimedio siffatto, ma così non era. Forse l'affermazione dell'autrice prova troppo, con la conseguenza che sembra più vicino alla realtà la posizione assunta dal Donatuti e dal Cervenca.

Come si è più volte detto, l'esperimento della *querela inofficiosae donationis* portava alla revoca delle liberalità immodiche: se all'inizio ciò avveniva *in toto*, ossia la revoca della donazione era totale e il legittimario querelante acquistava il bene nella sua integralità se il donatario era un estraneo, ovvero una quota virile, se invece il donatario era anch'egli un legittimario, così forse non fu nel prosieguo.

⁹⁵⁷ Il riferimento è all'*aequitas* imperiale e non all'*aequitas praetoria*: così G. CERVENCA, voce '*Querella inofficiosae donationis*', cit., 669, nt. 7, che si muove sulle orme di U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali. I. L'aspetto innovativo-interpretativo*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, IV, Milano, 1956, 489 ss. Allusione all'*aequitas* si rinviene, in tema di *querela inofficiosae donationis*, pure in *Imp. Valerianus et Gallienus AA. Aetiae C. 3.29.2: Pater si omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit, aut in potestate is permansit, et arbitri familiae erciscundae officio congruit, ut tibi quartam debitae ab intestato portionis praestet incolumem, aut emancipatus fuerit, et, quia donatio non indiget alieno adminiculo, sed suis viribus nititur, iuxta constitutiones is qui provinciam regit ad similitudinem inofficiosi querellae auxilium tibi aequitatis impertiet.* <a. 256 pp. VI k. Aug. Maximo II et Glabrione cons.>. Su quest'ultimo testo v. P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 729 s.

⁹⁵⁸ V. L. MENGONI, *Successioni*, cit., 13.

⁹⁵⁹ G. DONATUTI, *L'origine*, cit., 429.

⁹⁶⁰ G. CERVENCA, voce '*Querella inofficiosae donationis*', cit., 669.

⁹⁶¹ V. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 104.

Già Pasquale Voci aveva rilevato che «accertato che la lesione della *portio debita* esiste, la donazione viene revocata: non per intero, ma quanto basti per la ricostituzione della *quarta*»⁹⁶²: ma poi puntualizza che «la norma sembra sicura per il tempo di Diocleziano»⁹⁶³, citando a suffragio le costituzioni n. 5, 7 e 8 del libro 3.29; l'autore è seguito, per quanto è dato comprendere, anche dal Sanguinetti, il quale crede sia «più attendibile la ricostruzione secondo la quale ... la revoca operasse solo nei limiti necessari a procurare all'erede necessario la quota *quae sufficit ad excludendam inofficiosi testamenti querellam*»⁹⁶⁴.

La posizione succitata è fortemente respinta dalla Zoz de Biasio, per la quale invece la portata rescindente dell'azione sarebbe sempre stata totale⁹⁶⁵; una posizione mediana è abbracciata invece dal Cervenca secondo cui «inizialmente ... la donazione veniva revocata per intero, sicché le cose donate ricadevano integralmente nell'asse ereditario ed erano conferite agli eredi; sembra tuttavia che già con Diocleziano la donazione venisse soltanto *diminuita*, nei limiti necessari affinché il titolare della *portio debita* potesse conseguire la *quarta* spettantegli»⁹⁶⁶.

A ben vedere, dunque, il contrasto interpretativo si registra solo per il tempo di Diocleziano: prima, infatti, anche lo stesso Voci sembra ammettere, seppur implicitamente, che la revoca fosse totale, secondo peraltro un'esegesi del rescritto di Alessandro Severo accolta anche in questa sede.

Orbene, il primo passo da fare per (tentare di) risolvere il dubbio è considerare le testimonianze: comincerei dalle *leges* 7 e 8 del libro 3.29, lasciando per ultima la l. 5.

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Ammiano C. 3.29.7: Si mater tua ita patrimonium suum profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis exhausit, ut quartae partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querellam adversus te sufficeret, in his donationibus quas tibi largita est non habeas, quod immoderate gestum est revocabitur. <a. 286 pp. V id. Mai. Maximo II et Aquilino cons.>

Una madre esaurisce tutto il suo patrimonio con donazioni fatte a uno dei due figli; anche l'altro è onorato con delle liberalità, ma di valore inferiore, al punto che – anche imputandole alla propria quota – il secondo figlio non gode della *portio*

⁹⁶² V. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 728.

⁹⁶³ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 728, nt. 10.

⁹⁶⁴ Cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 27.

⁹⁶⁵ Cfr. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 91 ss.

⁹⁶⁶ G. CERVENCA, voce '*Querella inofficiosae donationis*', cit., 669 s.

*debita*⁹⁶⁷ al momento dell'apertura della successione (che, grazie alla lettura del passo 'gemello' contenuto in Vat. Frag. 280⁹⁶⁸, più ampio e non ritagliato dai compilatori⁹⁶⁹, apprendiamo essere una successione che si apre *ab intestato*): stando così le cose, le donazioni operate verso il preferito saranno revocate.

⁹⁶⁷ Peraltro qui inusualmente indicata non come la quarta parte della metà (ossia $\frac{1}{4}$ di $\frac{1}{2}$ che è la quota *ab intestato*, con quantificazione della legittima a $\frac{1}{8}$) bensì come la metà della quarta parte ($\frac{1}{2}$ di $\frac{1}{4}$, cioè comunque $\frac{1}{8}$): il calcolo non cambia, ma la dizione è strana. Sul punto si è soffermata O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Some Remarks*, cit., 410 la quale ipotizza, sullo scorta del Samper, che qui vi sia stato un errore dettato dalla confusione tra la *quarta Falcidia* e la *portio debita*. Più diffusamente A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 25 s. che sottolinea che «l'ammontare di essa [cioè della *portio debita*] non venne calcolato in un quarto della quota *ab intestato* del ricorrente, come sarebbe avvenuto in caso di *querela inofficiosi testamenti*, ma scorporando preventivamente da tutto quanto il patrimonio un quarto (*quarta*), sul quale si sarebbe poi calcolata la quota spettante ad ognuno dei figli; e poiché in questo caso i figli erano due, tale porzione corrispondeva alla metà della *quarta: dimidiae quartae partis*». Se dunque il calcolo finale è identico, ben diverso è il procedimento utilizzato: ciò fa congetturare allo studioso che a partire dall'epoca diocleziana «cominciò a farsi strada l'idea di riservare una quota di tutto quanto il patrimonio ereditario, e precisamente un quarto, ai soggetti successibili *ab intestato*; l'innovazione notevole consisterebbe dunque nel fatto che la riserva sarebbe stata costituita tenendo conto di una intera categoria di congiunti del *de cuius*, mentre in precedenza si era semplicemente posto il problema di tutelare il singolo parente che si fosse attivato impugnando le donazioni immodiche». Ma l'idea di una riserva calcolata in quota fissa è estranea all'ambito della successione necessaria almeno fino a Nov. 18 del 536; inoltre, cosa sarebbe accaduto in caso di successione testamentaria? A quest'ultima obiezione l'autore pare controbattere sostenendo che stante il fatto che in presenza di successione *ex testamento* non era possibile *ante mortem* predisporre una riserva, «allora si prese come parametro quella porzione di patrimonio ereditario che escludeva dalla possibilità di *agere de inofficioso testamento* ... Infatti l'esperienza vittoriosa della *querela inofficiosae donationis* non intaccava in alcun modo il testamento, ma ripristinava l'asse ereditario. Era perciò normale che detta azione procurasse a chi agiva quanto bastava ad impedirgli di agire in seguito *de inofficioso testamento*». La spiegazione non è completamente soddisfacente: rimane comunque il fatto che di quote fisse di patrimonio non si parla in tema di inofficiosità fino al 536 d.C.; inoltre, per come dirò meglio più avanti, proprio la circostanza che i beni donati, a seguito dell'impugnazione, era come si tornassero nell'asse ereditario, non potevano che scontare una loro divisione secondo le quote desumibili dalla regola di disciplinamento del singolo fenomeno successorio: o quote legittime o quote testamentarie. La previsione della *quarta* opera allo stesso modo sia nella *querela inofficiosae donationis* sia nella *querela inofficiosi testamenti*: cioè come mero limite di proponibilità dell'azione.

⁹⁶⁸ Che così recita: *In dubium non venit adversus enormes donationes, quae tantummodo in quosdam liberos, vacuefactis facultatibus reliquorum pernicie, conferuntur, iam dudum divorum principum statutis esse provisum. Si igitur mater tua ita patrimonium suum, profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis, exhaustit, ut quartae partis dimidiam, quam ad excludendum inofficiosi querellam adversum testamentum sufficere constat, his donatis datisque haud relictam tibi habeas, praeses provinciae, quod immoderate gestum est, revocabit. Sane aeris alieni solutionem, si ab intestato cum fratre tuo matri heres exstitisti, renovare non potest.* <D. Nicomediae V non. Mart. Augustis III et II cons.>. Dubbi sull'utilizzo del lemma *renovare* che compare sull'ultima riga del rescritto: si è soffermata sul problema O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Some Remarks*, cit., 408. L'autrice, sulla scorta del Mommsen che aveva rilevato come uno dei cinque manoscritti da cui traiamo i *Vaticana Fragmenta* porta la dicitura *revocare* anziché *renovare*, propone di emendare il passo sostituendo il lemma con *revocare* poiché «the combination "*renovare solutionem*" doesn't seem to make sense».

⁹⁶⁹ Su cui v. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 23.

Come si nota, ai nostri fini il testo non depone né per una revoca solo parziale (volta alla mera reintegra della *quarta pars*) né per una revoca totale: ci si limita a dire che le liberalità saranno revocate.

Una certa lettura del passo, tuttavia, sembra far propendere per la seconda delle illustrate alternative: essa passa per la valorizzazione dell'ultima frase di Vat. Frag. 280⁹⁷⁰, che è merito della Zoz de Biasio aver messo in luce. Per la studiosa, quest'ultime parole – omesse nella ri-edizione giustiniana della costituzione perché probabilmente apparse superflue agli occhi dei commissari di Triboniano – nascondono un dato di fatto trascurato dai compilatori, ma rappresentato alla cancelleria diocleziana. Vat. Frag. 280 ci ragguaglia (oltre che sulla circostanza che la madre muore senza aver redatto testamento) sul fatto che non era concesso all'autorità giurisdizionale modificare le regole generali in tema di ripartizione dei debiti ereditari. «Affermazione apparentemente banale»⁹⁷¹, chiosa inizialmente l'autrice: ma in realtà importante, perché ci permette di ipotizzare quella che dovè essere la difesa del convenuto-donatario. Atteso che il querelante aveva ottenuto meno della *quarta* anche a causa dei molteplici debiti che affliggevano il *relictum* (venendo meno i quali, continua la Zoz de Biasio, l'ammontare di beni lasciati vuoi a titolo donativo vuoi a titolo ereditario al secondo figlio sarebbero stati sufficienti a integrare la *portio debita*), il donatario proponeva di assumere su di sé tutti i debiti, in modo da mantenere intatte le donazioni a lui fatte.

La risposta della cancelleria sarebbe stata negativa, proprio perché – come si legge in Vat. Frag. 280 – le regole in tema di allocazione dei debiti ereditari non possono essere modificate dal giudice: «una volta che il donante, non importa se morto testato o intestato, non abbia provveduto con valida disposizione a garantire al legittimario il valore della quota di riserva, commisurata al patrimonio originario, le eventuali donazioni restano attaccabili con la *q.i.dn.*: non è possibile al donatario evitarla offrendo di reintegrare la quota di riserva, accollandosi l'intero passivo»⁹⁷².

Se questa è l'interpretazione corretta, è probabile allora che le donazioni siano state revocate non per la misura sufficiente a reintegrare la legittima del secondo figlio (evento che, con tutta probabilità, non avrebbe condotto il preferito a proporre un suo accollo di tutti i debiti) ma, almeno, per la metà, ossia per il valore proporzionale al titolo acquisitivo che egli vanta: la *quota ab intestato* pari a ½.

Si passi ora a considerare il testo della l. 8:

⁹⁷⁰ I *Vaticana Fragmenta* sono stati oggetto di approfondito studio da parte di M. DE FILIPPI, 'Fragmenta Vaticana'. *Storia di un testo*, Bari, 1997, 13 ss.; con specifico riferimento alla parte sulle donazioni v. p. 45 s. I frammenti sono riuniti sotto le due rubriche *Quando donator intellegatur revocasse voluntatem* e *Ad legem Cinciam de donationibus* (le costituzioni in tema di *querela inofficiosae donationis* sono state inserite in quest'ultima rubrica).

⁹⁷¹ V. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 110.

⁹⁷² V. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 111.

*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Auxanoni C. 3.29.8 pr.: Si liqueat matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, cum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querellae ratio deponat, quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminuetur. <a. 294 pp. III id. Sept. CC. cons.>*⁹⁷³

Una madre dona i suoi averi ad uno dei figli, lasciando l'altro sostanzialmente privo di risorse: in tal caso, quest'ultimo potrà agire con l'azione contro le donazioni immodiche *ad instar inofficiosi testamenti* ma, soprattutto, *pro ratione quartae*⁹⁷⁴.

Quest'ultima specificazione sembra lasciar indurre che la domanda di revoca sia stata articolata fin dall'inizio con un *petitum* limitato: il figlio non preferito avrebbe agito (*rectius*: avrebbe potuto agire) solo entro il limite necessario a integrare la *portio debita* e quindi non ci sarebbe stata alcuna revoca totale della liberalità.

Il tenore letterale del brano, tuttavia, andrebbe contestualizzato secondo la Zoz de Biasio⁹⁷⁵, perché a) il *pro ratione quartae* non rappresenterebbe il *petitum* ma la *causa petendi*; b) questo sarebbe l'unico frammento che deporrebbe per la revoca parziale, mentre nello stesso anno 294⁹⁷⁶ la cancelleria imperiale avrebbe confermato, in altro caso, la revocabilità totale⁹⁷⁷; c) per il periodo successivo vi sarebbe attestazione di una rescindibilità totale⁹⁷⁸ delle donazioni.

⁹⁷³ Per completezza di riporta anche il § 1 del frammento: *Nam quod uxor a marito in se matrimonii tempore donationis causa collatum emancipato filio communi consentiente domino donavit, velut ex bonis patris, de cuius substantia prohibente matrimonio non potuit exire, datum accipi rationis est: in cuius bonis si idem consilium et eventus comprehendatur, lex, quam patrimonio matris ediximus, observabitur.*

⁹⁷⁴ Perlatro sintagma corrotto: cfr. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 28; O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Some Remarks*, cit., 412 che ritiene, con Krüger, che il *pro ratione quartae* sia frutto di un'aggiunta dei compilatori.

⁹⁷⁵ Cfr. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 115 s.

⁹⁷⁶ Cfr. Vat. Frag. 270: *Hermogenianus titulo de donationibus. Divi Diocletianus et Constantius Caeciliae Anagrianae. Si donationibus in unam filiam collatis quarta non retenta patrimonium exhaustum in fraudem ceterorum filiorum probetur, has rescindi ad instar inofficiosi testamenti sacris constitutionibus parentum nostrorum evidenter continentur. Matre quoque filiae res venum dante nihil ei auferri posse non ambigitur. <Subscr. V kal. Mai Sirni Caesaribus cons.>*

⁹⁷⁷ V. anche Vat. Frag. 271: *Praeses provinciae amicus noster notionem suam inperitiet, non ignorans pro sua auctoritate atque experientia, si docebitur inmoderatis donationibus non retenta quarta ad excludendam inofficiosi querellam nepotis ex filio nati patrimonium suum avum exhausisse, plerisque constitutionibus huiusmodi commentis ad exemplum inofficiosi querellae esse occursum. <P. Mogontiaci XI kal. Iul. Maximo et Aquilino cons.>*

⁹⁷⁸ C.Th. 2.19.4: *Cum scribit moriens, ut arbitrato boni viri, si quid minus filiis sit relictum, quam modus quartae, quae per successionem bonis tantum liberis debetur, efflagitat, id ipsum ab*

Infine si consideri la l. 5:

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Cottabeo C. 3.29.5: Si totas facultates tuas per donationes vacuefecisti, quas in emancipatos filios contulisti, id, quod ad submovendas inofficiosi testamenti querellas non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes, qui postea ex quocumque legitimo matrimonio nati sunt, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur. <a. 286 D. II k. Mart. Maximo II et Aquilino cons.>

Con ripetute donazioni, rivolte a beneficio dei figli emancipati, un genitore, di nome Cottabeo, ha di fatto azzerato il patrimonio: cosicché il figlio sopravvenuto⁹⁷⁹ non avrà di che soddisfare la propria quota di legittima dopo il decesso del padre. In un caso siffatto, la cancelleria diocleziana, interpellata dallo stesso Cottabeo-donante, ammette che le donazioni anteatte vengano revocate nella misura necessaria a integrare la riserva del figlio acquisito successivamente al perfezionamento degli atti di disposizione.

Il rescritto in esame, che è assolutamente icastico nell'escludere una revoca totale, riguarda però un caso diverso rispetto alla mera disposizione di donazioni inofficiose⁹⁸⁰: esso, come visto, coinvolge una fattispecie di sopravvenienza di figli ed è rimedio noto solo grazie a questa costituzione, e forse per errore posto sotto il titolo 29 del libro II del *Codex repetitae praelectionis*⁹⁸¹: si versa quindi in ipotesi di *ius singulare*⁹⁸².

Invero il rimedio è concesso al padre (ancora in vita) per caducare parzialmente le donazioni fatte ai figli emancipati, onde consentire che quel valore

herede eisdem in pecunia compleatur, manifestum est, nullam iam prorsus nec super testamento, nec super donationibus querelam remanere, praesertim cum universam eadem repellat et reprimat, quae ad pecuniam redigit, iusta taxatio. <Dat. XIV. kal. Iun. Tauro et Florentio cons.> e C.Th. 2.20.1: Illud omnino dubitare non convenit, quod immodicarum donationum omnis querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit inducta, et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda, vel idem et temporibus et moribus. <Dat. XIV. kal. Iun. Tauro et Florentio cons.>, poi confluite in Imp. Constantius A. Olybrio C. 3.29.9.

⁹⁷⁹ Evidentemente Cottabeo si era risposato: così O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Some Remarks*, cit., 404.

⁹⁸⁰ Tanto è vero che probabilmente il rimedio concesso dagli imperatori non fu la *querela inofficiosae donationis*, «poiché le donazioni non erano inofficiose nei suoi confronti [cioè nei confronti di Cottabeo], ma verso i figli (o nipoti) sopravvenuti; e d'altra parte le altre fonti rimaste in materia di *querela inofficiosae donationis* non attestano in alcun caso la legittimazione attiva del donante», come scrive A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 19.

⁹⁸¹ Cfr. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 131.

⁹⁸² V. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 21. A conforto anche uno scolio di Taleo a Bas. 41.4.5: *ius singulare est huius constitutionis, sive contra iuris regulas* e di Caloyri Ducis pur sempre alla stessa clausola: *novum ius introduxit constitutio, quia liberi omnino damnus passuri erant, nullum auxilium habentes*.

ritorni nel proprio patrimonio: vi è dunque come esito la riattraazione reale di (parte di) quei beni usciti per liberalità, cosicché poi sul *relictum* che un giorno ci sarà il sopravvenuto possa lucrare (almeno) la *portio debita*.

È quindi dubbio che il rescritto in esame possa essere utilmente considerato per comprendere il funzionamento della *querela inofficiosae donationis*⁹⁸³, a cui forse ontologicamente non appartiene⁹⁸⁴.

Alla luce di quanto esposto, e tenendo presente che – a mio parere, sulla scorta di quanto scrive la Zoz de Biasio – quest'ultima costituzione non si riferisce *tout court* alla *q.i.don.*, propendo per l'idea che la revoca delle donazioni, in seguito all'esperimento dell'azione di gravame, avvenisse per l'intero: poi sui beni che ne costituivano l'oggetto – riattratti all'asse ereditario almeno come valore – si soddisfacevano i legittimari⁹⁸⁵, avendo come parametro quantitativo di riferimento le quote di successione: e quindi, in caso di successione *ab intestato*, la quota di lucro sulla liberalità sarà stata pari alla quota legittima, mentre in caso di vocazione testamentaria la base di calcolo sarà stata determinata dalla quota indicata dal testatore nelle *tabulae*. Ciò consente pure di risolvere il dubbio circa il titolo acquisitivo di quei beni, problema, questo, acutamente sollevato dalla Zoz de

⁹⁸³ V. G.G. ARCHI, '*Condictio liberationis*', cit., 1239 s. che acutamente osserva come «un dato, che accresce ... la singolarità del testo, è che nel medesimo non viene bene specificata la natura del mezzo processuale accordato al donante: non vi è richiamo alla *ratio*, alla *aequitas*, o comunque a un intervento benevolo del magistrato giustificato magari da precedenti decisioni imperiali. Manca cioè il pur minimo accenno a uno di quei caratteri propri in generale ai rescritti pervenutici in tema di *donatio inofficiosa*». Il che non fa che deporre per l'alterità del rimedio rispetto alla *querela inofficiosae donationis*.

⁹⁸⁴ È stato anche sostenuto da O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Some Remarks*, cit., 405 che forse Cottabeo aveva tentato di persuadere i figli donatari prospettando loro l'ipotesi che il figlio sopravvenuto avrebbe potuto un giorno agire con l'azione di inofficioritas delle donazioni: così avrebbe tolto loro un valore ben maggiore di quello che i medesimi avrebbero potuto ritornare subito al donante, e pari alla *portio debita* del sopravvenuto. Scrive l'autrice che «if the children born subsequently were to bring the *qid*. Against the emancipated children after the death of the *donor*, the result would be that the latter would lose their gifts to the extent that all children who were eligible for a share of the inheritance would then receive their intestate portion. If, on the other hand, the emancipated sons, of their own free will, returned enough to permit the children born subsequently to receive one quarter of their intestate portion, their *portio debita*, then the latter would not be able to use the *qid*.». Per una critica v. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 20 ss.

⁹⁸⁵ Circa la ricostruzione del meccanismo processuale, mi sembra convincente quanto scrive P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 729 allorché ipotizza che «se, per descrivere il regime processuale della *qid.*, si potessero applicare i concetti e i termini del procedimento formulare, si dovrebbe dire che la rescissione della donazione si ottiene con una *restitutio in integrum*, cui segue una *rei vindicatio utilis*; ma si è nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, e tutto avviene per ordine di un funzionario che, riconosciuti gli estremi dell'inofficioritas, ordina al donatario di restituire la cosa donata all'erede necessario».

Biasio⁹⁸⁶: il titolo di acquisto non può che essere la istituzione d'erede, vuoi *ex lege* vuoi *ex testamento*⁹⁸⁷.

La ricostruzione opposta, a mente della quale da Diocleziano in poi la rescissione delle liberalità sarebbe avvenuta solo nei limiti della reintegrazione della quarta, si scontra a parere mio anche con una considerazione di carattere generale, forse non debitamente messa in luce della dottrina che finora si è occupata del tema: se è vero che la *q.i.don.* mutua le sue caratteristiche della *q.i.t.*, preme sottolineare che il diritto del legittimario leso da una disposizione testamentaria non è mai commisurato alla *portio debita*, ma alla *quota ab intestato*⁹⁸⁸. La limitazione della pretesa del legittimario al valore della quota di legittima si avrà solo con Giustiniano e con l'introduzione dell'*actio ad supplendam legitimam*, che avverrà però solo nel VI sec⁹⁸⁹.

Se ammettessimo che, in caso di impugnazione delle donazioni, il querelante si vedesse soddisfatto solo entro il valore della *portio legitima*, si dovrebbe ammettere di conseguenza un risultato della *q.i.don.* ben diverso e ancora lungi dall'arrivare (cronologicamente) per la *q.i.t.*: ciò in contrasto con la provata subalternità dell'azione avverso le donazioni immodiche rispetto a quella contro i testamenti inofficiosi.

⁹⁸⁶ Cfr. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 85.

⁹⁸⁷ Il che potrebbe porre il dubbio di cosa succeda se il legittimario è stato diseredato: in tal caso non godrebbe di alcun titolo (e non potrebbe neppure intentare la *querela inofficiosae donationis*, se volessimo seguire M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 122 a mente della quale «sembrerebbe ... che la *q.i.dn.* possa essere esperita soltanto dai legittimari che abbiano acquistato la qualità di erede, o comunque siano succeduti *mortis causa*» argomentando *ex Impp. Valerianus et Gallienus AA. Aeliano C. 3.29.3*: se è comprensibile la necessità di godere dello *status* di erede, meno mi convince la sufficienza del solo titolo 'particolare', o meglio non mi è chiaro per quale ragione lo *status* [ad es.] di legatario avesse un peso maggiore in termini di legittimazione) e quindi dovrebbe prioritariamente agire con la *q.i.t.* Peraltro, qualora l'erede scritto convenuto fosse anche il donatario ben avrebbe potuto l'attore agire con entrambi i mezzi: all'epoca di maturazione della *q.i.don.* l'unico processo concretamente utilizzato è quello *extra ordinem*, la cui flessibilità è notevole).

⁹⁸⁸ Qui si appunta il ragionamento contrario di A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 27: l'autore reputa che «il discorso, su questo punto, è sensibilmente diverso rispetto alla *querela inofficiosi testamenti*, perché in quest'ultima azione la *pars debita* non poteva avere altra funzione che quella di limite di proponibilità e non poteva corrispondere alla quota spettante all'attore: infatti effetto della *querela inofficiosi testamenti* era la invalidazione, totale o parziale, del testamento, con conseguente apertura della successione legittima, in base alle regole della quale erano quindi fissate le quote dei singoli partecipanti. La diversa efficacia delle due azioni andrebbe dunque spiegata, a mio avviso, con riferimento alla circostanza che mentre quella contro il testamento inofficioso portava comunque a un mutamento del tipo di delazione, quella contro le donazioni immodiche operava solamente la revoca di atti che non solo erano *inter vivos*, ma pure a titolo particolare». Potrebbe però sostenersi che una simile differenza tra le due azioni, stante il vincolo di subordinazione (anche concettuale) e il rinvio che in tema di *q.i.don.* si opera alla disciplina della *q.i.t.*, debba essere provata, perché in caso contrario non potrà che ritenersi una uguaglianza di funzionamento della *portio debita* nell'una e nell'altra.

⁹⁸⁹ Con *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.30.1*, anno 528.

Né si può passare sotto silenzio il fatto che è solo con la Nov. 92 che al legittimario pare essere accordata un'azione volta a ottenere la reintegrazione della legittima lesa da donazioni immodiche: di questo mi occuperò nel prossimo paragrafo, ma qui basti rilevare che il tenore della Novella sembra lasciar presumere che il mezzo ivi accordato fosse innovativo, con la conseguenza che *a contrario* deve supporre che in precedenza la regola fosse la rescissione/revoca nei limiti non della *portio debita*, bensì della quota di successione (*ex lege* o *ex testamento*, a seconda dei casi).

Rimangono a questo punto fuori ancora alcune questioni, che è opportuno adesso porsi.

La prima attiene al novero dei legittimati attivi allo strumento: i testi fanno menzione sono di discendenti e ascendenti. Ma non vi è motivo per escludere tutti coloro che sarebbero legittimati attivi alla *querela inofficioris testamenti*, e quindi (almeno) anche i collaterali di secondo grado⁹⁹⁰. I plurimi riferimenti alla *similitudo* tra la *q.i.t.* e la *q.i.d.* e il 'rinvio' operato da *Imp. Constantius A. Olybrio C. 3.29.9*⁹⁹¹ alla normativa in tema di azione testamentaria depongono in tal senso.

La seconda concerne la necessità o meno che il donante sia mosso – all'atto di disporre *donandi causa* – dallo scopo di privare il legittimario della quota, salvaguardando al contempo il testamento dall'impugnazione con la *q.i.t.* Se è vero che siffatto contegno soggettivo – un vero e proprio 'dolo specifico' – ritorna in alcuni brani, esso non è presente in tutti: segno che probabilmente non dovè essere considerato elemento costitutivo della fattispecie⁹⁹². Del resto, mi sembra che il

⁹⁹⁰ Così anche B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, III, cit., 271.

⁹⁹¹ Il testo di *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Heredi C. 8.56.3 (Nec fratris sui mortis causa recte factam donationem sorori rescindere licet. <a. 293 s. III k. Ian. Sirmi AA. cons. >)*, rescritto attribuito a Diocleziano e Massimiano è stato addotto come prova del fatto che i fratelli/sorelle non sarebbero legittimati attivi alla *q.i.don.* (così SIMONIUS, *'Donatio mortis causa'*, cit., 58 ss.): la sua interpretazione, però, è tutt'altro che agevole. Premesso il fatto che ivi gli imperatori fanno riferimento a una *donatio mortis causa* e non *inter vivos* – fattispecie invece cui tutti gli altri brani relativi all'azione in commento si riferiscono – , si può dare al passo un triplice significato: a) le donazioni effettuate dal fratello a un terzo non sono rescindibili/revocabili dalla sorella del disponente (tesi, come visto, sostenuta dal Simonius); b) le donazioni fatte dalla sorella, in previsione del decesso del fratello, non possono essere revocate dalla sorella medesima; c) le liberalità del fratello alla sorella non sono revocabili dal donante. Nessuna delle tre possibili ipotesi ermeneutiche sembra più meritevole di accoglimento rispetto alle altre. Per S. DI PAOLA, *'Donatio mortis causa'*, Napoli, 1969, 49, nt. 25, in relazione a questo testo, «è bene tenere presente che, sin dal Cuiacio, è stato osservato come esso possa anche interpretarsi nel senso che la sorella non possa impugnare (a mezzo della *querella inofficioris donationis*, introdotta sin dalla prima metà del III sec.) la *d.m.c.* del fratello *recte facta*: il che non lo escludiamo, anche se lo riteniamo poco probabile». V. anche M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 130.

⁹⁹² Così anche per M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 117 s., che sottolinea (a p. 125) come il riferimento all'intento fraudolento dei defunti «serv[a] soltanto a spiegare i motivi che hanno indotto il legislatore, cioè per primo Alessandro Severo, a colpire le donazioni oggettivamente inofficioris: in altri termini lo spunto che può avere convinto il legislatore a intervenire è stato dato dalla sentita necessità di reprimere le donazioni ideate a scopo fraudolento e quindi particolarmente

rimedio fosse volto a tutelare il diritto successorio del legittimario, non a sanzionare – in via diretta – un comportamento del donante-*de cuius*: lo stato psicologico di quest'ultimo poteva anche non influire sulla concessione dello strumento.

4. La Novella 92.

Dopo il 361 non abbiamo più testimonianze di provvedimenti imperiali in tema di *querela inofficiosae donationis*, sino a Giustiniano.

Ancora una volta, come già esaminato in tema di *q.i.t.*, la legislazione giustiniana delle Novelle ha contribuito ad un'evoluzione della disciplina: ma, ancora una volta, l'innovazione è avvenuta 'a rime obbligate', ricalcando lo sviluppo che aveva investito la *querela inofficiosi testamenti*.

Si è visto infatti che Giustiniano introdusse, accanto alla *q.i.t.*, l'*actio ad implendam legitimam*⁹⁹³: mentre la prima era esercitabile dal legittimario che non fosse stato beneficiato di alcun lascito e mirava a garantirgli un valore pari alla quota legittima, la seconda entrava in funzione allorché il testatore avesse conferito all'erede necessario un certo ammontare di beni inferiore alla *portio debita* e permetteva al legittimario di lucrare solo la differenza tra quanto ricevuto e il valore della quota di legittima.

Ebbene, questo doppio binario rimediabile sembra emergere anche con riferimento alla *querela inofficiosae donationis* nella Novella 92⁹⁹⁴, emanata nel 539.

odiose». V. anche P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 728 e B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, III, cit., 272 s.

⁹⁹³ V. *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 3.28.30*. Cfr. capitolo precedente.

⁹⁹⁴ Il cui testo, comprensivo di *praefatio*, recita: <Praefatio> *Dudum de Falcidia et illius parte decrevimus, augentes eam non ignobili incremento. Quod enim nimis inaequale est, non valde placet nobis, sed oportere quidem praeponi filios quos pater voluerit, non tamen in tantum imminuere alios, ut inportabilis eis sit diminutio. CAPUT I: Posita igitur a nobis lege in sua virtute manente illud volumus, ut si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habeat in distributione hereditatis tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea honoravit, faceret. Sic enim nihil ulterius in donationibus querebuntur, habentes quidem in omni substantia patris quod legitimum est, in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris antequam donationibus exauriretur; non valentibus filiis qui donationibus honorati sunt dicere contentos quidem esse immensis his donationibus, videri autem abstinere paterna hereditate, sed neque cogendis quidem, si contenti sunt donationibus, suscipere hereditatem, necessitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus quod hinc differt secundum quam scripsimus mensuram, ut non minus illi habeant quod ex legibus eis debetur propter factam in donationibus immensitatem: dum liceat patri mediocriter sapienti circa omnem prolem etiam his qui ab eo potius diliguntur donare aliquid amplius, et non ceteros filios per immensitatem in illos factam laedere et nostram transcendere intentionem. Et hoc quidem nostra ab initio cogitatio est, differentes autem illud dudum et humanarum experti animarum, quoniam videbamus eos in huiusmodi passionibus*

Nel proemio della legge l'imperatore da un canto si richiama alla modifiche apportate alla *quarta Falcidia* (ma il riferimento è da intendersi alla *portio legitima* e dunque il rinvio è da operarsi alla Nov. 18, che aveva introdotto il sistema della quota fissa – di riserva – al posto di quella mobile) e dall'altro alla facoltà per un genitore di gratificare con lasciti maggiori un figlio rispetto a un altro, purché ciò non trasmodasse nell'esito di privare quest'ultimo della sua quota di legittima: quota che, stante il testè menzionato rinvio, non è più quella della quarta parte della quota *ab intestato*, ma quella maggiorata di Nov. 18.

Ciò detto, l'imperatore si premura di precisare che il calcolo della *portio debita* deve essere operato avendo a riferimento il patrimonio del disponente prima delle donazioni: a tale denominatore va applicato un nominatore costituito dalla quota virile della quota di riserva di Nov. 18.

Da qui la comprensione del passo si fa difficile: la cancelleria passa a considerare il caso di un figlio che abbia ricevuto qualcosa (si discorre invero di 'aumento della quantità', con ciò alludendo alla circostanza che un lascito o testamentario o donativo vi sia stato), ma meno del fratello, onorato con 'immense donazioni' in suo favore effettuate dal padre: in un caso così, in cui un'attribuzione al figlio non preferito c'è stata, ma non sufficiente per 'riempire' la quota di legittima, costui potrà ottenere l'aumento della quota dal fratello, nei limiti di ciò che gli spetta *ex lege* sul patrimonio paterno (calcolato su *relictum* più *donatum*).

Il meccanismo ha tratti di inequivocabile somiglianza con l'*actio ad implendam legitimam*: se così è, è facile cedere al fascino di una razionalissima ricostruzione che vuole rinvenire un'analogia perfetta con il regime della *q.i.t.*; di talché, il ragionamento si concluderebbe con l'asserzione che in assenza di alcun lascito in favore del figlio (non preferito), costui (oltre che agire con la *q.i.t.*) potrà agire con la *querela inofficiosae donationis*, per riattrarre all'asse i beni usciti *donandi causa*: e ciò non nel limite della legittima, bensì in questo caso nella misura della quota *ab intestato*, ottenuta a seguito del vittorioso esperimento della *q.i.t.*

Sebbene io sia convinto di tale esito, il quale – oltre che razionale – sarebbe uniforme all'operare della *q.i.t.* (da cui il nostro rimedio deriva), non è immediatamente desumibile dalla fonte: piccole conferme – ha notato la Zoz de

labefactari atque descendere, propterea nunc augmentum illi legi hoc facimus. 1. Haec itaque dicimus de filiis gratis existentibus eis, non de ingratibus et quibus pater iustam et legitimam ingratitudinem infert. Nam si hoc ita se habere apparuerit et approbentur ingratitudinis causae, sint ea quae lege de ingratibus posita sunt rata, nihil hac nostra legislatione minuenda. <Epilogus> Quae igitur placuerunt nobis et per hanc sacram nostram declarata sunt legem, tua celsitudo operi effectuique tradere festinet. Dat. VI. idus Octob. <CP imp. dn. Iustiniani pp. A. anno XIII. Apione v.c. cons.>

Biasio⁹⁹⁵ – derivano tuttavia da due *scholia*: il primo a Bas. 41.4.3⁹⁹⁶ e il secondo a Bas. 41.4.6⁹⁹⁷. Ma non sono, però, prove decisive. Va da sé tuttavia che se il provvedimento normativo è conforme ai principi posti nella *praefatio*, allora la tesi esposta riceve un avallo: nella parte iniziale della Novella, infatti, Giustiniano dichiara che intende tutelare la *portio legitima* dei legittimari (da poco aumentata di valore: v. Nov. 18), ma anche garantire un margine di spazio al testatore, che correttamente può lasciare ad uno dei discendenti più che agli altri.

Ecco che allora con l'introduzione di un'azione di supplemento sul modello della cd. *actio ad implendam legitimam* avrebbe raggiunto entrambi i risultati.

Non mi convince pienamente, invece, la posizione del Sanguinetti relativa ad una presunta 'riduzione collettiva' della donazione: scrive lo studioso che «in Nov. 92,1 πρ. è detto chiaramente che la donazione doveva essere ridotta in modo tale che ogni figlio ricevesse intatta la propria quota ... Dopo Nov. 92, dunque, anche il ricorso di uno solo faceva salve le ragioni di tutti»⁹⁹⁸. A mio parere la liberalità era invece ridotta sempre nei limiti della pretesa dell'attore: solo l'ammontare della sua pretesa (il *petitum*) era calcolato 'collettivamente', cioè applicando le nuove regole disposte con la Nov. 18.

Quanto all'applicazione 'sogettiva' della novella, il testo fa menzione solo di donazioni effettuate dal padre ai figli: se non vi può essere dubbio sul fatto che, pur nell'assenza di riferimenti alla madre, anche nel caso fosse stata costei a disporre *donandi causa* la liberalità sarebbe stata ridotta⁹⁹⁹, qualche incertezza può sorgere negli altri casi. Il tenore dell'arresto normativo non pare legittimare ulteriori ampliamenti¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁵ M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 162 s.

⁹⁹⁶ *Quae a patre uni ex filiis donata sunt, si quidem in potestate sit, confirmantur in iudicio familiae erciscundae, et reliquis liberis pro virili portione quarta servatur. Lege const. 4 tit. 36 huius libri 3 et const. 25 tit. 16 lib. 5. Si vero sui iuris sit, donatio quidem statim consistit, quarta autem reliquis liberis datur per querelam inofficiosae donationis. Nota autem, praesentem constitutionem proponere, unum tantum filium totum patris patrimonium donatione accepisse. Lege enim const. 5 huius tituli, et Nov. 92* (Heimbach). Per la Zoz de Biasio (p. 162 s.) «il giurista bizantino avvicina l'ipotesi di sopravvenienza di figli di cui a C. 3.29.5 con quella di Nov. 92, essendo in entrambi i casi le azioni dirette alla reintegra della legittima; e contrappone queste ipotesi alla fattispecie regolata da C. 3.29.2, dove l'azione prevista è la *q.i.dn.*, evidenziando come qui le donazioni ad un figlio a danno dell'altro avessero coinvolto l'intero patrimonio. Ne arguiamo che, sempre secondo lo scoliaste, l'azione con *petitum* più limitato prevista dalla Nov. 92 si giustificava solo quando, dopo effettuate le donazioni, al padre fosse pur sempre restato alcunché da poter lasciare *mortis causa* al figlio sacrificato».

⁹⁹⁷ *Qui omne patrimonium suum liberis suis superstitibus donavit, si alium filium legitimum susceperit, quartam partem ei servare cogitur, adimendam liberis, qui totum patrimonium suum acceperunt. Lege Novellam 92, qua dicitur, parentes singulos singulis liberis portionem legitimam relinquere debere pro modo bonorum, quae tempore donationis habet. Intellige autem non quartam dari, sed trientem vel semissem secundum Novellam 18* (Heimbach). Lo scolio è attribuito a Teodoro.

⁹⁹⁸ V. A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 126 s.

⁹⁹⁹ V. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 164.

¹⁰⁰⁰ M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 164 s.

In chiusura, si segnala che nel § 1 della costituzione Giustiniano dichiara che possono godere della nuova disciplina solo i figli che abbiano tenuto un contegno pietativo verso il defunto: nulla di nuovo, come si sa, ma stupisce ugualmente che l'imperatore abbia voluto ribadirlo.

5. La cd. 'querela inofficiosae dotis'.

Appurato come l'ambito di estensione dell'inofficiosità si sia allargato, a partire dalla tardissima età classica, anche alle donazioni immodiche e lesive della *portio debita*, un'analogica vicenda ha toccato un'altra modalità attraverso cui il *de cuius* era in grado di depauperare il suo patrimonio con disposizione *inter vivos*: la dote.

Sul modello della *querela inofficiosi testamenti* venne dunque concesso al legittimario leso di agire per recuperare il valore della dote (l'azione prende dunque convenzionalmente il nome di *querela inofficiosae dotis*): segnalo già fin d'ora – perché lo trovo dettaglio interessante – che la nuova azione non si dice costruita sul modello della *querela inofficiosae donationis*, con cui presenta notevolissime somiglianze, ma sul calco della *q.i.t.*, senza che al rimedio contro le donazioni immodiche si faccia mai riferimento.

Come noto, la dote è uno degli strumenti di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi¹⁰⁰¹. Sebbene, con tutta probabilità, essa sia nata nell'ambito del matrimonio *cum manu*¹⁰⁰², ove la rescissione dei vincoli agnatizi che esso comportava determinava altresì la perdita di ogni aspettativa successoria della

¹⁰⁰¹ V. F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte di diritto e persone in Roma antica*, Torino, 2014, 23 ss. Essa è ritenuta un istituto di *ius singulare*, a partire dalle leggi matrimoniali augustee, da J.F. STAGL, 'Favor dotis'. *Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar, 2009, e facente parte di un 'sistema didattico' gaiano, che univa la dote appunto, cui il giurista antoniniano aveva dedicato un volume monografico (il *liber singularis de re uxoria*), alla tutela, al testamento e ai legati, parimenti resi oggetto di monografie dal giureconsulto (quest'ultima tesi è esposta dall'autore tedesco nel saggio *Das didaktischen System des Gaius*, in *ZSS*, CXXXI, 2014, 313 ss., poi ripreso anche in italiano col titolo *Il sistema didattico di Gaio e il Sistema dei 'Digesta'*, in *TSDP*, VIII, 2015). La posizione dello studioso è stata con ottimi argomenti controbattuta da M. VARVARO, *La dote, il 'ius singulare' e il «sistema didattico» di Gaio*, in *SCDR*, XXIX, 2016, 409 ss. Il dibattito si è poi riaperto con la controreplica dello Stagl, consegnata alle pagine dell'articolo *Caesar Koch oder das Schweigen der Quellen: Zur Kritik Varvaros am didaktischen System des Gaius*, in *ZSS*, CXXXV, 2018, 582 ss., cui ha fatto seguito un'ulteriore risposta dell'autore siciliano, v. M. VARVARO, 'Favor dotis' e singolari interpretazioni in tema di 'ius singulare', in *Index*, XLVI, 2018, 226 ss. Non è questa la sede per entrare nel merito della questione, troppo lunga e complessa, nonché priva di rilevanza per l'attuale ricerca: rilevo solamente che gli argomenti addotti dal Varvaro in ordine al non sussumibilità della dote nell'ambito del *ius singulare* paiono convincenti.

¹⁰⁰² Una rassegna delle ipotesi sulla nascita della dote in A. MANZO, *Un'ipotesi sull'origine della dote*, in *Index*, XXV, 1997, 307 ss.

donna rispetto alla famiglia d'origine¹⁰⁰³, non tardò a diffondersi anche in ipotesi di matrimonio *sine manu*¹⁰⁰⁴: in ogni caso, comunque, titolare dei beni dotali diveniva il marito (o il suo avente potestà)¹⁰⁰⁵. Di essa se ne conoscevano diversi tipi: si parla di *dos profecticia*, se essa era costituita dall'avente potestà sulla donna, di *dos adventicia*, qualora la provvista venisse fornita dalla donna stessa o da un terzo, ivi compresa la madre della nubenda¹⁰⁰⁶. Si è accennato che, qualunque sia il tipo di dote e qualunque sia il matrimonio cui accede, il marito diviene titolare dei beni: con la conseguenza che durante il matrimonio la donna ha esclusivamente un'aspettativa alla restituzione della dote, o almeno così è da un certo momento in poi, allorché il pretore iniziò ad accordare l'*actio rei uxoriae*¹⁰⁰⁷ per la restituzione dei beni dotali.

Restituzione che seguiva una regolamentazione diversa a seconda del tipo di dote e dell'evento che aveva generato l'obbligo restitutorio.

E così in caso di scioglimento del vincolo matrimoniale per morte della moglie, si distingueva tra *dos adventicia*, in cui la dote rimane acquisita al marito, e *dos profecticia*, dove il padre o l'ascendente della sposa poteva esercitare l'*actio rei uxoriae*, ma al marito spettavano le *retentiones propter liberos*¹⁰⁰⁸.

In caso, invece, di scioglimento per divorzio, la donna poteva agire *tutore auctore se sui iuris* con l'azione dotale, indipendentemente da chi provenisse il *repudium*¹⁰⁰⁹, dovendo tuttavia lasciare un valore al marito (a titolo di *retentio, propter liberos* ovvero *propter mores*) se lei avesse dato causa allo scioglimento del vincolo¹⁰¹⁰; in caso, invece, di morte del marito, la donna poteva agire con l'*actio rei uxoriae* contro gli eredi dello sposo defunto, esclusa ogni *retentio*¹⁰¹¹.

¹⁰⁰³ E la dote assolveva quindi alla funzione di anticipazione della quota successoria della figlia: F. LAMBERTI, *La famiglia*, cit., 24.

¹⁰⁰⁴ Ed anzi, «a partire dalla tarda repubblica, con il diffondersi dell'abitudine, fra le classi alte, di divorziare con frequenza, la dote avrebbe acquisito altresì una funzione paragonabile alla moderna 'obbligazione alimentare' post-divorzio, ossia quella di assicurare il mantenimento della donna una volta sciolto il matrimonio». V. F. LAMBERTI, *La famiglia*, cit., 24 s.

¹⁰⁰⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 147.

¹⁰⁰⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 145.

¹⁰⁰⁷ Su cui v. M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, 15 ss. La data comunemente accettata quale quella di introduzione dell'azione è il II sec. a.C.: cfr. A. NICOLETTI, voce *Dote (dir. rom.)*, in *NNDI*, VI, Torino, 1960, 258. Per una declinazione dell'azione nell'età giustiniana v. F. GORIA, *Azioni reali per le restituzioni della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese (Torino, 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, 205 ss.

¹⁰⁰⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 148.

¹⁰⁰⁹ Sull'istituto, con riferimento al IV e V sec., v. U. AGNATI, *Profili giuridici del 'repudium' nei secoli IV e V*, Napoli, 2017, 7 ss.

¹⁰¹⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 148 s.

¹⁰¹¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 150.

Non dissimile la regolamentazione nel periodo postclassico – quello che, peraltro, a noi più interessa –, in cui le innovazioni non incidono con troppa pregnanza¹⁰¹².

Questa breve introduzione sull'istituto è utile per comprendere l'operare della cd. *querela inofficiosae dotis*: le fonti che ci hanno tramandato questo rimedio fanno riferimento a casi di *dos adventicia*, un tipo di dote che – in caso di morte della dotata – impediva in ogni caso al terzo o agli eredi della donna stessa il recupero dei beni dotali, i quali, dunque, uscivano definitivamente dalla potestà di apprensione del datore di dote.

Il rischio quindi che mercé la dazione di dote i beni che la costituivano fossero definitivamente esclusi da un loro recupero era alto: ecco che allora venne introdotta l'impugnazione delle doti inofficiose.

Apprendiamo dell'allargamento del sistema di impugnazioni lesive delle legittima alla dote da 3 passi: 2 conservati nel *Codex Theodosianus*, uno soltanto dei quali riportato dai compilatori nel *Codex repetitae praelectionis*.

L'imperatore fautore dell'estensione è Costanzo, nel 358: l'ultimo degli imperatori postclassici che, peraltro, aveva emanato un atto normativo in tema di *q.i.don*.

Il provvedimento, come detto, è contenuto nel *Codex Theodosianus* (e lo conosciamo grazie al *Breviarium Alaricianum*) ed è stato riportato anche dai commissari giustiniani¹⁰¹³, in una versione probabilmente più fedele all'originale¹⁰¹⁴ e che conviene quindi leggere congiuntamente:

¹⁰¹² Stando a M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 149 «nel periodo postclassico, nelle grandi linee, tale regime non si modifica. Se la dote rimane al marito in seguito alla morte della moglie, egli acquista soltanto l'usufrutto legale, in quanto la nuda proprietà è destinata ai figli nati dal matrimonio che li acquistano come *bona materna*. Nel caso di divorzio cessano le *retentiones*, e la dote si devolve al coniuge senza colpa. Questa disciplina continua anche nella configurazione che assume l'istituto nelle Novelle giustiniane: nel caso di morte del marito, anche la *dos profecticia* va alla donna che sia *sui iuris*. Le *retentiones*, forse da tempo cadute in disuso, vengono formalmente abrogate da Giustiniano».

¹⁰¹³ Non è dato irrilevante che esso sia diretto al prefetto della Cilicia, e quindi a un magistrato orientale per R. ASTOLFI, *Costituzione di dote 'in fraudem legis Papiae' durante l'età postclassica*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968, 139: invero, sottolinea lo studioso che «una caratteristica del mondo greco era quella di considerare beni materni ... un complesso a sé stante, destinato ai figli. Questa concezione avrebbe influenzato la legislazione postclassica relativa al *peculium adventicium* e i precedenti postclassici della innovazione giustiniana che estende agli eredi della donna (cioè normalmente ai figli) la legittimazione a chiedere in restituzione la dote. Sarei dell'opinione che un riflesso debba pure vedersi nella legislazione postclassica diretta a limitare a favore dei figli il potere della donna a disporre dei propri beni. Mi riferisco in primo luogo alla *querella inofficiosae dotis*: notevole la circostanza che il provvedimento, con il quale Costanzo probabilmente la introduce, è diretto proprio a un magistrato orientale». Per uno spaccato della regolamentazione orientale v. anche F. GALGANO, *Attività normative e resistenze della pratica nell'oriente provinciale romano. Successioni ereditarie e rapporti familiari in una lettura del manoscritto Londinese del cd. 'Liber Syro-romanus'*, Napoli, 2017, 97 ss.

¹⁰¹⁴ V. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 145.

C.Th. 2.21.1: *Cum omnis hereditas dote dicatur exhausta, concordare legibus promptum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur.* <Dat. XIV. kal. Ian. Sirmio, Datiano et Cereale cons.>

Imp. Constantius A. ad Maximum praesidem Ciliciae C. 3.30: Cum omnia bona a matre tua dote dicantur exhausta, concordare legibus promptum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur (a. 358).

Una donna costituisce una dote in favore della figlia (si tratta dunque di *dos adventicia*), esaurendo il suo patrimonio: gli altri figli potranno agire, dice Costanzo, con un'azione *ad exemplum inofficiosi testamenti* per recuperare gli *emolumenta debita*¹⁰¹⁵.

Il caso e la relativa risoluzione giuridica sono molto stringati: ma proprio questa stringatezza consente di notare che, a differenza di quanto avvenuto per la revoca delle donazioni inofficose, non vi è riferimento né alla *ratio* né all'*aequitas* (imperiale): il responso è 'legislativo' e privo di alcun rimando a una giustificazione, se non fosse per una rinvio 'omologativo' alle *leges*. Forse qui è racchiuso un riferimento proprio alle costituzioni imperiali precedenti in tema di donazioni immodiche.

Del resto, come ha notato la Zoz de Biasio, la storia del rilievo 'successorio' di donazione e dote è assimilabile¹⁰¹⁶: invero, entrambe dovevano essere computate nella quota di riserva da parte del legittimario, sebbene non fossero disposizioni *mortis causa*, così come entrambe dovevano essere collazionate. «Si comprende allora che, dopo essere stata introdotta con Alessandro Severo la revoca delle donazioni inofficose, per coerenza prima o dopo doveva esserlo anche la revoca delle doti inofficose»¹⁰¹⁷.

Se l'origine della *querela inofficiosae dotis* è probabilmente da rinvenire in un caso di dote avventizia, l'interpretazione successiva deve aver legittimato un ampliamento oggettivo del raggio d'applicazione del rimedio anche all'ipotesi di *dos profecticia*, come si potrebbe ricavare dal fatto che nella clausola legislativa

¹⁰¹⁵ Per un approfondimento sul testo v. Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., 211 s.

¹⁰¹⁶ E non solo: si potrebbe anche porre un problema di sovrapposizione tra la dote costituita da un terzo e la donazione: argomento, questo, proficuamente trattato da G.G. ARCHI, *Dote e donazione nel diritto romano*, in *Scritti di diritto romano*, II, cit., 1081 ss.

¹⁰¹⁷ V. M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 140 s.

ricordata nel *Breviarium* è scomparso il riferimento alla madre (conservato invece dai triboniani), unico indizio che ci permetteva di qualificare la dote come avventizia, ed inoltre dalla circostanza che nell'*interpretatio* visigotica¹⁰¹⁸ non si fa distinzione tra le varie tipologie di dote.

Il rinvio alle norme in tema di *querela inofficiosi testamenti* consente di operare un richiamo a quanto già detto *retro* in tema di *q.i.don.*: ove non diversamente disposto, quindi, l'azione di impugnazione della dote avrà prescrizione quinquennale, presupporrà, per la sua fondatezza, che il legittimario querelante provi di aver osservato un contegno pietativo verso il defunto datore di dote, richiederà che l'attore non abbia ricevuto già la *portio debita* e che comunque non abbia accettato il *iudicium defuncti*.

Il legittimato passivo sarà il titolare dei beni dotali: e quindi il marito della dotata.

Quanto, invece, al *petitum* della domanda, credo che – ancora una volta in analogia con la *q.i.don.* – esso non fosse limitato alla reintegrazione della quota di legittima¹⁰¹⁹: al contrario, il rimedio aveva di mira la riattraazione all'asse dei beni usciti a titolo di dote, sui quali il legittimario si sarebbe soddisfatto sulla base della quota ereditaria con cui veniva alla successione, che poteva essere quella testamentaria ovvero quella legittima.

¹⁰¹⁸ C. I. C.Th. 2.21.1: *Quoties per dotem ita omnis hereditas evacuata probatur, ut quarta hereditatis ipsius non fuerit reservata, liceat filiis ad similitudinem inofficiosi testamenti contra dotem agere et debitam sibi portionem ex lege repetere.*

¹⁰¹⁹ È vero che l'*interpretatio* a C.Th. 2.21.1 dice il contrario, così come è vero che il testo della costituzione si esprime nel senso che i figli lucrano, mercé la *q.i.dot.*, gli *emolumenta debita*: essi potrebbero far riferimento proprio alla *quota* di legittima. Ma vari argomenti depongono in senso contrario: una revoca parziale e limitata al supplemento si scontra con l'omologia di effetti instaurata, dalle fonti, tra *q.i.t.* e *q.i.dot.*, per cui se nel primo caso non era ammessa (sino al sesto secolo) un'azione per l'implementazione, salvo che non vi fosse apposta clausola testamentaria in tal senso, non si vede perché dovrebbe esserlo per il secondo, a maggior ragione senza che questa 'difformità' venisse espressamente messa in risalto dalla cancelleria imperiale; i frammenti dei Basilici militano per la revoca totale. Si deve quindi supporre che «le espressioni '*emolumenta debita*' di cui a C.Th. 2.21.1 = C. 3.31 e '*portio debita ex lege*' di cui alla *Interpretatio*, siano state malamente usate per indicare la quota virile *ab intestato*». Sono queste le parole di M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 151, che condivido, salvo per l'indicazione della sola *quota ab intestato*, per le ragioni messe in luce nel precedente paragrafo.

Il secondo testo che ci tramanda la *querela inofficiosae dotis* è una costituzione di Costanzo e Giuliano¹⁰²⁰, emanata nel 360¹⁰²¹:

C.Th. 2.21.2: *Dote ab uxore marito data, filios ex priore matrimonio, si neque ultra dodrantem, neque in fraudem legis Papiae constituatur, de hac repetenda nullam habere constat actionem.* <Dat. XVI. kal. Ian. Sirmio, ipso Augusto X. et Iuliano C. III. conss.>¹⁰²².

Una donna si risposa¹⁰²³ e costituisce una dote in favore di se stessa, con il conseguente passaggio dei beni in proprietà del marito (questo è il significato da annettere al sintagma *dote ... marito data*): se non abbia disposto, con la dote, per oltre i $\frac{3}{4}$ del suo patrimonio e se non vi sia stata frode alla *lex Papia*, i figli di primo letto non avranno azione per ripetere la dote.

Il caso doveva essere più o meno questo: la madre muore prima del secondo marito, quindi, essendo la *dos* avventizia, il marito consolida definitivamente a sé la proprietà dei beni.

Sorge il problema di tutelare i figli del primo matrimonio e si prospettano due alternative: o agiscono per far valere l'invalidità della dote posta in essere in frode alla legge Papia¹⁰²⁴ (perorando quindi un uso dell'invalidità finalisticamente

¹⁰²⁰ Essa non è stata riprodotta nel *Codex repetitae praelectionis*, a causa dell'abolizione del sistema caducario da parte di Giustiniano, avvenuto con la costituzione confluita in *Imp. Iustinianus A. senatui urbis Constantinopolitanae et urbis Romae* C. 6.51.1, dell'anno 534 (così per R. ASTOLFI, *Costituzione di dote*, cit., 145); per M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 154, il motivo andrebbe rinvenuto nell'emanazione, da parte dell'imperatore Leone, della costituzione di cui a *Imp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp.* C. 5.9.6 pr.-3 del 472, mercé la quale si sancì che al «nuovo coniuge (marito o moglie) non può essere attribuito *inter vivos* a titolo di donazione, dote o altro, ovvero *mortis causa*, più di quanto sia pervenuto per lo stesso titolo ... al meno favorito dei figli o ulteriori discendenti».

¹⁰²¹ Sulla costituzione v. Gotofredo, *Codex Theodosianus*, cit., 213 s.

¹⁰²² Estremamente confusa l'*Interpretatio*: *Si mulier marito secundo dotem dederit, et ex priore marito filios habuerit, et non eis tres uncias, id est quartam portionem de rebus suis reservaverit, dos, quae contra legem Papiam secundo marito data est, non valebit. Hic de iure addendum, quid sit lex Papia.* Sembra quasi, *ictu oculi*, che la dote sia stata posta in essere in frode alla legge Papia perché è inofficiosa. Ciò ovviamente non è, visto il tenore del testo di Costanzo e Giuliano. Per i problemi che l'*interpretatio* pone v. R. ASTOLFI, *Costituzione di dote*, cit., 144 s.

¹⁰²³ La normativa sulle seconde nozze è ben approfondita da R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli, 2012, 201 ss.

¹⁰²⁴ La dottrina si è interrogata su quale fosse la frode. La posizione accettata comunemente sostiene – e qui prendo a prestito le parole di R. ASTOLFI, *Costituzione di dote*, cit., 138 – che «la *lex Papia* subordina la piena *capacitas* del marito nei confronti della moglie alla presenza di figli ... Si dà il caso che la moglie preveda che in base a questa disposizione il marito non potrà *capere* tutto quello, che essa avrebbe intenzione di lasciargli per testamento. Froda allora la *lex Papia*, costituendo in dote quanto intende lasciare al marito per testamento: alla sua morte il marito tratterrà la dote e quindi conseguirà più di quanto avrebbe potuto *capere ex testamento*. Costanzo ricorderebbe che questa frode poteva essere colpita, impugnando l'atto costitutivo di dote».

orientato a tutelare l'aspettativa successoria dei figli legittimari¹⁰²⁵) ovvero agiscono con la *querela inofficiosae dotis*, a patto però che essi non abbiano già ottenuto, sul patrimonio della defunta, la loro *portio debita*, ammontante a un quarto. Su quest'ultimo aspetto, in verità, il brano è un po' confuso: la quota di legittima infatti non è pari a un quarto del patrimonio della *de cuius*, ma a un quarto delle rispettive quote *ab intestato*. Il calcolo è corretto se si ammette che i figli siano due: la riserva sarebbe 1/8 ciascuno e perciò, sommati, 1/4.

In ogni caso, il principio veicolato è chiaro: si può impugnare la dote inofficiosa se viola la riserva ed essa sarà revocata¹⁰²⁶; non è intelligibile se la revoca avverrà per l'intero: parrebbe, tuttavia, di sì¹⁰²⁷, anche se non può essere esclusa una vittoria solo parziale, specie se si ha riferimento all'azione scaturente dalla frode alla legge Papia¹⁰²⁸.

6. Conclusioni.

Nel presente capitolo si sono analizzate le due azioni, che potremmo definire complementari, alla *querela inofficiorum testamenti*: ossia l'azione per

¹⁰²⁵ Così ipotizza R. ASTOLFI, *Costituzione di dote*, cit., 140 e 143. Invero «allo scopo demografico, che si era ormai andato facendo sempre più incomprensibile e remoto, specialmente negli ambienti provinciali e postclassici, se ne sostituisce un altro sempre attuale, perché espressione delle consuetudini di vita dei popoli greco-orientali: la riserva dei beni materni ai figli». Sulla stessa linea A.M. DEMICHELI, *La novella 98 e la tutela patrimoniale dei figli nella legislazione post-classica e giustiniana*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, cit., 860.

¹⁰²⁶ Siffatto arresto è innovativo: giova evidenziare, infatti, che in un caso simile a quello sottoposto a Costanzo e Giuliano, Gordiano aveva negato che il figlio di primo letto potesse accampare pretese sui beni oggetto della dote costituita dalla madre per le seconde nozze, con assicurazione mediante *stipulatio* che essi venissero restituiti, alla sua morte, al fratello. La costituzione è conservata in *Imp. Gordianus A. Zoilo C. 8.56.2: Intestata mortua quondam nuru tua neptis tua, quae ex ea filio tuo quaesita est, quandoque potest ad eius venire successionem. 1. Nec tamen ea post mortem filii tui, ex quo quaesierat filiam, alii nuptui se collocando dotem dans prohibebatur quam vellet condicionem eidem doti dicere. 2. Sed si mortis causa donationem in fratrem suum conferens in casum mortis suae eam dotem eundem fratrem suum stipulari passa est, cum divi severi constitutione etiam in mortis causa donationibus, si de cetero patrimonio quantum falcidia iubet heres non habet, provisum sit, is qui nurui tuae heres extiterit eius constitutionis beneficium non prohibebitur postulare* (a. 239). Una donna, dopo la morte del primo marito da cui aveva avuto una figlia, contrae un secondo matrimonio, costituendo in dote la maggior parte dei suoi beni, stipulando per la sua restituzione al fratello. Il padre del primo marito si duole con Gordiano che, così facendo, la madre ha frustrato irrimediabilmente le pretese successorie della figlia di primo letto. L'imperatore, tuttavia, ritiene di dover respingere le richieste del postulante, perché la vedova, passando a nuove nozze, può disporre come meglio crede dei suoi averi. Siamo nel 239: bisognerà aspettare ancora più di un secolo perché simile istanza possano trovare accoglimento. Sul testo v. R. ASTOLFI, *Costituzione di dote*, cit., 140 s.

¹⁰²⁷ Così è per M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi*, cit., 152.

¹⁰²⁸ Cfr. S. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899, 132, secondo cui l'impugnazione riguardava solo la parte di dote eccedente la *capacitas* del vedovo.

l'impugnazione delle donazioni e quella per le doti immodiche e, in quanto tali, lesive della legittima.

I due nuovi rimedi giudiziali sorgono e si sviluppano unicamente grazie all'attività legislativa degli imperatori, i quali – appellandosi a ragioni di giustizia sostanziale e sviluppando una razionalità intrinseca al sistema della legittima – consentono che anche atti *inter vivos* estranei al sistema (successorio) dell'inofficiosità vengano attratti ad esso, in omaggio a una finalità di tutela del legittimario.

Le azioni introdotte scontano una specificazione della disciplina assai parca, ma il rinvio al paradigma costituito dalla *querela inofficiosi testamenti* consente all'interprete di tracciarne i principali elementi strutturali: e così si è ipotizzato, sfruttando sia un ragionamento logico sia, di volta in volta, dettagli tramandati nei pur pochi testi a disposizione, che l'attore intenzionato a impugnare le donazioni e le doti immodiche dovesse farsi carico della dimostrazione di aver osservato un contegno ragguardevole nei confronti del defunto. Legittimati attivi erano, a mia parere, tutti coloro che potevano agire *de inofficioso testamento*: una differenziazione non sarebbe stata ragionevole, visto l'analogia instaurata tra gli strumenti a disposizione del legittimario.

Quanto alla portata rescindente, sono convinto che essa fosse tarata sul valore della quota di successione del legittimario querelante: non mi sembrano convincenti gli argomenti addotti da quella parte della dottrina che vorrebbe il *petitum* della *q.i.don.* e della *q.i.dot.* limitato alla reintegra della quota di riserva, perché basati su esili argomenti esegetici, che non tengono in debito conto il parallelo sviluppo della *querela inofficiosi testamenti*, arrivando a ipotizzare – scorrettamente ai miei occhi – che con le azioni anzidette si perseguisse un risultato totalmente alieno alla *q.i.t.* Più mi convince invece la ricostruzione proposta, secondo la quale le donazioni ovvero le dote sono revocate nella misura corrispondente alla *quota ab intestato* o a quella *ex testamento* (che al contempo costituivano il titolo acquisitivo dei beni): l'esito della pronuncia rescindente era la riattraazione dei cespiti all'asse ereditario, al quale non potevano che applicarsi a quel punto le quote successorie. È facile ipotizzare, peraltro, che a seguito del vittorioso esperimento della querela, l'attore agisse con l'azione di rivendica dei beni.

Sarà Giustiniano, con la Novella 92, a innovare significativamente, almeno per ciò che riguarda la *querela inofficiosae donationis*: egli traspone, a mio modo di vedere, il doppio binario della *querela inofficiosi testamenti* e dell'*actio ad implendam legitimam* al caso delle donazioni immodiche, onde limitare il ricorso allo strumento revocatorio: si tratta dunque di una modifica 'a rime obbligate', perfettamente in linea con quella che era stata la genesi della *q.i.don.*, ricalcata a sua volta sull'azione di inofficiosità testamentaria.

CONSIDERAZIONI RIEPILOGATIVE

È giunto, infine, il momento di riannodare i principali risultati ottenuti all'esito di codesto lavoro: la mole di pagine spese per l'analisi impone una necessaria brevità, che si cercherà pertanto di osservare.

La ricerca ha preso avvio dalla disamina del problema dell'origine del rimedio di inofficiosità testamentaria: dopo uno sguardo alla letteratura che fino ad oggi si è occupata dell'argomento, si è proceduto con un'analisi del titolo del Digesto (D. 5.2) e del Codice (C. 3.28) che contengono la più parte dei frammenti in tema di *querela inofficiosi testamenti*: analisi che ha permesso di evidenziare alcune difficoltà di ricostruzione dell'istituto, tra cui l'assenza di una 'clausola' edittale specificamente dedicata all'azione di inofficiosità (a fronte di una costruzione del titolo del Digesto avvenuta proprio sulla base di un commentario all'editto, quello di Ulpiano), il carattere altamente problematico e 'controversiale' delle opere della giurisprudenza classica da cui sono stati estrapolati i frammenti, l'assenza (salvo un unico inciso, privo di sostanziale valore) di lacerti provenienti da opere di commento allo *ius civile*. Tale ricerca ha permesso di fissare alcuni punti fermi in termini cronologici: se il più antico riferimento al concetto di *testamentum inofficiosum* risale al 70 a.C. e lo si deve a Cicerone, è solo a partire dall'età adrianea e postadrianea che si hanno riflessioni giurisprudenziali, mentre già con Augusto gli imperatori avevano iniziato (dapprima con *decreta*, di poi con *rescripta*) ad interessarsi della questione. Dopo un breve paragrafo destinato a illustrare i motivi per cui si è reputato utile considerare anche i Basilici e i relativi *scholia* per l'esame delle fonti del Digesto, si è entrati nel merito, giungendo alla conclusione che l'azione di impugnazione del testamento inofficioso sorse con tutta probabilità in seno all'attività del collegio dei *centumviri*: organo giudiziario, di incerta genesi, competente in materia ereditaria, la cui adizione era possibile – anche dopo l'emanazione delle *leges Iuliae* del 17 a.C. – solo attraverso il rito quiritario dell'*agere sacramento*, probabilmente a motivo del fatto che solo in quel processo – e non in quello *per formulas* – era consentita la condanna in natura, che permetteva al legittimario-impugnante di giungere all'apprensione dei beni attraverso cui si tramettevano i *sacra familiaria* (tesi, quest'ultima, sostenuta da Lorenzo Gagliardi). Tale conclusione è stata suggerita dalla disamina del 'tormentato' passo di Gai 4.48, in tema di condanna *in ipsam rem*: adoperando queste parole, il giurista antonino intendeva probabilmente riferirsi alla possibilità

per l'attore, agente con la *legis actio sacramento in rem* (ma anche *in personam*, dopo la *sponsio praeiudicialis*, secondo l'impostazione adottata da Carlo Pelloso), di soddisfarsi, dopo la sentenza, direttamente attraverso l'apprensione materiale dei beni oggetto del giudizio, secondo una procedura di autotutela privata autorizzata: autotutela che legittimava al limite anche l'impiego della violenza; ciò ogni qual volta il pretore non avesse già conferito al legittimario, che agiva con il rimedio di inofficiosità, il possesso interinale dei beni dell'eredità, poiché in quest'ultimo caso egli avrebbe semplicemente mantenuto la loro materiale disponibilità, traendo comunque una soddisfazione 'in natura' della propria pretesa.

Sul motivo, per cui, poi, si è reputato di ascrivere ai *centumviri* una competenza esclusiva in materia di inofficiosità testamentaria, negando che tali categorie di controversie potessero essere giudicate dal *iudex unus* dell'*ordo iudiciorum privatorum*, si è illustrato che il fenomeno successorio presentava, in antico, tratti di marcata 'pubblicità', che sono stati via via persi a seguito dell'affermarsi del *testamentum per aes et libram*, il quale ha, in una certa maniera, 'privatizzato' l'atto di ultima volontà. Invero, e qui mi sono mosso nell'alveo di un consolidato filone di pensiero, se inizialmente la successione ereditaria era percepita come un momento di traslazione di patrimoni, che coinvolgeva l'interesse di tutta la comunità (e prova ne sarebbe la circostanza che i più antichi atti relativi alla dimensione ereditaria – ossia l'*adrogatio* e il *testamentum calatis comitiis* –, dovevano svolgersi davanti alla *civitas*), l'introduzione della libertà di testare avrebbe sottratto al controllo comune siffatta traslazione: di talché venne creato il collegio centumvirale, permettendo il recupero del controllo che, originariamente esercitato *ex ante*, ora veniva eseguito nel momento successivo, quello patologico di cognizione della lite insorta.

Si è poi messa in luce l'ampiezza di poteri cognitori del giudice centumvirale, in grado di emanare sentenze potenzialmente derogatorie del *ius civile*: tale potestà è stata posta in correlazione nuovamente con i più antichi atti ereditari, ossia l'*adrogatio* e il *testamentum calatis comitiis*, i quali si svolgevano dinanzi all'organizzazione gentilizia della comunità. Su tali basi si è sostenuto, sviluppando un'intuizione del Kelly, che l'incerta origine del consesso centumvirale possa essere riannodata propria alle *gentes*: si è supposto, ma è congetturale, che il tribunale dei cento, la cui genesi risalirebbe per l'effetto molto indietro nel tempo, potesse fungere quasi da *longa manus* 'giudiziaria' del comizio curiato, strutturato su base gentilizia. Ciò detto, e dopo aver escluso che il rimedio di inofficiosità possa aver avuto origine pretoria, si è ritenuto di addurre a sostegno della tesi per cui l'azione sarebbe nata nell'ambito dell'attività dei *centumviri* anche uno scolio a Bas. 39.1.1, risalente probabilmente a Stefano e contenente il richiamo al popolo quale fautore dell'azione (fonte pressoché ignorata dalla dottrina precedente). Escluso che il riferimento potesse essere a una *lex*, si è creduto di

leggere nel brano un'allusione proprio al collegio centumvirale, che era di estrazione popolare.

Il lavoro è poi proseguito con la ricostruzione della disciplina processuale dell'azione di inofficiosità, esperibile sia davanti ai *centumviri* con il rito dell'*agere sacramento*, sia davanti al *iudex extra ordinem*. Nel primo caso, l'analisi delle fonti ha mostrato come si possa concludere che l'azione attraverso cui si veicolava la questione d'inofficiosità dinanzi al collegio fosse, in origine, di natura petitoria. Per i legittimari che godevano di un titolo successorio *ex iure civili*, il rimedio che doveva essere utilizzato era (probabilmente) una *vindicatio hereditatis* condotta secondo le movenze di una *legis actio sacramento in rem*: ambo le parti in causa (da un lato il 'legittimario', dall'altro l'erede scritto, incardinando un'azione per ogni singolo erede) pronunciavano il formulario quiritario e prestavano il giuramento prodromico al passaggio alla fase *in iure* dinanzi ai *centumviri*. Quest'ultimi, con giudizio di merito, accertavano l'inofficiosità del testamento, disponendone poi la caducazione sul presupposto – fittizio – dell'insanità di mente del testatore. La pronuncia finale, dunque, avrebbe visto prevalere il 'querelante': il suo *sacramentum* sarebbe stato *iustum* e quindi sarebbe stato acclarato, in via indiretta, il suo titolo ereditario, discendente non dal testamento (rimosso) ma dalla legge, secondo lo schema della successione intestata delle XII Tavole. Egli, se possessore interinale dell'*hereditas*, avrebbe consolidato la sua materiale disponibilità; se, invece, la *lis vindiciarum* non fosse stata decisa in suo favore, avrebbe potuto, a mente della lettura di Gai 4.48, apprendere anche con la violenza i beni dal soccombente. Per i 'legittimari' che erano meri *cognati*, invece, il processo sarebbe stato preceduto dalla stipula di una *sponsio praeiudicialis*, subordinata alla spettanza *ex iure praetorio* dei beni conseguenza dell'inofficiosità del testamento, ovvero alla inofficiosità del testamento. Il querelante avrebbe poi incardinato una *legis actio sacramento in personam*, con auspicabile partecipazione dell'erede scritto. Dinanzi ai *centumviri*, poi, avrebbe avuto luogo la disamina dell'inofficiosità, che, in caso di esito fausto per l'attore, avrebbe permesso a lui non di lucrare la *summa sponsionis*, ma – piuttosto – di recarsi dal pretore e richiedere la concessione della *bonorum possessio* sulla base di una delle clausole correttorie da egli predisposte nell'editto, a seguito dell'accertamento (ancorché indiretto) della giusta pretesa all'ottenimento dei beni dell'asse. Atteso il carattere incidentale della pronuncia centumvirale, tuttavia, l'erede scritto avrebbe conservato il suo titolo ma anche il suo diritto *iure civili* sui beni: cosicché egli avrebbe potuto agire con una *vindicatio hereditatis* (con *legis actio sacramento in rem* e poi anche con la formula petitoria) ma il pretore avrebbe probabilmente denegato l'azione (conferendo quindi alla *bonorum possessio* del *cognatus* carattere *cum re* e consentendogli, nel caso di mancata spontanea consegna dei beni da parte

dell'erede, di avvalersi dell'*interdictum quorum bonorum*, che era *adipiscendae possessionis*).

L'analisi si è poi mossa verso lo studio dell'oscura *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, dai più ritenuta necessaria per il *cognatus* che volesse agire *de inofficioso*: si è però rilevato come le fonti che ad essa si riferiscono riguardano la *querela* cd. *cognitio*, ossia *extra ordinem*. Negata quindi la necessità di una sua assegnazione per agire davanti ai *centumviri*, si è ipotizzato che essa avesse la funzione di accettazione anticipata della delazione ereditaria – vuoi civile vuoi pretoria –: delazione che sarebbe avvenuta a seguito del vittorioso esperimento dell'azione davanti al giudice *extra ordinem*.

Proprio all'analisi della *querela* cd. *cognitio* è stata destinata l'ultima parte del secondo capitolo: già a partire dall'età augustea, infatti, si ha testimonianza di pronunce del principe in tema di inofficioritas testamentaria.

Sebbene essa, come accennato, abbia iniziato ad essere giudicata al di fuori del circuito che vedeva come protagonisti i *centumviri* sin dagli albori del 'processo della terza epoca', è probabile che – almeno per tutto il I sec. d.C. – in un numero ancora elevato di casi la via d'elezione che i 'querelanti' sceglievano fosse proprio quella centumvirale: un conforto in tal senso si può trarre dalle lettere di Plinio il Giovane, che ritraggono vari casi di questioni d'inofficioritas incardinate dinanzi al tribunale dei 100 (che al suo tempo contava però 180 componenti): organo davanti al quale il noto avvocato era aduso perorare le proprie cause, al punto da definirla 'la sua arena'

A poco a poco però venne rafforzandosi la via *extra ordinem*, a mio parere – e qui mi sono mosso sulle orme del Kaser – negli anni successivi alla codificazione dell'editto: ciò potrebbe essere stato determinato dalla cospicua attività normativa imperiale in tema di inofficioritas, che segna – a dire il vero già con Traiano (ma in parte esigua) – soprattutto con Adriano una novità (si ha notizia di svariati *rescripta* dello stesso imperatore ispanico, ma anche di Antonino Pio, Marco Aurelio e Lucio Vero).

Sulla base dell'analisi delle fonti, ho supposto che l'azione abbia mutato la propria funzione nel processo *extra ordinem*, diventando rimedio solo rescindente: tuttavia, è possibile che la *querela inofficiosi testamenti* e l'azione volta al conseguimento dei beni (successiva alla prima) fossero esperite in concorso tra loro, dando vita ad un vero e proprio processo cumulativo, in cui la seconda domanda doveva essere giudicata solo in caso di esito positivo della prima.

In epilogo, si è evidenziato come probabilmente la *querela inofficiosi testamenti* sia divenuta azione autonoma solo ed esclusivamente nel processo *extra ordinem*. A tale esito sono pervenuto considerando vari indizi: in primo luogo, l'utilizzo dell'espressione 'tecnica' *querela inofficiosi testamenti* è testimoniato solo in fonti d'età severiana, mentre non è attestata né nei giuristi precedenti né nei

testi che ritraggono l'origine della (più generica) questione d'inofficiorità del testamento. Di poi, l'impiego del lemma *querela* mette in luce il significato di 'doglianza sollevata dianzi a un magistrato', il quale ben si attaglia all'incardinamento di una causa davanti al *iudex extra ordinem*, che rappresentava l'*imperium* del *princeps*. La suggestione indicata è corroborata dal fatto che esisteva un altro strumento cui si faceva riferimento con il termine *querela*, ossia la *querela non numeratae pecuniae*, mezzo, quest'ultimo, pacificamente ricondotto alla giurisdizione *extra ordinem*.

Chiariti codesti aspetti, ci si è mossi a dipingere le principali caratteristiche del rimedio, soffermandosi soprattutto sull'assenza di un catalogo esaustivo di legittimati attivi, in favore di una più fluida situazione, circoscritta solo in via di fatto. Notevole importanza ha assunto lo studio dell'elemento della *quarta pars*, antesignana dell'attuale quota di legittima, così come lo scrutinio della questione afferente il carattere dichiarativo o costitutivo dell'azione, che ha permesso di illustrare come non sia errato immaginare l'esistenza di una 'costitutività' della pronuncia giudiziale del *iudex extra ordinem*.

La ricerca è proseguita con l'analisi delle modifiche postclassiche subite dall'azione, attraverso lo studio delle costituzioni imperiali dall'età diocleziana sino alle soglie dell'età giustiniana. Si è visto che lo scopo degli imperatori è stato quello di limitare il più possibile le impugnazioni dei testamenti, giungendo a stilare un catalogo rigido di legittimati attivi, dapprima con Diocleziano, di poi – e in maniera più penetrante – con Costantino, il quale ha ulteriormente delimitato il novero dei soggetti ammessi alla *querela*, prevedendo che i collaterali di secondo grado potessero dolersi dell'inofficiorità solo qualora gli eredi istituiti fossero persone turpi.

Limiti sono stati imposti anche avallando le prassi dei testatori di inserire clausole di implementazione del lascito al legittimario, volte a scongiurare l'impugnazione dell'atto di ultima volontà, di cui si è a conoscenza mercé una costituzione risalente a Costanzo II; considerazioni sono state poi articolate in merito ad altre forme di successione necessaria nate durante l'età postclassica, destinate tuttavia a godere di una breve vita.

Lo studio si è poi spostato verso la legislazione di Giustiniano. Ci si è soffermati sull'introduzione da parte dell'imperatore della cd. *actio ad supplendam (o implendam) legitimam*, posta accanto alla *querela* ed esercitabile dal legittimario che avesse ottenuto comunque qualcosa dal testatore. Quest'ultima circostanza rendeva inammissibile la *querela* (con salvaguardia, quindi, del testamento, che non veniva attaccato), e conferiva al congiunto solo il diritto di avere l'implementazione del lascito. Numerose sono state poi le innovazioni giustiniane su punti specifici della *querela inofficiorum testamenti*, lasciati 'scoperti' o risolti in maniera iniqua dalla giurisprudenza classica. Ciò ha permesso di riscontrare come già all'epoca del

monarca bizantino risalcano alcuni dei principi che animano l'attuale sistema della legittima: tra questi, la regola per cui ogni arricchimento assicurato al legittimario, anche se conferito con atti dispositivi di carattere non testamentario, rende inammissibile la *querela inofficiosi testamenti*; la nullità di un accordo di rinuncia all'esperimento dell'azione di inofficiosità concluso quando il (futuro) *de cuius* è ancora in vita, secondo un principio ispirato alla riflessione papiniana.

Successivamente si è proceduto con lo studio della legislazione novellare, ossia la Nov. 18 e la Nov. 115. Mentre la prima ha aumentato il valore della quota di legittima, con la seconda sono state introdotte varie novità, tra cui l'obbligo che il legittimario fosse istituito erede e la catalogazione di 'giuste cause' di diseredazione.

La parte finale del lavoro è coincisa con lo studio della *querela inofficiosae donationis* e della *querela inofficiosae dotis*. I due nuovi rimedi giudiziali sorgono e si sviluppano unicamente grazie all'attività legislativa degli imperatori, i quali – appellandosi a ragioni di giustizia sostanziale e sviluppando una razionalità intrinseca al sistema della legittima – consentono che anche *atti inter vivos* estranei al sistema (successorio) dell'inofficiosità vengano attratti ad esso, in omaggio a una finalità di tutela del legittimario.

INDICE DELLE FONTI

<p>A) FONTI GIURIDICHE</p> <p><u>FONTI PREGIUSTINIANEE</u></p> <p>Codex Theodosianus</p> <p>2.19: 27</p> <p>2.19.1: 145, nt. 460; 215, nt. 654; 222; 227; 231; 232</p> <p>2.19.2: 227; 235</p> <p>2.19.3: 227; 228; 231; 232</p> <p>2.19.4: 202, nt. 615; 241; 242, nt. 730; 246; 252; 253; 332, nt. 978</p> <p>2.19.5: 254</p> <p>2.19.6: 257, nt. 766</p> <p>2.19.7: 258, nt. 769</p> <p>2.20: 316, nt. 918</p> <p>2.20.1: 333, nt. 978</p> <p>2.21.1: 343; 344, nt. 1018; 344, nt. 1019</p> <p>2.21.2: 345</p> <p>3.30.3: 241, nt. 730</p> <p>4.4.7 pr.: 258, nt. 769</p> <p>4.14.1: 255, nt. 762</p> <p>5.37.22: 241, nt. 730</p> <p>5.72.4: 241, nt. 730</p> <p>6.36.1: 301, nt. 880</p> <p>7.4.30: 241, nt. 730</p> <p>7.5.1: 241, nt. 730</p> <p>8.4.17: 241, nt. 730</p> <p>8.4.19: 241, nt. 730</p> <p>8.12.1: 315, nt. 915</p> <p>8.15.5: 241, nt. 730</p>	<p>10.2.2: 241, nt. 730</p> <p>11.2.4: 241, nt. 730</p> <p>16.7.3: 254, nt. 760</p> <p>16.8.28: 261</p> <p>Interpretatio ad Codicem Theodosianum</p> <p>2.19.5: 256</p> <p>2.19.6: 257, nt. 766</p> <p>2.19.7: 258, nt. 769</p> <p>2.21.1: 344, nt. 1019</p> <p>2.21.2: 345, nt. 1022</p> <p>4.14.1: 256, nt. 763</p> <p>XII Tabularum leges</p> <p>1.8: 65</p> <p>5.4-5: 93, nt. 334</p> <p>Gai Institutiones</p> <p>2.24: 54, nt. 200</p> <p>3.140: 242, nt. 732</p> <p>4.16: 44, nt. 164; 54, nt. 201; 64, nt. 229</p> <p>4.30-31: 51; 53, nt. 200</p> <p>4.30: 59</p> <p>4.31: 54, nt. 201; 81</p> <p>4.48: 60; 61, nt. 222; 65; 66, nt. 235; 96, nt. 337; 139</p> <p>4.91: 53, nt. 199; 134, nt. 434</p> <p>4.94: 140, nt. 452</p> <p>4.95: 51; 53, nt. 199; 54, nt. 201; 135, nt. 439</p>
---	--

Pauli Sententiae

4.5:	27
4.5.6:	199, nt. 606
4.5.7:	248; 249; 249, nt. 745; 252; 253
4.5.8:	288
4.5.10:	179, nt. 556
5.16.2:	54, nt. 201

Vaticana Fragmenta

249:	315, nt. 915
270:	332, nt. 976
271:	332, nt. 977
280:	330; 331
282:	326, nt. 950

FONTI GIUSTINIANEE

Codex

1.3.33:	303, nt. 891
1.3.49:	303, nt. 891
2.40.2:	294, nt. 862
3.28.2:	145, nt. 460; 149; 152
3.28.3:	159, nt. 502
3.28.6:	199, nt. 605
3.28.8 pr.:	200, nt. 611
3.28.9:	209, nt. 639
3.28.12:	179, nt. 558
3.28.16:	192, nt. 587; 217, nt. 658
3.28.18:	220, nt. 670
3.28.19:	130, nt. 423; 221, nt. 670
3.28.20:	221, nt. 670

3.28.21:	164, nt. 521; 215; 232
3.28.22:	221, nt. 670
3.28.22 pr.:	130, nt. 424
3.28.24:	210, nt. 641; 221, nt. 670
3.28.25:	217
3.28.26:	221, nt. 670
3.28.27:	165, nt. 525; 215, nt. 654; 223, nt. 678; 230; 231, nt. 699; 231; 232, nt. 702; 234; 306, nt. 895; 309, nt. 904
3.28.28:	236, nt. 718; 239
3.28.28 pr.:	130, nt. 423
3.28.29:	258
3.28.30:	202, nt. 616; 276; 277; 282, nt. 829; 284; 310; 311
3.28.30 pr.:	269
3.28.30.1:	279, nt. 821; 335, nt. 989
3.28.30.2:	279
3.28.31:	269, nt. 801
3.28.32:	210, nt. 641; 281
3.28.33 pr.:	282, nt. 831
3.28.33.1:	219
3.28.34:	236, nt. 716; 293
3.28.34 pr.:	210, nt. 641; 289
3.28.35:	285, nt. 835
3.28.35.1:	285; 287
3.28.35.2:	276
3.28.35.3:	277, nt. 818
3.28.36:	285, nt. 835
3.28.36 pr.-1a:	278
3.28.36.1b:	274, nt. 814
3.28.36.1c-d-e:	283
3.28.36.2:	186, nt. 573; 257; 323, nt. 944
3.28.36.2-2a:	293
3.28.36.2b:	293; 293, nt. 857

5.2.6 pr.:	166	5.2.8.13:	105; 171, nt. 540; 173, nt. 543
5.2.6.1:	108; 109, nt. 371; 167; 236, nt. 719	5.2.8.14:	179
5.2.6.2:	26, nt. 78; 144; 150, nt. 479; 152	5.2.8.15:	26, nt. 78; 173, nt. 543; 208
5.2.7:	18, nt. 30; 26, nt. 78; 58, nt. 215; 144; 150; 150, nt. 479; 152	5.2.8.16:	26, nt. 78; 26, nt. 80; 111; 151; 167; 210, nt. 641
5.2.8 pr.:	143; 150, nt. 479; 173, nt. 543; 178; 225	5.2.8.17:	184; 193
5.2.8.1:	209	5.2.9:	184
5.2.8.2:	26, nt. 78	5.2.10 pr.:	173, nt. 544
5.2.8.3:	173, nt. 543	5.2.10 pr.-1:	174
5.2.8.4:	173, nt. 543; 209, nt. 639	5.2.10.1:	190, nt. 583
5.2.8.5:	210, nt. 641	5.2.11:	173, nt. 543; 199, nt. 609; 316, nt. 916
5.2.8.6:	200	5.2.12. pr.:	190, nt. 583
5.2.8.7:	173, nt. 543	5.2.12.2:	173, nt. 543; 190
5.2.8.8:	169; 173, nt. 543; 197; 197, nt. 598; 203, nt. 617	5.2.13:	54, nt. 201; 132, nt. 427; 174, nt. 547
5.2.8.9:	173, nt. 543; 198	5.2.14:	173, nt. 543; 182
5.2.8.10:	173, nt. 543; 199, nt. 610; 290, nt. 848; 294, nt. 860	5.2.15 pr.:	239, nt. 726
5.2.8.11:	197, nt. 598; 199, nt. 610	5.2.15.1:	173, nt. 543; 210, nt. 640
5.2.8.12:	133, nt. 430; 192; 217, nt. 658	5.2.15.2:	110; 167; 170; 170, nt. 538
		5.2.16.1:	165, nt. 523; 182
		5.2.17:	25, nt. 77
		5.2.17 pr.:	54, nt. 201; 174, nt. 547; 210, nt. 641
		5.2.17.1:	132, nt. 427; 195

5.2.18:	26, nt. 78; 196, nt. 595	5.3.17:	29, nt. 93
5.2.19:	132, nt. 427; 210, nt. 641	12.4.2:	25, nt. 76
5.2.20:	106; 171, nt. 539; 173, nt. 544	12.6.2.1:	26, nt. 80; 112, nt. 374
5.2.21 pr.:	173, nt. 543; 210	18.1.35.1:	243, nt. 732
5.2.21.1:	173, nt. 543	28.2.9.2:	292, nt. 855
5.2.21.2:	173, nt. 543; 192	28.3.6 pr.-4:	292, nt. 855
5.2.22 pr.:	178	28.5.47:	220, nt. 667
5.2.22.1-3:	180, nt. 561	28.5.93.1:	158, nt. 501
5.2.23 pr.:	191; 203, nt. 617	28.6.12:	236, nt. 716
5.2.23.1:	187	28.6.31:	25, nt. 74
5.2.24:	24; 173, nt. 543	29.2.60:	126, nt. 412
5.2.25 pr.:	173, nt. 543; 201; 253; 277, nt. 818	29.4.27.1:	220, nt. 667
5.2.25.1:	109; 109, nt. 371; 167; 173, nt. 543; 203, nt. 617; 210, nt. 641	31.1.1.1:	244
5.2.26:	193	31.87.3:	317
5.2.27 pr.:	210	31.87.4:	320
5.2.27.2:	209, nt. 639	32.1.43:	245
5.2.27.4:	160	34.3.30:	54, nt. 201; 174, nt. 547
5.2.28:	26, nt. 78; 26, nt. 80; 58, nt. 215; 157	34.9.4:	19, nt. 38
5.2.29:	26, nt. 78; 26, nt. 81	34.9.5 pr.:	190, nt. 583
5.2.29 pr.:	194	34.9.22:	180, nt. 561
5.2.30 pr.:	87, nt. 317; 297, nt. 869	35.1.92:	220, nt. 667
5.2.30.1:	26, nt. 78	35.2.42:	19, nt. 38
5.2.31:	58, nt. 215	37.4.8 pr.:	173, nt. 543
5.2.31 pr.:	181	37.4.10.5:	173, nt. 543
5.2.31.1:	173, nt. 543;	37.4.16:	220, nt. 667
5.2.31.2:	189, nt. 581	37.4.20 pr.:	25, nt. 74; 173, nt. 543
5.2.31.3:	189, nt. 580	37.12.3:	286, nt. 839
5.2.31.4:	190, nt. 583	38.2.3.4:	286, nt. 839
5.2.32:	18, nt. 30	38.5.1.8:	173, nt. 543
5.2.32 pr.:	189	38.6.7:	292, nt. 855
5.2.32 pr.-1:	187	38.8.1.1:	93, nt. 335
5.3.7:	26, nt. 79; 185, nt. 572	38.8.2:	30, nt. 97
5.3.8:	19, nt. 37	38.16.1.8:	292, nt. 855
		38.16.16:	286, nt. 839
		39.5.19:	315, nt. 915
		39.5.19.5:	315, nt. 915
		39.5.20.1:	315, nt. 915

40.4.47:	184, nt. 566	18:	304; 305, nt. 893; 330, nt. 967; 338; 339
40.5.1:	19, nt. 38	18.1:	305, nt. 894
40.7.19:	19, nt. 38	18.2:	307, nt. 897
40.7.29.1:	25, nt. 75; 49, nt. 187	18.3:	308, nt. 901
45.1.107:	220, nt. 667	22.47:	309, nt. 904
48.1.2:	20, nt. 43	84:	224
49.1.5.1:	26, nt. 81; 194, nt. 590; 195, nt. 592	92:	336; 337; 339; 339, nt. 996
49.1.14:	19, nt. 38	115:	304; 308; 309, nt. 904; 311, nt. 908
49.1.14 pr.:	194	115.3:	310, nt. 907
49.1.14.1:	196	115.5:	309, nt. 903; 312, nt. 911
49.17.1:	19, nt. 38	123.19:	303, nt. 890
50.17.123 pr.:	19, nt. 38		
50.17.123.1:	19, nt. 38		
50.17.124 pr.-1:	19, nt. 37		

Institutiones

<i>c. Imperatoriam</i> 6:	28, nt. 92
1.11.2:	296, nt. 866
2.10.14:	269, nt. 801
2.14 pr.:	228, nt. 695
2.18:	28; 122, nt. 396
2.18 pr.:	28, nt. 91
2.18.1:	216, nt. 655; 223, nt. 678; 232
2.18.2:	191
2.18.3:	271
2.18.6:	277, nt. 818
3.1.14:	297, nt. 870

Novellae

1 <i>prae</i> f.:	306, nt. 895
-------------------	--------------

FONTI BIZANTINE

Basilicorum Libri

39.1:	27, nt. 89; 39
39.1.4:	30, nt. 97
39.1.6:	109, nt. 371
39.1.21:	109, nt. 371
39.1.52:	231, nt. 699
39.1.57:	285, nt. 837
41.4.3:	339
41.4.4:	327, nt. 956
41.4.5:	333, nt. 982
41.4.6:	339

Basilicorum Scholia

1 <i>ad Bas.</i> 39.1.1:	20, nt. 41; 88; 89; 90
--------------------------	------------------------

2 ad Bas. 39.1.6:	110, nt. 371
3 ad Bas. 39.1.6:	110, nt. 371
6 ad Bas. 39.1.6:	154, nt. 489
3 ad Bas. 39.1.21:	109, nt. 371
3 ad Bas. 39.1.24:	312, nt. 908
1 ad Bas. 39.1.54:	282, nt. 828
1 ad Bas. 39.1.55:	283, nt. 832

Paraphrasis Theophili

2.18.1:	230, nt. 697
2.18.3:	275

B) FONTI LETTERARIE

Asconius

In Verrem

1.14:	78; 78, nt. 280
2.1.45.115:	136, nt. 444

{Auctor}

Rhetorica ad Herennium

1.13.23:	127, nt. 415
----------	--------------

Aurelius Victor

De viris illustribus

2.11-12:	78, nt. 281
----------	-------------

Cicero

De inventione

2.50.148-149:	127, nt. 416
---------------	--------------

De lege agraria

2.16.44:	47, nt. 186
2.17.44:	50, nt. 190

De oratore

1.38.173:	71; 71, nt. 251
1.38.175:	47, nt. 186; 159, nt. 503
1.39.176:	48, nt. 186
1.39.177:	48, nt. 186
1.39.180:	48, nt. 186
1.40.183:	48, nt. 186
1.56.238:	48, nt. 186

De republica

2.14:	78, nt. 281
2.21.38:	62, nt. 227
5.2.3:	62, nt. 227

Epistulae ad Atticum

16.14.3:	94, nt. 336
----------	-------------

In Verrem

2.1.42.107:	27, nt. 83; 88; 88, nt. 320; 94, nt. 336
2.1.45.114:	97, nt. 340
2.1.45.115:	50; 134, nt. 434
2.1.45.117:	97, nt. 340

Partitiones oratoriae

28.98: 97, nt. 340

Pro Cluentio

15.45: 27, nt. 84

60.175: 97, nt. 340

Dionysius Halicarnassensis

Antiquitates Romanae

4.25.2: 45, nt. 166; 63, nt. 227

Festus

De verborum significatu (Lindsay)

voce 'centumviralia iudicia' (47):
32; 43; 44, nt. 162; 69, nt.
243;76

voce 'curia' (42): 78; 78, nt. 279

Gellius

Noctes Atticae

15.27: 79, nt. 283

16.10.8: 44; 52, nt. 197

Livius

Ab Urbe condita libri

1.13.6-8: 78, nt. 281

1.41.5: 63, nt. 227

Lydus

De magistratibus

3.15: 290, nt. 850

Plinius Minor

Epistulae

5.1: 27, nt. 88; 43, nt. 159;
54, nt. 201; 73; 75, nt.
273; 104, nt. 360; 149,
nt. 476; 162, nt. 515;
183, nt. 565

5.1.4-6: 116, nt. 381

5.1.7: 72, nt. 259

5.1.9: 202

5.9.2-5: 57, nt. 211

6.12.2: 55, nt. 201; 162, nt.
516

6.33: 27, nt. 88; 30, nt. 97;
43, nt. 159; 54, nt. 201;
102; 103, nt. 357; 162,
nt. 515

Quintilianus

Institutio oratoria

3.10.3: 54, nt. 201

4.1.57: 71, nt. 253; 72, nt. 258

4.2.5: 27, nt. 86; 73; 74; 149,
nt. 478

7.2.4-5: 27, nt. 86

7.2.26: 27, nt. 86

7.4.11: 54, nt. 201

7.4.20: 54, nt. 201

9.2.9: 27, nt. 86; 94, nt. 336;
133, nt. 430

9.2.35: 27, nt. 86

Seneca Rhetor

BIBLIOGRAFIA

- ACERBI S., *La figura del 'silentarius' en la corte bizantina*, in *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, XIX, 2007
- AGNATI U., *Profili giuridici del 'repudium' nel secoli IV e V*, Napoli, 2017
- ALBANESE B., *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Torino, 1987
- AMELOTTI M., *Appunti sulla compilazione giustiniana. Appendice al corso di diritto romano del prof. M. Amelotti*, a cura di M. Bianchini, Torino, 1971
- AMELOTTI M., *Giustiniano maestro d'Istituzioni*, in *Scritti giuridici*, a cura di L. Migliardi Zingale, Torino, 1996
- AMELOTTI M., *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958
- AMELOTTI M., *Le forme classiche di testamento. I*, Torino, 1966
- AMELOTTI M., *Legge e volontà imperiale*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008
- AMELOTTI M., *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano, 1960
- AMELOTTI M., *Tardo antico, basso impero, impero bizantino*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. X Convegno Internazionale in onore di A. Biscardi*, a cura di G. Crifò e S. Giglio, Napoli, 1995
- AMIRANTE L., *Recensione a F. WIEACKER, Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, in *Labeo*, VII, 1961
- ANDRÉS SANTOS F.J., *El valor de las fuentes jurídicas bizantinas para la crítica textual y la 'Quellenforschung' del 'Corpus iuris civilis': una vision panorámica*, in *Textual Transmission in Byzantium: between Textual Criticism and 'Quellenforschung'*, Turnhout, 2014
- ANDT E., *La procédure par réscrit*, Paris, 1920

- ARANGIO-RUIZ V., *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1977
- ARANGIO-RUIZ V., *Recensione a F. WIEACKER, Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, in *BIDR*, III, 1961
- ARANGIO-RUIZ V., *Romanisti e latinisti*, in *Studi di diritto e di economia in onore di F. Mancaloni*, Sassari, 1938
- ARCARIA F., *'Referre ad principem'. Contributo allo studio delle 'epistulae' imperiali in età classica*, Milano, 2000
- ARCARIA F., *'Septemvitalia iudicia'. Contributo alla storia della 'querela inofficiosi testamenti' in età classica*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, I, Milano, 2009
- ARCHI G.G., *'Conditio liberationis' e 'restitutio in integrum' nella donazione*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, ora in *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1981
- ARCHI G.G., *Contributo alla critica del 'Corpus iuris'. CI. 6, 23, 24 e I. 2, 20, 34 in tema di 'heredis institutio'*, in *IURA*, V, 1954, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981
- ARCHI G.G., *Dote e donazione nel diritto romano*, in *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1981
- ARCHI G.G., *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970
- ARCHI G.G., *I principi generali del diritto. Compilazione teodosiana e legislazione giustiniana*, in *SDHI*, LVIII, 1991, ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Milano, 1995
- ARCHI G.G., *In tema di peculio quasi castrense*, in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981
- ARCHI G.G., *L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*, in *RIDA*, V, 1958, ora in *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1981
- ARCHI G.G., *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960
- ARCHI G.G., *La prova nel diritto del basso-impero*, in *IURA*, XII, 1961, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981

- ARCHI G.G., *La valutazione critica del 'Corpus Iuris'*, in *Riv. it. scienz. giur.*, LXXXVIII, 1951
- ARCHI G.G., *Recensione a F. WIEACKER, Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, in *IURA*, XII, 1961
- ASTOLFI R., *Costituzione di dote 'in fraudem legis Papiae' durante l'età postclassica*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968
- ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto della Roma preclassica*, Napoli, 2018
- BALIS G., *Die Natur der 'actio suppletoria'*, in *ZSS*, LXV, 1935
- BALZARINI M., *Le istituzioni di Gaio. Traduzione italiana*, Torino, 1998
- BARON J., *Die Conditionen*, Berlin, 1881
- BARTOCCI U., *'Dio mi scampi da Giustiniano e dal digesto': un severo giudizio di Giacomo Leopardi*, in *BIDR*, VIII, 2018
- BEHREND O., *Die römischen Geschworenenverfassung*, Göttingen, 1970
- BESLER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913
- BETTI E., *D.42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, Macerata, 1922
- BETTI E., *Successione intestata e successione necessaria. Lezioni raccolte dal dott. G. Gorla*, Milano, 1928-1929
- BIANCHI E., *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, Milano, 2009
- BICCARI M.L., *Prima traccia per una ricerca su "Dopo il Tardoantico: la voce dei giuristi nella costruzione dei codici e nella formazione dei giovani". Giovanni Nomofilace*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, LXVIII, 2017
- BICCARI M.L., *Sul titolo 'de iniuriis' del codice giustiniano: le costituzioni di Diocleziano e il diritto classico*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, LXXXIII, 2016
- BIONDI B., *Il diritto romano cristiano. III, La famiglia-Rapporti patrimoniali-Diritto pubblico*, Milano, 1954
- BISCARDI A., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968
- BONFANTE P., *Storia del diritto romano*⁴, II, Milano, 1959

- BONIFICIO F., *Recensione a F. SERRAO, La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954, in *IURA*, VI, 1955
- BONINI R., *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*⁴, Bologna, 1985
- BONINI R., *Ricerche sulla legislazione giustiniana dell'anno 535. 'Nov. Iustiniani' 8: venalità delle cariche e riforme dell'amministrazione periferica*, Bologna, 1976
- BONINI R., *Ricerche sulla legislazione giustiniana dell'anno 535*, Bologna, 1989
- BOTTA F., *La vendetta come 'officium pietatis'*, in *Diritto@Storia*, XIII, 2015
- BOYÉ A.J., *Essai critique sur une crux juris. La loi 'Mater' (Dig. V, 2, 19) et le papyrus de Heidelberg 1272*, in *RHD*, V, 1924
- BOZZA F., *'Actio in rem per sponsionem'*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930
- BOZZA F., *Sulla competenza dei 'centumviri'*, Napoli, 1928
- BRANDILEONE F., *Sulla storia e la natura della 'donatio propter nuptias'*, Bologna, 1892
- BRASIELLO U., *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali. I. L'aspetto innovativo-interpretativo*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, IV, Milano, 1956
- BRINI G., *Della condanna nelle 'legis actiones'*, Bologna, 1878
- BROGGINI G. (curavit), *Index Interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur*, Köln - Wien, 1969
- BRUGI B., *'Hereditatis petitio de inofficioso' secondo i contemporanei di Giustiniano*, in *Mélanges Fitting*, I, Montpellier, 1907
- BUONAMICI F., *La storia della procedura civile romana*, I, Roma, 1971 [rist. anast. ed. Pisa, 1886]
- BUONGIORNO P., *'Ad legem Glitiam'. Eine rätselhafte 'lex publica', die 'Fasti' der Jahre 21 und 22 n. Chr. und die Gestalt der kognitorischen 'querela inofficiosi testamenti' im 1. Jhdt. n. Chr.*, in *ZSS*, CXXXII, 2015
- BURDESE A., *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di F. Vassalli*, XII.5, Torino, 1980

- BURDESE A., *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Sem. Compl.*, I, 1989
- BUTI I., *Il 'praetor' e le formalità costitutive del processo formulare*, Napoli, 1984
- CANCELLI F., *La codificazione dell' 'edictum praetoris'*, Milano, 2010
- CÀSSOLA F. - LABRUNA L., *Linee di storia delle istituzioni repubblicane*², Napoli, 1979
- CAVALLO G., *Libro e pubblico alla fine del mondo antico*, in *Libri, editori e pubblico nel mondo antico. Guida storica e critica*³, Roma - Bari, 1984
- CENDERELLI A., *Il carattere non patrimoniale dell' 'actio iniuriarum' e D. 47.10.6-7*, in *Scritti romanistici*, Milano, 2011
- CENDERELLI A., *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di 'Res cottidianae'*, in *BIDR*, XL-XLI, 1998-1999
- CERVENCA G., voce *'Querella inofficiosae donationis'*, in *NNDI*, XIV, Torino, 1967
- CHABRUN C., *Essai su la 'querela inofficiosi testamenti'*, Paris, 1906
- CHITWOOD Z., *Byzantine Legal Culture and the Roman legal Tradition, 867-1056*, Cambridge, 2017
- CIMMA M.R., *'De non numerata pecunia'*, Milano, 1984
- COLLINET P., *La nature des 'querelae' des origines à Justinien*, in *SDHI*, XIX, 1953
- CONRAT M., *Der westgotische Paulus. Eine Rechtshistorische Untersuchung*, Amsterdam, 1907
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Volume I. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*², Torino, 2012
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Volume II. Profili generali*², Torino, 2012
- COPPOLA BISAZZA G., *La successione 'contra voluntatem defuncti' tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milano, 2014
- COPPOLA BISAZZA G., *La successione dei legittimari dal tardo-antico al post-moderno*, in *TSDP*, XI, 2016
- COPPOLA BISAZZA G., *Nascita e declino dell'adagio 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, in *TSDP*, V, 2012

- CORLAT J.-P., *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial a la fin du principat*, Paris, 1997
- CORLAT J.P., *Les tribunaux de l'empire à l'époque du Principat: état de la question et perspectives*, in 'Carmina iuris'. *Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, Paris, 2012
- COSSA G., *Per lo studio dei 'libri singulares'. Il caso di Paolo*, Milano, 2018
- CRISTALDI S.A., *Sulla clausola «quanti Titius rem aestimaverit» nella riflessione dei giuristi romani*, in *RIDA*, LVIII, 2011
- CUGIA S., *L'invalidità totale della istituzione d'erede*, Napoli, 1913
- CUNEO P.O., *La legislazione di Costantino II, Costanzo II e Costante (337 - 361)*, Milano, 1997
- DALLA D., 'Praemium emancipationis', Milano, 1983
- DE BONFILIS G., *Alcune riflessioni sulla legislazione di Costanzo II e Costante*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti V convegno Internazionale (Spello - Perugia - Bevagna - Sansepolcro, 14-17 ottobre 1981)*, Città di Castello, 1983
- DE FILIPPI M., 'Fragmenta Vaticana'. *Storia di un testo*, Bari, 1997
- DE FRANCISCI P., *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, XXIII, 1911
- DE FRANCISCI P., *Per la storia della legislazione imperiale durante il principato*, in *BIDR*, LXX, 1967
- DE FRANCISCI P., *Saggi di critica della parafrasi greca delle Istituzioni giustinianee*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965
- DE FRANCISCI P., *Sintesi storica del diritto romano*², Roma, 1962
- DE GIOVANNI L., *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989
- DE GIOVANNI L., *Il Libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti Chiesa-Stato*, Napoli, 1985
- DE IULIIS F., 'A vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus'. 'Codex Iustinianus' 3.28.34 e la successione ereditaria del nipote 'ex filio exheredato', Mantova, 2018
- DE JONG H., *Using the Basilica*, in *ZSS*, CXXXIII, 2016

- DEMICHELI A.M., *La novella 98 e la tutela patrimoniale dei figli nella legislazione post-classica e giustiniana*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008
- DERNBURG A., *Pandette*. III, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*⁶, trad. it., Torino, 1905
- DESANTI L., *Dominare la prassi. I rescritti diocleziani in materia di successioni*, in *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. Eck e S. Puliatti, Pavia, 2018
- DI LELLA L., *'Querela inofficiosi testamenti'*. *Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972
- DI LELLA L., voce *Successione necessaria (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990
- DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'Reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, Bologna, 2010
- DI OTTAVIO D., *Ricerche in tema di 'querela inofficiosi testamenti'*. I, *Le origini*, Napoli, 2012
- DI OTTAVIO D., *Sui precedenti retorici della 'querela inofficiosi testamenti' nel I sec. a.C.*, in *Index*, XXXVII, 2009
- DI OTTAVIO D., *Una bibliografia ragionata in tema di 'querela inofficiosi testamenti': schede di lettura*, in *Scritti di storia del diritto e bibliografia giuridica offerti a G. Bonfanti*, a cura di U. Petronio e O. Diliberto, Macerata, 2012
- DI PAOLA S., *'Donatio mortis causa'*, Napoli, 1969
- DI PAOLA S., *Saggi in materia di 'hereditatis petitio'*, Milano, 1954
- DI SALVO S., *Collazione e riunione fittizia. Distanze e contiguità nella storia giuridica*, XII, 2019
- DILLON J.N., *The Emperor's New Prose: the Style of the Legislation of Diocletian*, in *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. Eck e S. Puliatti, Pavia, 2018
- DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN J., *Lost and Found: on the Recovery of forgotten classical Institutions in early byzantine legal Texts*, in *Textual Transmission*

- in Byzantium: between Textual Criticism and 'Quellenforschung',
Turnhout, 2014*
- DONATUTI G., *L'origine della 'querella inofficiosae donationis'*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, III, Palermo, 1936
- DUPONT C., *Les successions dans les constitutions de Constantin*, in *IURA*, XV, 1964
- DURSI D., *Le Istituzioni di Elio Marciano*, Cagliari, 2018
- DURSI D., *'Aelius Marcianus. Institutionum Libri I-V'*, Roma, 2019
- EISELE F., *Zur 'querela inofficiosi testamenti'*, in *ZSS*, XV, 1894
- ESMEIN A., *Le testament du mari et la 'donatio ante nuptias'*, in *NRHD*, 1884
- EVANGELISTI M., *Profili di rilevanza dell'errore nel diritto ereditario romano*, Ospedaletto, 2018
- FADDA C., *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1900-1902
- FALCON M., *'Ipsam rem condemnare' in Gai 4.48*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2015
- FALCONE G., *Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli 'antecessores'*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J.H.A. Lokin e B.H. Stolte, Pavia, 2011
- FARANDA R., *Introduzione a Detti e fatti memorabili di Valerio Massimo*, Torino, 1987
- FASCIONE L., *Il diritto di successione attiva del 'filius familias'*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008
- FEIN E., *Das Recht der Collation, dargestellt nach den Grundsatzendes römischen Rechts*, Heidelberg, 1849
- FELDMAN L.H. - REINHOLD M. (edited by), *Jewish Life and Thought among Greeks and Romans. Primary Reading*, Edinburgh, 1996
- FERCIA R., *'Querela inofficiosi testamenti' e 'iudicatum': problemi e prospettive tra II e III secolo*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, XI, 2013, ora anche in *'Res iudicata'*, a cura di L. Garofalo, II, Napoli, 2015

- FERNANDEZ DE BUJAN A., *La legitimacion de los parientes colaterales privilegiados en la impugnacion del testamento inoficioso*, in *SDHI*, LV, 1989
- FERRARI G., voce '*Querella non numeratae pecuniae*', in *NNDI*, XIV, Torino, 1967
- FERRETTI P., *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000
- FERRINI C., *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976
[rist. anast.]
- FERRINI C., *Intorno all'indice de' Digesti di Stefano (nota preliminare)*, in *Opere. I, Studi di diritto romano bizantino*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Milano, 1929
- FERRINI C., *Intorno all'ordinamento dell'Editto pretorio prima di Salvio Giuliano*, in *Opere di C. Ferrini. II. Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929
- FERRINI C., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere di C. Ferrini. II. Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929
- FIORI R., '*Bonus vir*'. *Politica filosofia retorica e diritto nel 'de officiis' di Cicerone*, Napoli, 2011
- FIORI R., '*Ea res agatur*'. *I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003
- FORCELLINI E., '*Lexicon totius latinitatis*', Padova, 1940
- FRANCIOSI G., '*Usucapio pro herede*'. *Contributo allo studio dell'antica 'hereditas'*, Napoli, 1965
- FRANCIOSI G., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*³, Torino, 1995
- FRANCIOSI G., *I creditori e l'obbligo dei 'sacra'*, in *Syntelesia V*. Arangio-Ruiz, Napoli, 1964
- FRANCIOSI G., *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961
- FUENTESECA M., *El enigmático significado de 'litem suam facere'*, in *IURA*, LXIII, 2015
- G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima "per equivalente")*, in *Riv. dir. civ.*, 2009
- GAGLIARDI L., '*Decemviri*' e '*centumviri*'. *Origini e competenze*, Milano, 2002

- GAGLIARDI L., *'Querela inofficiosi testamenti con pluralidad de herederos forzosos (derecho romano y bizantino)*, in *Sem. Compl.*, XVIII, 2015
- GAGLIARDI L., *I collegi giudicanti: 'decemviri', 'centumviri', 'septemviri', 'recuperatores'*. *Riflessioni vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2012
- GAGLIARDI L., *La divisione in 'consilia' del collegio centumvirale e la 'Basilica Iulia'*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-1999
- GAGLIARDI L., *Multiple Forced Heirs and the Action for Undutiful Will in Roman Law: Classical and Byzantine Texts*, in *Forum Historiae Iuris*, 2015
- GAGLIARDI L., *Studi sulla legittimazione alla 'querela inofficiosi testamenti' in diritto romano e bizantino*, Milano, 2017
- GALGANO F., *Attività normative e resistenze della pratica nell'oriente provinciale romano. Successioni ereditarie e rapporti familiari in una lettura del manoscritto Londinese del cd. 'Liber Syro-romanus'*, Napoli, 2017
- GANDOLFI G., *Sulla evoluzione della 'hereditas' alla luce del regime dei 'sacra'*. (*Cic. 'De legibus'*, 2, 19-20, 47-49), in *SDHI*, XXI, 1955
- GARBARINO P., *Brevi riflessioni sui rapporti tra 'res militaris' ed esperienza giuridica in età tardoantica e giustiniana*, in *'Civitas, Iura, Arma'. Organizzazioni militari, istituzioni giuridiche e strutture sociali alle origini dell'Europa (secc. III-VIII). Atti del Seminario internazionale (Cagliari 5-6 ottobre 2012)*, a cura di F. Botta e L. Loschiavo, Lecce, 2015
- GARCÍA GARRIDO M.J., *Diccionario de jurisprudencia romana*³, Madrid, 1988
- GAROFALO L., *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005
- GAROFALO L., *L'arbitraggio sul prezzo*, in *'Vir bonus'. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio (Trani, 28-29 ottobre 2011). Atti*, a cura di A. Lovato, Bari, 2013, ora in *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015

- GAUDEMET J., *Les constitutions constantiniennes du Code Théodosien*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti V convegno Internazionale (Spello - Perugia - Bevagna - Sansepolcro, 14-17 ottobre 1981)*, Città di Castello, 1983
- GIOFFREDI C., *Contributi allo studio del processo civile romano. Note critiche e spunti ricostruttivi*, Milano, 1947
- GIOMARO A.M., *La tipicità delle 'legis actiones' e la 'nominatio causae'*, Milano, 1988
- GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, VI-VII, Erlangen, 1800-1804
- GLÜCK C.F., *Commentario alle Pandette tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia*, V, trad. it., Milano, 1893
- GOESCHEN F.L., *Institutionum commentarii quattuor ex membranis deleticiis*, Berolini, 1842
- GORIA F., *Azioni reali per le restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese (Torino, 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994
- GORIA F., *I 'Basilici' e l'edizione di K.-W.-E. Heimbach*, in *Basilicorum Libri LX* (ed. C.G.E. Heimbach), ristampa digitale, a cura di M.A. Fino, Milano, 2002
- GOTHOFREDUS I., *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Hildesheim - New York, 1975
- GRADENWITZ O (herausgegeben von), *Heidelberg Index zum Theodosianum*, Berlin, 1925
- GUALANDI G., *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I-II, Milano, 1963
- GUARINO A., *'Collatio bonorum'*, Napoli, 1936
- GUARINO A., *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I-II, a cura di L. Labruna, Napoli, 1982
- GUASCO A., *L'indegnità a succedere. Tra 'bona ereptoria' e 'diritto di rappresentazione'*, Napoli, 2018
- GULINA G., *'Hereditatis petitio' e 'querela inofficiosi testamenti' nella successione di M. Anneo Carseolano*, in *IAH*, VIII, 2016

- GULINA G., *'Lege agere damni infecti' e 'pignoris capio'*. Egesi e logica di Gai., *'inst.'* 4.31, in *RDR*, VI, 2006
- GULINA G., *Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della 'querela inofficiosi testamenti' (Plin. ep. 6.33.2-6 e 9)*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, a cura di A. Palma, II, Napoli, 2009
- GULINA G., *Contributo allo studio della 'satisfatio pro praede litis et vindiciarum'*, in *AUPA*, LVI, 2013
- GULINA G., *Il pretore 'qui centumviralibus praesidet' in Plin. epist. 5.9.1-5*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano, 2010
- GULINA G., *Il testamento inofficioso nella cognizione dei magistrati dell' 'ordo'. Il caso di Terenzio (Val. Max. 7.7.5)*, in *IAH*, X, 2018
- GULINA G., *La 'querela inofficiosi testamenti' nella testimonianza di Plinio il Giovane*, in *SDHI*, LXXV, 2009
- GULINA G., *La cognizione centumvirale generale nel caso del 'militans' di Val. Max. 7.7.1*, in *IAH*, VII, 2015
- GULINA G., *La cognizione straordinaria del 'princeps' nei casi di C. Tettio e dei fratelli Tracali*, in *IAH*, XIX, 2017
- GULINA G., *Testamento e 'officium pietatis' in Cicerone*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di G. Furguele*, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017
- GUTIÉRREZ MASSON L., *'Actio ad implendam legitimam firmitatem testamenti conservandi causa'. La preterición testamentaria parcial en derecho romano*, in *BIDR*, XLII-XLIII, 2000-2001
- GUTIÉRREZ MASSON L., *Il complemento della legittima e la clausola suppletoria nelle fonti postclassiche e giustinianee*, in *Ius Antiquum*, X.2, 2002
- HALL L.J., *Clyde Pharr, the Women of Vanderbilt, and the Wyoming Judge: the Story behind the Translation of the Theodosian Code in Mid-Century America*, in *Roman Legal Tradition*, VIII, 2012
- HARTMANN M.G., *Über die 'querela inofficiosi testamenti' nach klassischem Recht*, Basel, 1864

- HEIMBACH G.E., in *Basilicorum Libri LX*, VI. *Prolegomena et manuale basilicorum continens*, Lipsiae, 1870
- HELLWIG H., *Erbrechtsfeststellung und Reszission des Erbschaftserwerb. Beitrage zur Lehre von der 'querela inofficiosi testamenti' des klassischen römischen Rechts*, Leipzig, 1908
- HONORÉ T., *Ulpian*, Oxford, 1982
- JOBÉ DUVAL É., *Explication de la loi 16 au code 'de inofficioso testamento'*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907
- JOBÉ DUVAL É., *Histoire de la doctrine relative a la nature de la 'querela inofficiosi testamenti'*, in *RD*, XXXI, 1907
- JOBÉ DUVAL É., *La nature de la 'querela inofficiosi testamenti' selon les jurisconsultes byzantins*, in *Mélanges Fitting*, I, Montpellier, 1907
- JOBÉ-DUVAL É., *Explication du n. 173 du livre 1 du 'De oratore' de Ciceron*, in *RHD*, XXVIII, 1904 e in *RHD*, XIX, 1905
- KARLOWA O., *Der römische Civilprozess zur Zeit der 'Legisactionem'*, Berlin, 1872
- KASER - K HACKL M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996
- KASER M., *Das altrömische 'ius'*, Göttingen, 1949
- KASER M., *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955
- KASER M., *Erbe und 'conventio in manum'*, in *IURA*, I, 1950
- KASER M., *Gli inizi della 'cognitio extra ordinem'*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milano, 1968
- KASER M., *Storia del diritto romano*, Milano, 1967
- KEARLEY T.G., *From Rome to Restatement: S.P. Scott, Fred Blume, Clyde Pharr, and the Roman Law in Early Twentieth-Century America*, in *Law Library Journal*, CVIII.1, 2016
- KELLY J.M., *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976
- KLÍMA J., *'Querela inofficiosi testamenti'*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano e storia del diritto (Verona, 27-29 settembre 1948)*, III, Milano, 1953

- KRUEGER P. - MOMMSEN TH. (ediderunt), *Codex Theodosianus. Volumen I. Theodosiani Libri XVI cum constitutionibus Sirmondinis. Pars Prior. Prolegomena*, rist. Germania, 1990
- KRÜGER H., '*Querela inofficiosi testamenti*', in ZSS, LVII, 1937
- KRÜGER H., *Die unmässige Schenkung*, in ZSS, LX, 1940
- KRÜGER H., *Nachträge zur 'querela inofficiosi'*, in BIDR, XLVII, 1940
- KRÜGER H., *Zum römischen Pflichtteilsrecht*, in *Festschrift Koschaker*, II, 1939
- KUNKEL W., *Untersuchungen zur Entwicklung del romischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, Monaco, 1962
- KUNTZE J.E., *Excuse uber romisches Rechts*, Leipzig, 1869
- KURILOWICZ M., '*Adoptio plena*' und '*minus plena*', in *Labeo*, XXV, 1979
- LA PIRA G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930
- LA ROSA F., '*Decemviri*' e '*centumviri*', in *Labeo*, IV, 1958
- LA ROSA F., *I 'peculii' speciali in diritto romano*, Milano, 1953
- LAMBERTI F., *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte di diritto e persone in Roma antica*, Torino, 2014
- LAMBERTI F., *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana, II. Profili del regime classico*, Milano, 2001
- LAMBERTINI R., *La codificazione di Alarico II*, Torino, 1990
- LAMBRINI P., *Le norme di diritto privato: i contratti e la rescissione per lesione enorme*, in *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. Eck e S. Puliatti, Pavia, 2018
- LANATA G., *Legislazione e natura delle Novelle di Giustiniano*, Napoli, 1984
- LAURENDI R., *Apporti della tradizione romanistica al diritto privato europeo, in Atene e Roma alle origini della democrazia moderna e la tradizione romanistica nei sistemi di 'Civil law' e di 'Common law'*, Torino, 2016
- LAURIA M., *L'errore nei negozi giuridici*, Milano, 1927
- LAVAGGI G., '*L'indegnità a succedere per soccombenza nella 'querella inofficiosi testamenti'*', in SDHI, V, 1939

- LAVAGGI G., *Una riforma ignorata di Giustiniano: 'Adrogatio plena' e 'minus plena'*, in *SDHI*, XII, 1946
- LEMOSSE M., *'Cognitio'. Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Paris, 1944
- LENEL O., *'Palingenesia iuris civilis'*, II, Lipsiae, 1889
- LENEL O., *Das 'edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927
- LEONHARD R., *'Bonorum collatio'*, in *PW*, III.1, Stuttgart, 1897
- LEVY E. - RABEL E. (curaverunt), *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar, 1929
- LEVY E., *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, in *ZSS*, LIV, 1934
- LEVY E., *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956
- LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960
- LIEBS D., *'Ulpiani opinionum libri VI'*, in *TR*, XLI, 1973
- LIEBS D., *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, in *ZSS*, CXII, 1995
- LIEBS D., *Römische Jurisprudenz in Africa: Mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin, 1993
- LOKIN J.H.A. - MEIJERING R. - STOLTE B.H. - VAN DER WAL N. (edited by), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, Groningen, 2010.
- LOKIN J.H.A. - VON BOCHOVE T.E., *Compilazione - educazione - purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai 'Basilica cum scholiis'*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J.H.A. Lokin e B.H. Stolte, Pavia, 2011
- LOKIN J.H.A., *'Habent sua fata Basilica'*, in *Subsecutiva Groningana*, III, 1989
- LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *La buona fede 'mortis causa'? Le disposizioni 'poenae nomine' e la 'querela inofficiosi testamenti'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2003
- LONGO G., *L'hereditatis petitio*, Padova, 1933
- LONGO G., voce *Collazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960

- LOSCHIAVO L. - MANCINI G. - VANO C. (a cura di), *'Novellae Constitutiones'. L'Ultima legislazione di Giustiniano tra oriente e occidente da Triboniano a Savigny*, Napoli, 2011
- LOTMAR P., *Kritische Studien in Sachen der Contravindication*, München, 1878
- LOUIS-LUCAS P., *Étude sur la vénalité des charges et fonctions publiques et sur celle des offices ministériels depuis l'antiquité romaine jusqu'à nos jours*, I, Paris, 1883
- LOVATO A. - PULIATTI S. - SOLIDORO L., *Diritto privato romano²*, Torino, 2017
- LOVATO A., *Studi sulle 'disputationes' di Ulpiano*, Bari, 2003
- LOZANO CORBÍ E., *Las donaciones nupciales en el Derecho Romano*, in *RIDA*, XLII, 1995
- LUCETTI G. - DE PRETIS A.L. - MATTIOLI F. - PONTORIERO I., *'Iulius Paulus. Ad Edictum Libri I-III'*, Roma, 2018
- LUCETTI G., *Brevi note su I. 2, 7, 3: aspetti della riforma giustiniana della donazione nuziale*, in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004
- LUCETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996
- LUZZATTO G.I., *Il problema d'origine del processo 'extra ordinem'. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965
- LUZZATTO G.I., *Procedura civile romana, II. Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948
- LUZZATTO G.I., *Spunti critici in tema di 'actio in rem per sponsionem'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, Milano, 1953, 173
- LUZZATTO G.I., voce *'Detestatio sacrorum'*, in *NNDI*, V, Torino, 1968
- MAIURI A., *'Sacra privata'. Rituali domestici e istituti giuridici in Roma antica*, Roma, 2013
- MANNA L., *'Res iudicata pro veritate accipitur'. Origini e significato di una 'regula iuris'*, in *'Res iudicata'*, a cura di L. Garofalo, I, Napoli, 2015
- MANNINO V., *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato 'boni viri'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova -*

- Venezia - Treviso, 14-16 giugno 2001*), a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2003
- MANNINO V., *Il calcolo della 'quarta hereditatis' e la volontà del testatore*, Napoli, 1989
- MANTOVANI D., *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987
- MANTOVANI D., *ERC-Project Redhis: a new appreciation of Juristic texts and Patterns of thought in Late Antiquity. Il programma e i primi risultati*, in *Texte wiederherstellen, Kontexte rekonstruieren. Internationale Tagung über Methoden zur Erstellung einer Palingenesie. Münster, 23-24 April 2015*, herausgegeben von Sebastian Lohsse, Salvatore Marino und Pierangelo Buongiorno, Stuttgart, 2017
- MANTOVANI D., *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano²*, Padova, 1999
- MANZO A., *Un'ipotesi sull'origine della dote*, in *Index*, XXV, 1997
- MARAVAL P., *Giustiniano. Il sogno di un impero cristiano universale*, trad. it., Palermo, 2017
- MAROTTA V., *La 'recitatio' degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica*, in *'Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, a cura di V. Marotta ed E. Stolfi, Roma, 2012
- MARRONE M., *'Querela inofficiosi testamenti'*. *Lezioni di diritto romano*, Palermo, 1962
- MARRONE M., *Di nuovo in materia di 'querela inofficiosi testamenti'*, in *AUPA*, XXVII, 1959
- MARRONE M., *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*, Palermo, 1965
- MARRONE M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955
- MARRONE M., *Sulla natura della 'querela inofficiosi testamenti'*, in *SDHI*, XXI, 1955
- MARRONE M., voce *'Querella inofficiosi testamenti'*, in *NNDI*, XIV, Torino, 1967

- MARRONE M., voce 'Septemviri', in *NNDI*, XVII, Torino, 1970
- MARTINI R., *Gaio e le 'Res cottidianae'*, in *AUPA*, LV, 2012
- MARTINI R., *La legislazione di Augusto e la durata dei processi*, in *Sem. Compl.*, I, 1989
- MASI DORIA C., *'Bona libertorum'. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996
- MASTRANGELO L., *Il 'peculium quasi castrense'. Privilegio dei 'palatini' in età tardo antica*, in *RIDA*, LII, 2005
- MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*⁴, in *Trattato Cicu-Messineo*, XLIII.2, Milano, 2000
- METRO A., *Esempi di contraddizioni fra Istituzioni e 'Digesta'*, in *'Carmina Iuris'. Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, édité par E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerrière-Lacroix, Paris, 2012
- METRO A., *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972
- METZGER E. (edited by), *A Companion to Justinian's 'Institutes'*, London, 1998
- MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS G., *Contribution de l'étude des pactes successoraux en droit byzantin (justinien et post-justinien)*, Paris, 1937
- MIGLIORINI M., *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano*, Milano, 2001
- MINALE V.M., *Arangio-Ruiz e i 'Basilici': uno scritto (quasi) inedito*, in *Index*, XXXIX, 2011
- MITTEIS L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I: Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, 1908
- MOMMSEN T., *Disegno del diritto pubblico romano*, trad. it., Milano, 1893
- MOZZILLO A., voce 'Collatio', in *NNDI*, V, Torino, 1959
- MÜHLENBRUCH C.F., in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. it., XXVIII.2, Milano, 1901
- MÜLLER-EISELT K.P., *'Divus Pius constituit'. Kaiserliches Erbrecht*, Berlin, 1982
- MURGA J.L., *Derecho romano clásico*, Zaragoza, 1980
- NABER J.C., *'Ad bonorum possessionem litis ordinandae gratia'*, in *'Observatiunculae de iure Romano' CXII*, in *Mnemosyne*, XLVIII, 1920

- NABER J.C., *'Ad edictum de inofficioso'*, in *'Observatiunculae de iure Romano' CIV*, in *Mnemosyne*, XL, 1912
- NABER J.-C., *'De centumvirali iudicio'*, in *'Observatiunculae de iure Romano LXXVII'*, in *Mnemosyne*, XXV, 1897
- NARDI E., *'Insania' autentica e 'insania' per modo di dire*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, número especial *Estudos em Homenagem aos Profs. P. Merêa e G. Braga da Cruz*, 1983, ora in *Scritti minori*, I, rist. Bologna, 1991
- NARDI E., *Giustiniano e l'adozione*, in *Estudios en homenaje al professor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, ora in *Scritti minori*, I, rist. Bologna, 1991
- NARDI E., *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, 88.
- NARDI E., *In tema di indegnità da soccombenza nella 'querella inofficiosi testamenti'*, in *SDHI*, V, 1939
- NARDI E., *Una 'dubitatio' da chiarire*, in *Scritti minori*, I, rist. Bologna, 1991
- NEGRI G., *La clausola codicillare nel testamento inofficioso. Saggi storico-giuridici*, Milano, 1975
- NICOLAU M. - COLLINET P., *Gaius, Institutes IV, 48. La Condamnation pécuniaire sous les actions de la loi*, in *RIDA*, 1936
- NICOLETTI A., voce *Dote (dir. rom.)*, in *NNDI*, VI, Torino, 1960
- NICOSIA G., *Dalla creazione di un secondo pretore giusdicente alla progressiva autonomizzazione della 'iurisdictio peregrina'*. *Corso di diritto romano*, Catania, 1994-1995, e ora in *Silloge. Scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998
- NICOSIA G., *Il processo privato romano. I. Le origini*, Catania, 1980
- NICOSIA G., *Studi sulla 'deiectio'*, Milano, 1964
- ONG W.J., *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 1986
- ORESTANO R., *Appunti sulla 'cognitio extra ordinem'*. *Corso di diritto romano. Anno accademico 1950-1951*, in *Scritti con una nota di lettura di A. Mantello*. II, *Sezione prima saggistica*, Napoli, 1998
- ORESTANO R., *Augusto e la 'cognitio extra ordinem'*, in *Studi Economico-Giuridici per cura della Facoltà di Giurisprudenza Università di Cagliari*, XXVI,

- 1938, ora in *Scritti. Con una nota di lettura di A. Mantello*. I, Sezione prima Saggistica, Napoli, 1998
- ORESTANO R., *La 'cognitio extra ordinem': una chimera*, in *SDHI*, XLVI, 1980, ora in *Scritti con una nota di lettura di A. Mantello*. III, Sezione prima saggistica, Napoli, 1998
- ORTU R., *Alle origini del 'iudicium privatum'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, 2012
- PALAZZOLO N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974
- PAPAKONSTANTINO K., *Die 'collatio dotis': Mitgift und Miterben-Auseinandersetzung im römischen Recht*, Köln, 1998
- PELLOSO C., *'Bis de eadem re sit actio': osservazioni sulla ripetibilità delle azioni reali e sulla funzione dell'eccezione di cosa giudicata*, in *'Res iudicata'*, a cura di L. Garofalo, I, Napoli, 2015
- PELLOSO C., *'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di 'Tab. 1.8'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, 2012
- PELLOSO C., *Ricerche sulle assemblee quiritarie*, Napoli, 2018
- PÉREZ SIMEÓN M., *'Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid - Barcellona, 2001
- PÉREZ SIMEÓN M., *La 'facultas agendi' en la 'querela inofficiosi testamenti' clásica*, in *IURA*, LXV, 2017
- PERGAMI F., *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano, 2007
- PERNICE A., *L' 'ordo iudiciorum' e l' 'extraordinaria cognitio' durante l'impero romano*, in *Arch. Giur.*, XXXVI, 1886
- PERNICE A., *Parerga. Der sogenannte Realverbalkontrakt*, in *ZSS*, XIII, 1892

- PERNICE A., *Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit*, in *Juristische Abhandlungen, Festgabe für Georg Beseler*, Berlin, 1885
- PESCANI P., voce *'Indices'*, in *NNDI*, VIII, Torino, 1962
- PESCANI P., voce *Stefano*, in *NNDI*, XVIII, Torino, 1971
- PHARR C. (edited by), *The Theodosian Code and the Novels and the Sirmondian Constitutions. A translation with commentary, glossary and bibliography*, Princeton, 1952
- PICCIRILLO A., voce *'Tribus'*, in *NNDI*, XIX, Torino, 1957
- PICCIRILLO A., voce *Rescissione (dir. rom.)*, in *NNDI*, Torino, 1970
- POLAČEK A., *La forma come conseguenza delle volontà nel diritto romano*, in *Labeo*, XXVIII, 1982
- PRINGSHEIM F., *Die 'collatio dotis' an die 'Emancipati'*, in *SDHI*, IV, 1938
- PRINGSHEIM F., *Über die Basiliken-Scholien*, in *ZSS*, LXXX, 1963
- PROVERA G., *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970
- PROVERA G., *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989
- PUGLIESE G., *Il processo civile romano. I, Le 'legis actiones'*, Roma, 1962
- PULIATTI S., *'De cuius hereditate agitur'. Il regime romano delle successioni*, Torino, 2016
- PULIATTI S., *'Eas quas postea promulgavimus constitutiones'. Sui rapporti 'Novellae-Codex' nella prospettiva giustiniana*, in *'Novellae Constitutiones'. L'Ultima legislazione di Giustiniano tra oriente e occidente da Triboniano a Savigny*, a cura di L. Loschiavo, G. Mancini e C. Vano, Napoli, 2011
- PULITANÒ F., *In tema di collazione ereditaria nel tardo antico*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno internazionale in onore di G. Crifò*, I, Roma, 2010
- PULITANÒ F., *Ricerche sulla 'bonorum possessio ab intestato' nell'età tardo-romana*, Torino, 1999
- QUADRATO R., *'Hereditatis petitio possessoria'*, Napoli, 1972

- QUADRATO R., voce *Petizione di eredità (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1983
- QUERZOLI S., *'Inofficiosum testamentum dicere': tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra i Flavi e gli Antonini*, in *Ostraka*, VIII.2, 1999
- QUERZOLI S., *I 'testamenta' e gli 'officia pietatis'. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, 2000
- RABELLO A.M., *The Samaritans in Justinian's 'Corpus iuris civilis'*, in *The Jews in the Roman Empire: Legal Problems, from Herod to Justinian*, Aldershot - Burlington USA - Singapore - Sydney, 2000
- RAGGI A., *'Praetor qui inter peregrinos et cives ius dicit' nel trattato tra Roma e i Lici (46 a.C.)*, in *'Eparcheia', autonomia e 'civitas Romana'. Studi sulla giurisdizione criminale dei governatori di provincia (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, a cura di D. Mantovani e L. Pellicchi, Pavia, 2010
- RANDAZZO S., *Bipartizione del processo e attività giudicante. Un'ipotesi di lavoro*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, 2012
- RAVEGNANI G., *Teodora*, Milano, 2019
- REDENTI E., *Pluralità di parti nel processo civile (diritto romano)*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo. Volume primo. Intorno al diritto processuale*, Milano, 1962
- REID C.J., *The Jurisprudence of the Forced Share in the Ancient World: From Cicero to Justinian?*, in *University of St. Thomas School of Law. Legal Studies Research Paper n. 16-01*, 2016
- RENIER E., *Étude sur l'histoire de la 'querela inofficiosi testamenti'*, Liège, 1942
- RIBAS ALBA J.M., *La desheredacion injustificada en derecho romano. 'Querella inofficiosi testamenti': fundamentos y régimen clásico*, Granada, 1998
- RIBAS ALBA J.M., *Una pretendida controversia entre Papiniano-Ulpiano y Paulo: en torno a D. 5.2.19 (Paulo 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legítima*, in *IURA*, XII, 1988
- RIZZELLI G., *Modelli di 'follia' nella cultura dei giuristi romani*, Lecce, 2014
- RIZZELLI G., *Padri romani. Discorsi, modelli, norme*, Lecce, 2017

- RIZZI M., *'Imperator cognoscens decrevit'. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano, 2012
- RIZZI M., *Spunti interpretativi in tema di 'agere per sponsionem'*, in *IURA*, LIV, 2003
- ROBLEDA O.S., *La nulidad del Acto Jurídico²*, Roma, 1964
- ROMANO A., *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna pecuniaria arcaica*, Milano, 1986
- RÜGER D., *Die 'donatio mortis causa' im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011
- RUGGIERO I., *Immagini di 'ius receptum' nelle 'Pauli Sententiae'*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009
- RUGGIERO I., *Ricerche sulle 'Pauli Sententiae'*, Milano, 2017
- RUSSO RUGGERI C., *La 'datio in adoptionem'. I. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale*, Milano, 1990
- RUSSO RUGGERI C., *La 'datio in adoptionem'. II. Dalla pretesa influenza ellenocristiana alla riforma giustiniana*, Milano, 1995
- RUSSO RUGGERI C., *Studi su Teofilo*, Torino, 2016
- SALOMONE A., *'Iniuria iudicis' tra assistenza nella lite, assunzione del giudizio ed appello del terzo*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2015
- SALOMONE A., *Riflessioni in tema di 'auctoritas rei iudicatae'*, in *'Res iudicata'*, a cura di L. Garofalo, I, Napoli, 2015
- SAMPER F., *'Pars debita' en el derecho romano vulgar*, in *SDHI*, XXXVII, 1971
- SAMPER F., *La disposición 'mortis causa' en el derecho romano vulgar*, in *AHDE*, XXXVIII, 1968
- SANFILIPPO C., *Potere del 'princeps' e diritto testamentario*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di B. Paradisi*, Firenze, 1982
- SANFILIPPO C., *Studi sull' 'hereditas'*, I, in *AUPA*, XVII, 1937
- SANGUINETTI A., *Considerazioni sull'origine del principio 'sui heredes instituendi sunt vel exheredandi'*, in *SDHI*, LIX, 1993

- SANGUINETTI A., *Dalla 'querela' alla 'portio legitima'. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, Milano, 1996
- SANIO F.D., *Varroniana in den Schriften der romischen Juristen. Das Fragment des Pomponius 'de origine iuris'*, Leipzig, 1867
- SANTALUCIA B., *Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo*, in *SDHI*, XXXI, 1965
- SANTALUCIA B., *I 'libri opinionum' di Ulpiano*, I, Milano, 1971
- SCARCELLA A.S., *La parafrasi di Teofilo: un contributo al recupero di valori tradizionali nell'età dell'assolutismo imperiale*, Milano, 2017
- SCEVOLA R., *'Negotium mixtum cum donatione'. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008
- SCEVOLA R., *La 'collusio' nella prospettiva della giurisprudenza classica: origini storiche, aspetti concettuali e profili rimediali*, in *'Res iudicata'*, a cura di L. Garofalo, II, Napoli, 2015
- SCEVOLA R., *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano, 2004
- SCHERILLO G., voce *'Codex Theodosianus'*, in *NNDI*, III, Torino, 1959
- SCHINDLER K.-H., *Justinians Haltung zur Klassik: Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln - Graz, 1996
- SCHIPANI S. (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, II, con la collaborazione di L. Lantella, Milano, 2005
- SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951
- SCHULZ F., *History of roman legal science*, Oxford, 1946
- SCHULZ F., *I principii del diritto romano*, Firenze, 1995 [anast.]
- SCHULZ F., *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968
- SCIORTINO S., *Il nome dell'azione nel 'libellus conventionis' giustiniano*, Torino, 2018
- SCIUTO P., *'Rescindere'. Storia di una nozione giuridica. I. Dall'esperienza repubblicana alle soglie dell'età diocleziana*, Catania, 2009
- SCIUTO P., *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di 'rescindere' nell'esperienza di Roma antica*, Torino, 2013

- SEGNALINI S., *L'editto carboniano*, Napoli, 2007
- SERRAO F., *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954
- SIBER H., *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, Berlin, 1928
- SICCAMA S.T., *'De iudicio centumvirali libri II'*, Franeker, 1596
- SILLA F.M., *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova, 2008
- SIMONIUS P., *Die 'Donatio mortis causa' im klassische römischen Recht*, Basel, 1958
- SIRACUSA R., *La nozione di 'universitas' in diritto romano*, Milano, 2016
- SIRKS A.J.B., *'Sacra', succession and the 'lex Voconia'*, in *Latomus*, LIII, 1994
- SITZIA F., *'De actionibus'. Edizione e commento*, Milano, 1973
- SITZIA F., *Lettori del Digesto nel mondo bizantino*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, a cura di D. Mantovani e A. Padoa Schioppa, Pavia, 2014
- SOLAZZI S., *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932
- SOLAZZI S., *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899
- SOLAZZI S., *Sulla 'condicio emancipationis'*, in *Arch. Giur.*, LXXXVI, 1921
- SOLIDORO MARUOTTI L., *La perdita dell'azione civile per decorso del tempo nel diritto romano. Profili generali*, in *TSDP*, III, 2010
- SPAGNUOLO VIGORITA T. - MAROTTA M., *La legislazione imperiale. Forme e orientamenti*, in *Storia di Roma*, a cura di A. Momigliano e A. Schiavone, II.3, Torino, 1992
- SPALLONE M., *Giurisprudenza romana e storia del libro*, Roma, 2008
- SPERANDIO M.U., *Il 'codex' delle leggi imperiali*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, VIII, Napoli, 2001
- SPERANDIO M.U., *Sullo scopo delle codificazioni tardoantiche, I: i 'codices' dell'età dioclezionea*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno internazionale in onore di G. Crifò*, II, Roma, 2010
- STAGL J.F., *'Favor dotis'. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar, 2009
- STAGL J.F., *Caesar Koch oder das Schweigen der Quellen: Zur Kritik Varvaros am didaktischen System des Gaius*, in *ZSS*, CXXXV, 2018
- STAGL J.F., *Das didaktischen System des Gaius*, in *ZSS*, CXXXI, 2014

- STAGL J.F., *Il sistema didattico di Gaio e il Sistema dei 'Digesta'*, in *TSDP*, VIII, 2015
- STEINWENTER A., *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie II*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1953
- STOLFI E., *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997
- STOLFI E., *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli
- SZLECHTER E., *La 'collatio dotis'*, in *RHD*, XXXII, 1954
- TALAMANCA M. (a cura di), *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989
- TALAMANCA M., *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques des l'Antiquité*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli, 1999
- TALAMANCA M., *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, XL-XLI, 1998-1999
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990
- TALAMANCA M., *Studi sulla legittimazione passiva alla 'hereditatis petitio'*, Milano, 1956
- TALAMANCA M., voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979
- TALAMANCA M., voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987
- TELLEGEN J.W., *The roman law of succession in the letters of Pliny the younger*, I, Zutphen, 1982
- TELLEGEN-COUPERUS O.E., *Some Remarks concerning the Legal Consequences of the 'querela inofficiosae donationis'*, in *RIDA*, XXVI, 1979
- TELLEGEN-COUPERUS O.E., *Testamentary succession in the constitutions of Diocletian*, Zutphen, 1982
- TIBILETTI G., *Recensione a F. SERRAO, La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954, in *Athenaeum*, XXXIII, 1955
- TOMULESCU C.ST., *Léon I^{er} et le droit privé*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti V convegno Internazionale (Spello - Perugia - Bevagna - Sansepolcro, 14-17 ottobre 1981)*, Città di Castello, 1983

- TORRENT A., *'Ultio necis', 'indignitas' y Senadoconsulto Silaniano*, in *BIDR*, CIII-CIV, 2000-2001
- TRISCIUOGGIO A., *Studi sul 'crimen ambitus' in età imperiale*, Milano, 2017
- TROIANOS S., *Le fonti del diritto bizantino*, trad. it., Torino, 2015
- TUZOV D., *'Testamentum inofficiosum pronunciari'. Tra tenore dichiarativo ed effetto costitutivo della sentenza centumvirale*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2015
- TUZOV D., *La 'rescissio' della compravendita nel diritto romano tardo classico e postclassico*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011
- TUZOV D., *Sull'uso di 'rescindere' in materia di 'testamenta inofficiosa' nelle fonti romane*, in *RHD*, LXXXII, 2014
- URBANIK J., *Dioskoros and the Law (on succession): 'lex Falcidia' revisited*, in *Les archives de Dioscore d'Aphrodité cent ans après leur découverte. Histoire et culture dans l'Égypte byzantine*, éditées par J.-L. Fournet (Études d'archéologie et d'histoire ancienne), Paris, 2008
- VACCA L., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di G. Rossetti, Torino, 2017
- VACCA L., *Giustiniano tra volgarismo e classicismo*, in *KOINΩNIA*, XL, 2016
- VACCA L., *In tema di 'bonorum possessio contra tabulas'*, in *BIDR*, XIX, 1977
- VAN DER WAL N., *'Manuale novellarum Justiniani'. Aperçu systématique du contenu des nouvelles du Justinien*, Chimaira - Groningue, 1998
- VARVARO M., *'Favor dotis' e singolari interpretazioni in tema di 'ius singulare'*, in *Index*, XLVI, 2018
- VARVARO M., *La dote, il 'ius singulare' e il 'sistema didattico' di Gaio*, in *SCDR*, XXIX, 2016
- VARVARO M., *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell' 'actio rei uxoriae'*, Torino, 2006
- VARVARO M., *Una congettura sull'applicazione del 'praeiudicium quanta dos sit'*, in *AUPA*, L, 2005

- VISMARA G., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986 (rist. anast. ed. 1941)
- VOCI P., *Diritto ereditario romano. Volume Secondo. Parte Speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria²*, Milano, 1963
- VOCI P., *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I. Le costituzioni del IV secolo*, in *IURA*, XXIX, 1978, ora in *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985
- VOCI P., *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. II. Le costituzioni del V secolo*, in *SDHI*, XLVIII, 1982, ora in *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985
- VOCI P., *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937
- VOCI P., *La 'patria potestas' da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, LI, 1985, ora in *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985
- VOCI P., *Note sull'efficacia delle costituzioni imperiali. I. Dal principato alla fine del IV secolo*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982, ora in *Studi in di diritto romano*, II, Padova, 1985
- VOCI P., *Storia della 'patria potestas' da Augusto a Diocleziano*, in *IURA*, XXXI, 1980
- VOLTERRA E., *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Atti del II Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971, ora in *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1994.
- VOLTERRA E., *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustinianee occidentali*, Bologna, 1935
- VOLTERRA E., voce *'Emancipatio'*, in *NNDI*, VI, Torino, 1960
- VON BETHMANN-HOLLWEG M.A., *Der romische Civilprozess*, I, Bonn, 1864
- VON BETHMANN-HOLWEGG M.A., *Ueber die Competenz des Centumviralgerichts*, in *ZSS*, V, 1825
- VON BOCHOVE T.E., *Preluding the 'Basilica', but how? The final paragraph of the preface to the Prochiron reconsidered*, in *Subsecutiva Groningana*, IX, 2014

- VON BOCHOVE T.E., *Some Byzantine Law Books. Introducing the Continuous Debate Concerning their Status and their Date*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J.H.A. Lokin e B.H. Stolte, Pavia, 2011
- VON BOCHOVE T.E., *The 'Basilica' between 'Quellenforschung' and textual criticism*, in *Textual Transmission in Byzantium: between Textual Criticism and 'Quellenforschung'*, Turnhout, 2014
- VON LÜBTOW U., *Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'*, in *ZSS*, LXVII, 1951
- VON WOESS F., *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin, 1911
- VON WOESS F., *Das römischen Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der 'Constitutio Antoniniana'*, Berlin, 1911
- WATSON A., *The law of succession in the later roman republic*, Oxford, 1971
- WENGER L., *Institutionem des römischen Zivilprozessrecht*, München, 1925
- WENGER L., *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938
- WESENER G., voce *'Querella inofficiosi testamenti'*, in *PWRE*, XXIV, Stuttgart, 1963
- WESENER G., *Vorjustinianische Ansätze zur 'actio ad supplendam legitimam'*, in *Festschrift für A. Kränzlein. Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte*, herausgegeben von G. Wesener, H. Stiegler, G. Klingenberg und M. Rainer, Graz, 1986
- WIEACKER F., *Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, 1960
- WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, III, trad. it., Torino, 1925
- WLASSAK M., *'Praescriptio' und bedingter Prozess*, in *ZSS*, XXXIII, 1912
- WLASSAK M., *Die Litiskontestation in Formularprozess*, in *Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid*, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau, Leipzig, 1888
- WLASSAK M., *Römische Prozessgesetze*, I, Leipzig, 1888
- WLASSAK M., voce *'Centumviri'*, in *PWRE*, III.2, Stuttgart, 1899
- YARON R., *Semitism in Ulpian?*, in *TR*, LV, 1987

- ZILLOTTO P., *La misura della sinallagmaticità: buona fede e 'laesio enormis'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007 ora anche in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011
- ZILLETTI U., *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961
- ZILLETTI U., *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965
- ZILLETTI U., voce 'Sacra', in *NNDI*, XVI, 1969
- ZOZ DE BIASIO M.G., *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano*, Milano, 1978
- ZUMPT K.G., *Ueber Ursprung, Form und Bedeutung des Centumviralgerichts*, Berlino, 1837-1838