



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI  
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE  
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS  
AND ENVIRONMENT

# ANNO VI ANNALI 2018 DEL DIPARTIMENTO JONICO



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

DIRETTORE DEGLI ANNALI

Nicola Triggiani

COMITATO DIRETTIVO

Nicola Triggiani, Paolo Pardolesi, Giuseppe Tassielli,  
Danila Certosino, Laura Costantino, Nicola Fortunato,  
Patrizia Montefusco, Angelica Riccardi, Maurizio Sozio

COMITATO SCIENTIFICO

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Domenico Garofalo,  
Francesco Mastroberti, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano,  
Giuseppe Tassielli, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio,  
Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Daniela Caterino,  
Gabriele Dell'Atti, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo,  
Antonio Leandro, Giuseppe Losappio, Pamela Martino,  
Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza,  
Paolo Pardolesi, Giovanna Reali, Umberto Salinas,  
Paolo Stefani, Laura Tafaro, Umberto Violante

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco

*Contatti:*

Prof. Nicola Triggiani

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici  
del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Convento San Francesco

Via Duomo, 259 74123 Taranto, Italy

e-mail: [annali.dipartimentojonico@uniba.it](mailto:annali.dipartimentojonico@uniba.it)

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<http://edizionidjsge.uniba.it/>



# ANNALI 2018

ANNO VI  
DEL DIPARTIMENTO JONICO





# INDICE

GLI AUTORI II

## SAGGI

MARIO ANGIULLI  
*Aree deforestate e provvidenze di salvaguardia territoriale  
per mancato reddito* 17

SILVIA BELLINO  
*Il “prezzo della libertà” tra prescrizioni normative, vincoli ed equità* 27

COSIMA ILARIA BUONOCORE  
*Le tutele processuali speciali nei rapporti di lavoro* 39

LUCIANNA CANANÀ, ANTONELLA ZELLA  
*Esercizi di diritto: clausole illegittime nel leasing traslativo* 55

ALESSIO CARACCILO  
*Sul prevalente interesse del bambino nato a seguito del ricorso  
alla maternità surrogata* 63

FRANCESCO CARRIERI  
*Paradossi della testimonianza tra cinema e letteratura* 79

ANNAMARIA DENTAMARO  
*L'autonomia contrattuale dei soci tra tecniche rappresentative  
delle azioni e indici di legittimazione all'esercizio dei diritti sociali.  
Brevi riflessioni* 95

MINO IANNE  
*Spazi di tutela del paesaggio ambientale:  
il punto di vista filosofico e giuridico dei Greci* 115

MICHELE INDELLICATO <i>E. Mounier: Maestro del terzo millennio</i>	127
IGNAZIO LAGROTTA <i>La democrazia senza partiti</i>	137
MICHELE LIBERIO <i>Sulla non tassabilità delle plusvalenze derivanti dalla vendita infraquinquennale di immobili adibiti ad abitazione principale anche se accatastati ad uso ufficio</i>	157
LUCA MANNARELLI <i>La tutela INAIL del lavoratore agile</i>	169
MARINA MORETTI <i>La filiazione nell'ordinamento giuridico inglese: the status of the child</i>	185
CONCETTA MARIA NANNA <i>La riconoscibilità dei figli "incestuosi", tra paternalismo legislativo e prospettive di interpretazione evolutiva</i>	201
KRZYSZTOF ORZESZYNA <i>The right of conscientious objection in a democracy in light of polish legal solutions</i>	223
CHIARA PALAGIANO <i>La tranquillità violata. Il c.d. "stalking condominiale"</i>	239
PIETRO FRANCESCO PALMARIGGI <i>Accertamento e riscossione dei tributi comunali tra efficienza, economicità e funzionalità</i>	251
FERDINANDO PARENTE <i>Sistemi cibernetici, autoapprendimento integrale e intelligenza connettiva</i>	265
GIUSEPPE RUGGIERO PARENTE <i>Le disposizioni anticipate di trattamento: riflessioni e spunti sulla recente legge italiana</i>	273

Indice	7
<p>SALVATORE ANTONELLO PARENTE <i>Questioni controverse in tema di determinazione della rendita catastale degli impianti eolici destinati alla produzione di energia elettrica: il caso delle torri eoliche</i></p>	281
<p>FRANCESCO PERCHINUNNO <i>L'autodichia: parametri di legittimità costituzionale e garanzie giurisdizionali</i></p>	307
<p>DORELLA QUARTO <i>La costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti: il caso "Ilva"</i></p>	333
<p>GIUSEPPE ANTONIO RECCHIA <i>Brevi note su flessibilità e precarietà del lavoro</i></p>	349
<p>ANGELICA RICCARDI <i>Dalle "disposizioni urgenti" alla "disciplina organica" e ritorno: le continue riforme della somministrazione di lavoro</i></p>	365
<p>PAOLA ROMITO <i>L'autotutela decisoria: qualche riflessione sui poteri della stazione appaltante a seguito dell'aggiudicazione</i></p>	389
<p>MARIO SANTORO <i>Evoluzioni ermeneutiche sul regime impugnatorio delle ordinanze in tema di messa alla prova</i></p>	403
<p>MARIA LAURA SPADA <i>In tema di appellabilità delle sentenze rese dal giudice di pace secondo equità necessaria</i></p>	423
<p>FRANCESCO SPORTA CAPUTI <i>La procedura di sovraindebitamento ex legge n. 3/2012: problemi interpretativi aperti e possibili soluzioni esegetiche</i></p>	439
<p>ALMA LUCIA GIUSEPPINA TARANTINO <i>Smart Villages: pratiche innovative per la valorizzazione dei borghi antichi</i></p>	459

UMBERTO VIOLANTE <i>Neoformalismo negoziale e giudice legislatore</i>	479
ELEONORA ZIZZO <i>Le zone economiche speciali: tra successo europeo e débâcle italiana</i>	487
VITA ACCADEMICA	
GIUSEPPE BUFFON <i>Santi e città: il contributo francescano alla giustizia sociale e allo sviluppo socioeconomico</i>	509
DANILA CERTOSINO <i>Processo penale minorile e meccanismi di diversion</i>	543
FRANCESCO MASTROBERTI <i>The Part II of the Code for the Kingdom of the Two Sicilies: an "excellent" criminal code in a despotic state</i>	563
FEDERICA MONTELEONE <i>Il frate di Assisi e il pontificato di Bergoglio secondo lo storico Franco Cardini</i>	571
FRANCESCO PERCHINUNNO <i>Brevi considerazioni sull'attualità della Carta costituzionale</i>	583
GAETANO QUAGLIARIELLO <i>Piero Lacaita, l'editore ideale. Il libro come viaggio: dal paese al mondo</i>	597
EMANUELE STOLFI <i>Successioni a causa di morte e tradizione civilistica. Uno scenario pre-moderno</i>	603
NICOLA TRIGGIANI <i>Considerazioni sulle proposte di legge in tema di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai reati puniti con la pena dell'ergastolo</i>	629

## PROPOSTE DI LETTURA

FRANCESCO GUASTAMACCHIA

637

[Marco Cavina, *Maometto Papa e Imperatore*, Collana "I Robinson", Bari, Editori Laterza, 2018, pp. 176, ISBN 9788858133187]

MICHELE PEPE

641

[Giovanni Minnucci, *Alberici Gentilis De papatu Romano Anticristo. Recognovit e codice autographo bodleiano d'Orville 607*. Archivio per la Storia del Diritto Medioevale e Moderno – Studi e Testi, Miscellanee raccolte da Filippo Liotta. Milano, Monduzzi, 2018, pp. CLXI-355]

ANGELICA RICCARDI

645

[Domenico Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, in Mazzotta O. (diretta da), *Biblioteca di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017, Vol. I – Disciplina pubblicistica, pp. 976, ISBN 9788892111196, Vol. II – Disciplina lavoristica, pp. 400, ISBN 9788892111202]



## GLI AUTORI

MARIO ANGIULLI – *Dottore di ricerca in Pubblica Amministrazione dell’Economia e delle Finanze, Università di Bari “Aldo Moro”*

SILVIA BELLINO – *Cultore di Diritto Processuale Penale, Università di Bari “Aldo Moro”*

GIUSEPPE BUFFON – *Professore Ordinario di Storia della Chiesa Moderna e Contemporanea, Pontificia Università Antonianum*

COSIMA ILARIA BUONOCORE – *Professore a contratto di Diritto dell’Esecuzione Civile, Università di Bari “Aldo Moro”*

LUCIANNA CANNANÀ – *Professore Aggregato di Matematica Finanziaria, Università di Bari “Aldo Moro”*

ALESSIO CARACCILOLO – *Dottorando di Ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo, Università di Bari “Aldo Moro”*

FRANCESCO CARRIERI – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari “Aldo Moro”*

DANILA CERTOSINO – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto Processuale Penale, Università di Bari “Aldo Moro”*

ANNAMARIA DENTAMARO – *Professore Associato di Diritto Commerciale, Università di Foggia*

FRANCESCO GUASTAMACCHIA – *Dottore in Giurisprudenza – Specialista in Professioni Legali, indirizzo giudiziario-forense, Università di Bari “Aldo Moro”*

MINO IANNE – *Dottore di Ricerca in Filosofia Antica, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*

MICHELE INDELLICATO – *Professore Associato di Filosofia Morale, Università di Bari “Aldo Moro”*

IGNAZIO LAGROTTA – *Professore Aggregato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Bari “Aldo Moro”*

- MICHELE LIBERIO – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari “Aldo Moro”*
- LUCA MANNARELLI – *Dottorando di Ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo, Università di Bari “Aldo Moro”*
- FRANCESCO MASTROBERTI – *Professore Ordinario di Storia del Diritto Medievale e Moderno, Università di Bari “Aldo Moro”*
- FEDERICA MONTELEONE – *Professore Aggregato di Storia Medievale, Università di Bari “Aldo Moro”*
- MARINA MORETTI – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari “Aldo Moro”*
- CONCETTA MARIA NANNA – *Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Bari “Aldo Moro”*
- KRZYSZTOF ORZESZYNA – *Head of the Department of Human Rights of the Catholic University of Lublin – KUL (Poland)*
- CHIARA PALAGIANO – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari “Aldo Moro”*
- PIETRO FRANCESCO PALMARIGGI – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari “Aldo Moro”*
- FERDINANDO PARENTE – *Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Bari “Aldo Moro”*
- GIUSEPPE RUGGIERO PARENTE – *Specialista in Medicina Legale e delle Assicurazioni – Coordinatore sanitario e Responsabile medico di RSA*
- SALVATORE ANTONELLO PARENTE – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto Tributario, Università di Bari “Aldo Moro”*
- MICHELE PEPE – *Dottore di Ricerca in Storia del Diritto Medievale e Moderno, Università di Bari “Aldo Moro”*
- FRANCESCO PERCHINUNNO – *Professore Aggregato di Diritto Costituzionale, Università di Bari “Aldo Moro”*
- DORELLA QUARTO – *Dottoranda di Ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo, Università di Bari “Aldo Moro”*
- GAETANO QUAGLIARIELLO – *Professore Ordinario di Storia Contemporanea, Università di Roma LUISS “Guido Carli” – Senatore della Repubblica*
- GIUSEPPE ANTONIO RECCHIA – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto del Lavoro, Università di Bari “Aldo Moro”*

ANGELICA RICCARDI – *Professore Aggregato di Diritto del Lavoro, Università di Bari “Aldo Moro”*

PAOLA ROMITO – *Dottoranda di Ricerca in Diritto, Economie e Culture del Mediterraneo, Università di Bari “Aldo Moro”*

MARIO SANTORO – *Collaboratore della Cattedra di Diritto Processuale Penale, Dipartimento Jonico, Università di Bari “Aldo Moro”*

MARIA LAURA SPADA – *Professore Aggregato di Diritto dell’Esecuzione Civile, Università di Bari “Aldo Moro”*

FRANCESCO SPORTA CAPUTI – *Professore a contratto di Diritto Commerciale, Università di Bari “Aldo Moro”*

EMANUELE STOLFI – *Professore Ordinario di Diritto Romano, Università di Siena*

ALMA LUCIA GIUSEPPINA TARANTINO – *Dottore di Ricerca in Istituzioni e Politiche Compare, Università di Bari “Aldo Moro”*

NICOLA TRIGGIANI – *Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale, Università di Bari “Aldo Moro”*

UMBERTO VIOLANTE – *Professore Associato di Diritto Privato Comparato, Università di Bari “Aldo Moro”*

ANTONELLA ZELLA – *Dottore di Ricerca in Diritto dell’Economia, Università di Roma Sapienza*

ELEONORA ZIZZO – *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bari “Aldo Moro”*

EMANUELE STOLFI

SUCCESSIONI A CAUSA DI MORTE  
E TRADIZIONE CIVILISTICA.  
UNO SCENARIO PRE-MODERNO\*

I. *Un primo inquadramento: prossimità delle regole e distanza dei contesti*

Credo sia doveroso, innanzi tutto, giustificare la scelta dell'argomento su cui ho deciso di concentrarmi, e la peculiare prospettiva da cui esso verrà affrontato. Ho optato, fra i vari temi privatistici, per uno che si presta, di per sé, a essere letto all'insegna di una forte continuità storica. Chi oggi studi le disposizioni del codice civile in materia di successioni a causa di morte non stenta ad avvedersi della forte vicinanza con principi, regole e direttive ermeneutiche messe a punto dall'antica *scientia iuris* (con l'apporto, rilevante ma nel complesso più limitato, di editti magistratuali, leggi e senatoconsulti). Noti trattati degli odierni civilisti (penso ad esempio a quello di Massimo Bianca) contengono riferimenti a passi del Digesto in misura non molto inferiore alle citazioni degli articoli del nostro codice – laddove niente di simile potrebbe riscontrarsi in materia di diritto delle persone e di famiglia, o anche delle obbligazioni e dei contratti (al di là, ovviamente, della riproposizione di categorie d'insieme anch'esse risalenti all'antica Roma: a cominciare dalla nozione stessa di *obligatio* e *contractus*).

\* Si tratta del testo della lezione da me tenuta – nell'ambito del corso di *Istituzioni di diritto romano* del Prof. Aurelio Arnese – a Taranto il 12 maggio 2017, presso la sede del Dipartimento Jonico "Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture". Desidero esprimere la massima gratitudine all'amico Aurelio e al Dott. Alessandro Tedesco: al primo per il graditissimo invito, divenuto frattanto piacevolmente abituale; al secondo per aver curato la trascrizione del mio intervento. Nel rivederne la stesura, ai fini della pubblicazione, ho ritenuto doveroso lasciare invariato l'impianto, col tono colloquiale e le non poche semplificazioni imposte dal contesto didattico. Appesantirlo di note a piè di pagina e di discussioni esegetiche avrebbe avuto davvero poco senso, finendo per stravolgere il taglio originario del discorso orale, essenzialmente rivolto a studenti e talora, inevitabilmente, anche un po' disordinato. Mi sono perciò limitato a inserire l'indicazione dei testi antichi a cui, nella mia comunicazione, avevo fatto via via allusione, e ad aggiungere, in conclusione, una *Nota Bibliografica*, in cui ho condensato alcuni essenziali richiami alla letteratura della quale ho maggiormente tenuto conto in queste pagine.

Tuttavia, dietro la persistenza, o la lunga durata, delle soluzioni tecniche (che in quest'ambito sembrano essere mutate assai meno che in altri), è dato percepire una trasformazione profonda: che è sociale e persino antropologica, ancor prima che giuridica. Ed è proprio l'intreccio fra la plurimillenaria fortuna delle regole e le epocali variazioni dei contesti attraverso i quali esse sono transitate, a rendere ancor più stimolante, agli occhi dello storico del diritto, la nostra materia. Cesure e alterità si rivelano, anche in questo caso, compenstrate a nessi genealogici e somiglianze morfologiche – davvero, trama e ordito della nostra tradizione (anche) giuridica –, e non dobbiamo affatto ritenere le prime meno significative delle seconde.

Segnalo solo alcuni aspetti. Il mondo antico – ma possiamo dire, in genere, pre-moderno – è dominato da figure pluripersonali ancor più che individuali: a cominciare dai gruppi familiari, già intesi da Sumner Maine come “perpetui ed inestinguibili”. In una società pre-industriale, ha scritto Dieter Nörr, i problemi inerenti al diritto di famiglia (e, aggiungerei, alla circolazione di beni al suo interno, anche nella diacronia) stavano probabilmente più a cuore delle questioni attinenti ai contratti. La circolazione della ricchezza avveniva tramite l'avvicinarsi di una generazione all'altra – per mezzo appunto delle successioni *mortis causa* – non meno che affidandosi agli accordi produttivi di obbligazione e alle attività imprenditoriali.

A Roma come in Grecia (e poi nell'Europa medievale e protomoderna) la conservazione dei beni all'interno del medesimo gruppo familiare ci appare una finalità preminente, quasi un'ossessione: assai più di quanto accadrebbe in realtà capitalistiche. Nell'ipotesi percepita come più fisiologica, i figli subentrano in luogo dei padri: quasi ne costituiscono la vivente prosecuzione, replicandone l'individualità nella loro congiunta e quasi (almeno inizialmente) indissolubile pluralità. Un simile dispositivo antropologico è ben riconoscibile nel regime dell'arcaico *consortium ercto non cito*: la comunione indivisa che aveva luogo tra fratelli alla morte del padre (ove questi non avesse fatto testamento). Una proprietà in forza della quale ciascuno poteva godere di tutti i beni ereditari e persino alienarli – salvo, molto verosimilmente, un diritto di veto di ognuno degli altri *fratelli (ius prohibendi)* –, senza essere vincolato alla proporzionalità con la propria quota (se non, come ovvio, al momento in cui questo condominio era sciolto: anticamente, tramite *legis actio per arbitri postulationem*).

Ma la preoccupazione di mantenere il patrimonio, nel tempo, all'interno della stessa famiglia è evidentemente alla base anche di istituti quali l'epiclerato (in Grecia) e a Roma l'usufrutto, il fedecommesso universale (su cui torneremo: § 3) e per molti versi la tutela agnaticia. In questo senso, l'attenzione prestata dai giuristi antichi all'interpretazione dei testamenti, o alla disciplina delle varie clausole in essi contenute, costituisce, in tutto il suo tecnicismo, la felice testimonianza di prassi e

stili mentali consolidati e persistenti, in cui regime patrimoniale e concezioni dei vincoli parentali – se non addirittura della vita sociale e della soggettività giuridica – si legano in modo indissolubile (anche su questo torneremo: § 2).

Proprio per marcare simili peculiarità del contesto, e sebbene la nostra attenzione si volgerà essenzialmente all'esperienza romana, nel titolo del mio intervento è fatto riferimento a “uno scenario pre-moderno”. Non dovremo perdere di vista questa distanza, al di là della lunga vigenza di schemi e segmenti di disciplina che rievocavo poc'anzi. Una distanza che è per molti profili un'autentica alterità rispetto alla nuova ragione giuridica che si sarebbe affermata tra XVII e XIX secolo, tutta costruita attorno all'individuo, inteso come *subiectum iuris* (nella nuova semantica assegnata al sintagma proprio nel Seicento), al suo fascio di diritti e alla sua libera volontà, formalmente eguale e potenzialmente sovrana.

Occorre inoltre chiarire il significato della prima parte del titolo della lezione, e in particolare il rapporto che intercorre fra gli elementi che vi sono evocati: sul primo fronte, un tema “istituzionale” – il regime in forza del quale, alla morte del titolare di un patrimonio, questo si trasmette ad altri –, sul secondo, un aspetto che attiene alla storia della giurisprudenza romana, ossia la “tradizione civilistica”. Mi riferisco a quest'ultima come al complesso di dottrine e opere che risalgono alla riflessione dei giuristi attorno alle figure del *ius civile*, a sua volta qui inteso in senso stretto, quale piano normativo accessibile solo ai cittadini romani e prodotto da una limitata serie di fonti (*mores, interpretatio* dei giuristi, legge delle XII Tavole e successive *leges publicae*, plebisciti, e poi costituzioni imperiali e, almeno in parte, senatoconsulti).

L'estremo rilievo che, come accennavo, in una società antica è assunto dalla vicenda dei patrimoni familiari nel tempo, con la trasmissione di complessi di beni e poteri da una generazione all'altra, è ben percepibile in un dato strutturale (l'unico, forse) che si mantiene costante, sull'arco di tre secoli, proprio nella tradizione degli scritti civilistici. Da Quinto Mucio – che compose i suoi diciotto *libri iuris civilis* all'inizio del I secolo a.C. – sino all'*ad Sabinum* di Ulpiano, redatto in piena età severiana, tutto questo filone della letteratura giurisprudenziale si apriva con l'esame delle successioni a causa di morte.

Più precisamente, i lavori espressamente dedicati al *ius civile* (anche nella forma di commento ai precedenti scritti di quel tipo, risalenti a Quinto Mucio, Sabino e Cassio) iniziavano immancabilmente con la trattazione dei testamenti, seguita dall'analisi della successione legittima o *ab intestato*. Veniva prestata la massima attenzione – sul piano sia quantitativo che qualitativo, ripercorrendo una casistica assai nutrita – all'istituzione di erede e ancor più ad altre disposizioni testamentarie, tali da determinare una successione a titolo particolare: i legati. Questo riflette anche pratiche sociali consolidate, che a partire dall'età mediorepubblicana vede-

vano i membri dei ceti più elevati frequentemente impegnati nella redazione di testamenti (anziché lasciare che i loro averi si devolvessero in virtù delle regole già sancite dalla legge delle XII Tavole): e non solo istituendo degli eredi – senza tale previsione il testamento neppure sarebbe stato valido –, ma individuando anche una pluralità di soggetti a cui attribuire beni particolari (inclusi crediti, nelle due forme di legati a effetti obbligatori).

Indice della diffusione di quest'uso è l'emanazione di provvedimenti normativi tesi, già nel II secolo a.C., a limitarne gli eccessi, facendo in modo che le disposizioni del secondo tipo non incidessero eccessivamente sull'ammontare del patrimonio del *de cuius*. Pensiamo alle leggi *Furia e Voconia*, cui dovette però aggiungersi (nel 40 a.C.) la *Falcidia*, in forza della quale il testatore non avrebbe potuto disporre tramite legati di oltre tre quarti dei suoi beni, assicurando perciò che gli eredi subentrassero almeno in un quarto.

Entro un simile scenario, a noi preme soffermarsi sull'elaborazione che tutto ciò innescava presso i giuristi. Già la circostanza che essi aprissero sempre le loro ricognizioni sul *ius civile* con le successioni non può essere considerata solo un accorgimento espositivo, come se si trattasse di una sequenza neutra e meramente tralattizia. Porre all'inizio una determinata materia vuol dire marcarne immediatamente la centralità. Non a caso, nell'opera che dà l'avvio a questo genere letterario (i libri di diritto civile di Quinto Mucio, già ricordati), l'intero lavoro sembra ruotare attorno alla famiglia: cominciando appunto dal destino, alla morte del *pater familias*, dei beni di cui questi era titolare, passando per i vari poteri a lui attribuiti (*patria potestas*, *manus* ecc.) e gli atti in cui si estrinsecava la sua signoria (come manomissioni, tutele, *mancipationes*, a cui è ad esempio congiunta, per attrazione, la disamina della compravendita consensuale). Vi emergono, in modo davvero emblematico, stringenti accostamenti tra la dimensione giuridica più risalente, talora arcaica, e quanto affermatosi e disciplinato nella realtà più recente (lo si coglie anche nell'analisi ravvicinata del *consortium ercto non cito*, già richiamato, e del contratto consensuale di società).

Il dato da cui muovere è dunque rappresentato da questa funzione nevralgica assunta dalla famiglia, e dall'enfasi attribuita, già a livello di ordine tematico, alle successioni a causa di morte. Vi è poi da considerare la ricchissima riflessione che la giurisprudenza dedicò all'interpretazione della volontà testamentaria. Ricorrendo a una terminologia convenzionale, per quanto sin troppo modernizzante (e anche, a rigor di termini, logicamente discutibile), potremmo affermare che, se la grande occasione per esercitare l'interpretazione "normativa" veniva offerta ai giuristi – a partire da Servio e Ofilio, negli ultimi decenni della repubblica – soprattutto dall'editto, la grande palestra dell'interpretazione "negoziale" era costituita, ancor più (e prima) che dall'interpretazione dei contratti, da quella dei testamenti.

Sul primo versante – il lavoro giurisprudenziale sul testo del pretore – spicca la sinergia che venne a delinarsi tra inventiva processuale dei magistrati e analisi casistica dei giuristi. Impegnarsi nell'esame di un programma giurisdizionale che di anno in anno mutava (anche completamente, almeno in astratto) aveva un senso anche in ragione del fatto che il lavoro dell'interprete contribuiva alla stabilizzazione dell'editto medesimo, aiutando a individuare ciò che meritava di essere adottato dai magistrati successivi, e quanto invece era preferibile integrare, correggere o semplicemente non riproporre.

Non possiamo considerare fortuita la coincidenza temporale tra l'affermarsi dei commenti giurisprudenziali all'editto, sempre più corposi tra I secolo a.C. e I secolo d.C., e l'ispessirsi di un suo nucleo tratizio, che lo avrebbe condotto a consolidarsi progressivamente nel primo principato. Quando vi pose mano Giuliano, su incarico dell'imperatore Adriano (attorno al 130 d.C.), doveva ormai trattarsi di un testo che da decenni veniva replicato senza innovazioni o varianti di peso. Anche per questo sarei propenso a individuare nell'analisi dei *verba praetoris*, ancor più che nei lavori dedicati all'esame di leggi, l'autentico paradigma dell'interpretazione che oggi diremmo "normativa": o, per esprimerci con maggior accortezza storica, il luogo privilegiato dell'*interpretatio* compiuta a ridosso delle regole poste dal potere politico ai rapporti fra privati (*interpretatio* che, come in ogni assetto giurisprudenziale, spicca ai nostri occhi per una libera e ricca creatività: vi tornerò).

Sul secondo versante – quello che ora maggiormente interessa, e che rinvia alle prime parti delle varie opere inerenti al *ius civile* – vediamo precocemente attestarsi un livello molto sofisticato dell'interpretazione giurisprudenziale. Non vi troviamo solo l'esegesi e il rispetto letterale di quanto disposto dal *de cuius* (i *verba testatoris*), ma vi vediamo prevalere la preoccupazione di dare effettivo seguito a quella che era stata la sua reale volontà, al di là delle soluzioni espressive adottate. Con ogni probabilità, è in quest'ambito che i giuristi, forse per la prima volta, tematizzarono e fecero propria l'opposizione fra *verba* e *voluntas* già circolante nella teoria retorica greca, e ben nitida anche nelle trattazioni che a quell'*ars* furono dedicate a Roma nei decenni iniziali del I secolo a.C.

Del resto, ancor oggi, l'interpretazione del testamento è scandita da regole che non coincidono completamente con quelle valevoli riguardo al contratto. Ad esempio, una direttiva di fondo che interessa entrambi i settori è il principio conservativo. A proposito dell'interpretazione del contratto, l'articolo 1367 del codice civile prescrive che "nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno". Ma se tale regola (volta alla "conservazione del contratto", come recita la rubrica dell'articolo) è sancita per i contratti medesimi – sottoposti a interpretazione quando, di regola, le parti che li hanno conclusi

sono ancora vive e vegete – a maggior ragione essa risulta doverosa riguardo ai testamenti (è un tipico caso di applicazione analogica fondata su un argomento *a fortiori*). In questo secondo caso, infatti, si cerca di ricostruire una volontà che ancor più merita di essere salvaguardata, in quanto non ripetibile, dal momento che quegli atti divengono oggetto di interpretazione quando chi li ha redatti è ormai defunto. La direttiva di fondo che domina la materia è ancor oggi designata con un'espressione latina: *favor testatoris* (o *testamenti*).

Partecipe di questo maggior rilievo assunto dal principio conservativo è, nel nostro codice, anche l'adozione della cosiddetta “regola sabiniana”, in forza della quale (unicamente) «nelle disposizioni testamentarie si considerano non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume». Così dispone l'art. 634 del codice civile, escludendo però l'ipotesi di un motivo illecito: tale cioè, ex art. 626, da rendere nulla la disposizione testamentaria ove esso “risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre”.

Una simile incidenza riconosciuta dal legislatore al “motivo” da cui era mosso il testatore (rilevante anche in sede di errore: art. 624<sub>1</sub>) ha, a sua volta, una storia e un significato peculiare, soprattutto se consideriamo la tendenziale irrilevanza (con la limitatissima eccezione di quanto previsto dall'art. 1345, poi richiamato dall'art. 1418<sub>2</sub>) attribuita agli specifici scopi e moventi psicologici in ragione dei quali agiscono le parti di un contratto – per la cui disciplina interessa essenzialmente la sola causa, quale interesse tipico e funzione economico–sociale individuabile in tutte le operazioni giuridiche afferenti al medesimo genere (a tutte le compravendite, tutti i mutui, tutte le locazioni conduzioni ecc.). Anche per tale via, la volontà testamentaria, nella sua irripetibile specificità, viene tutt'oggi consegnata a una decifrazione più sottile e complessa, carica di implicazioni giuridiche.

Ma torniamo ai giuristi romani. A colpirci non è solo l'estrema attenzione da essi rivolta alla ricostruzione di quanto voluto dal *de cuius*, ma anche la precoce maturità delle loro elaborazioni in proposito. Già agli esordi della letteratura civilistica – col contributo, già più volte citato, di Quinto Mucio – incontriamo una casistica ricca e articolata, affrontata affidandosi a direttive ermeneutiche sofisticate, cui concorrevano argomentazioni di varia natura. Esse prendevano ora le mosse dal tenore strettamente letterale delle disposizioni (le cui parole erano sottoposte a sottili diagnosi, anche sul piano grammaticale), ma non di rado si aprivano alla considerazione di usi linguistici e abitudini di vita del testatore, sino a ricorrenti valutazioni di carattere teleologico, fondate sullo specifico utilizzo e sulla destinazione del bene a cui il testatore medesimo aveva fatto riferimento.

Ricordo, in queste ultime due prospettive, le soluzioni riconducibili a Quinto Mucio circa gli abiti da tavola femminili usualmente indossati da un senatore, che

non sarebbero perciò da includere in un suo legato di *muliebris vestis* ([Pomp. 4 *ad Q. Muc.*] D.34.2.33); di quanto conferito per legato alla moglie quale bene “acquistato e destinato al suo uso”, laddove l’impiego cui fare riferimento dovrà essere quello proprio di lei, anziché quello “comune” ([Pomp. 5 *ad Q. Muc.*] D.34.2.10); dello schiavo stalliere che non era da considerare parte dell’*instrumentum* oggetto di un legato, sebbene temporaneamente assegnato alle attività economiche della *villa*, in (Ulp. 4 *disp.*) D.28.5.35.3; di quanto compreso o escluso dal legato di *penus*, poiché afferente a ciò che, commestibile o potabile, è stato predisposto per il *pater familias*, la moglie, i figli, il complesso dei *servi* che sono presso di lui o presso i suoi figli “e non svolgano un lavoro manuale fuori di casa” (così, secondo un criterio di destinazione qui doppiamente declinato, in Gellio, *noctes Atticae* 4.1.17, ma anche in [Ulp. 22 *ad Sab.*] D.33.9.3.pr. e 6), e nel quale non possono essere invece annoverate, proprio in virtù di un nesso strumentale che diviene troppo labile e distante, *res* quali legna e carbone ([Ulp. 22 *ad Sab.*] D.33.9.3.9).

Argomenti di analoga portata sorreggevano anche la delimitazione dei beni da includere nel vasellame oggetto di un legato di “argento lavorato” (sino a comprendervi sottocoppe e sottopiatti, poiché posti in un rapporto strumentale con quanto predisposto per contenere cibi e bevande: [Ulp. 20 *ad Sab.*] D.34.2.19.10), o del legname cui si riferiva la corrispondente tipologia di disposizione testamentaria (e nel quale non dovevano rientrare gli alberi tagliati per ricavarne materiale da costruzione, anziché destinati all’uso come combustibile: [Ulp. 25 *ad Sab.*] D.32.55.pr.).

Particolarmente illuminante, oltre che divertente, il primo caso, consistente nell’aneddoto di un senatore che era solito indossare vesti da tavola femminili. Per interpretare un legato da lui disposto, gli usi consueti – a livello di designazione linguistica e di distinzione degli abiti in ragione del genere delle persone cui di norma sono destinati – perdevano ogni rilievo, a tutto vantaggio della ricostruzione dei peculiari costumi del testatore. L’eccezionalità dell’episodio, col tratto eccentrico del suo protagonista, non deve trarre in inganno; né dobbiamo immaginare canoni di decisione uniformi e costanti. Ma certo, già al sorgere della letteratura civilistica, ci imbattiamo in un ampio ventaglio di percorsi interpretativi e relativi supporti logici, quale stenteremmo a incontrare – altrettanto progredito – in merito ad altri atti di autonomia privata. E non è probabilmente un caso se, di tutta l’opera muciana, i richiami più cospicui che ne trassero i giuristi posteriori, e sono a noi pervenuti, riguardino proprio i primi libri della sua opera, in materia di testamenti.

Ad acquisire valore non erano poi solo i modi di utilizzo di oggetti, ma anche quelli di parole. Pochi decenni dopo Quinto Mucio troviamo altri due giuristi, Tuberon e Servio, sempre impegnati nell’analisi di un legato (in tal caso di suppellettile). Celso – che, nel II secolo d.C., menzionava quella discussione (D.33.10.7.2)

– riferiva che il suo punto nodale era rappresentato dal controverso rapporto fra *mens e vox* (ossia tra quanto il testatore aveva in mente e il modo in cui egli si era espresso), e quindi dal possibile contrasto fra *communis usus* dei termini da lui impiegati e le personali abitudini linguistiche che gli erano proprie (e che Tubero stimava sempre prevalenti, diversamente da quanto ritenevano Servio e poi lo stesso Celso).

Non entro in ulteriori dettagli, ma non vi è dubbio che quello degli atti di ultima volontà costituì, a Roma, uno straordinario laboratorio dell'*interpretatio prudentium*, attraendone le risorse analitiche e l'inventiva ermeneutica persino più – e prima, almeno nella versione più matura – della materia contrattuale, anche a prescindere dal rilievo economico degli interessi coinvolti (spesso notevole, ma non di rado pressoché irrisorio: vi torneremo). Nel dire questo, peraltro, avverto il rischio di un equivoco, che è bene fugare immediatamente. Ho spesso parlato, sinora, di *interpretatio*, ricorrendo volutamente al vocabolo latino. In effetti, esso – e non solo in riferimento alla ricostruzione della volontà testamentaria – indica qualcosa di non pienamente identificabile con la nostra "interpretazione", ed è perciò consigliabile non usare i due sostantivi come perfetti sinonimi.

Certo oggi siamo sempre più consapevoli che anche la parola italiana è ben lontana dal designare, per il giurista, un'operazione semplice e meccanica, il cui protagonista abbia un ruolo modesto – ancillare e vincolato – rispetto alla prescrizione sottoposta al suo sforzo di comprensione. Abbiamo recuperato la percezione della ricchezza e creatività del fenomeno interpretativo: come operazione vivificante e ineludibile, consistente nel farsi (etimologicamente) mediatore, o tramite, fra un significante, ossia un mezzo di comunicazione (anche) giuridica, e il significato che gli viene attribuito. Deposte certe mitologie della modernità, con la connessa idolatria del legislatore e del codice, il giurista è tornato ad avvertire la centralità del suo ruolo di interprete, il cui apporto non è affatto escluso anche dall'esistenza di previsioni "chiare" – come avrebbe invece voluto un logoro adagio (*in claris non fit interpretatio*), connotato da un'ideologia non più condivisibile, e assai opinabile già sul piano logico, dal momento che l'accertamento della chiarezza di un testo è a sua volta l'esito di un'interpretazione, e quest'ultima è semmai da escludere soltanto nell'ipotesi opposta, di modalità espressive oscure (in senso stretto, ossia non intelleggibili).

E tuttavia, anche oggi che l'interpretazione è stata riconsegnata a una configurazione più calzante e complessa, rispetto ad essa l'*interpretatio* romana denota eccedenze semantiche non trascurabili, in larga parte determinate dalla sua inerenza a un assetto giurisprudenziale, ossia a un'esperienza in cui i *prudentes* (gli interpreti, appunto) non erano chiamati solo a studiare e insegnare diritto, ma

producevano essi stessi soluzioni normative, risolvendo casi ed elaborando regole di condotta o autentici nuovi paradigmi negoziali. Basti pensare, circa quest'ultimo aspetto, all'*adoptio* e all'*emancipatio*, le cui origini sono fatte risalire all'*interpretatio* pontificale, rispetto alla quale operò quale mero appoggio formale una prescrizione decemvirale tesa a tutt'altro scopo, ossia a far sì che la *patria potestas* fosse perduta qualora il capofamiglia abusasse del *ius vendendi*, alienando per tre volte il figlio.

Nel contesto che più ci riguarda, sotto il nome di *interpretatio* non va solo la ricostruzione della volontà dei soggetti artefici di un testamento (o di un contratto), ma anche un'altra e diversa operazione: la valutazione circa l'ammissibilità o meno di determinate disposizioni. È al giurista, con la sua *interpretatio*, che viene demandato il compito di stabilire se una certa manifestazione di volontà sia valida o invalida, produttiva o non produttiva di effetti giuridici: e in particolare, secondo la visuale tipica dei romani, se essa sia tutelabile in via processuale, ossia provvista di un'azione qualora intervenga una crisi di cooperazione, mancando una spontanea esecuzione di quanto concordato, o unilateralmente disposto.

Penso ad esempio, volgendomi all'ambito contrattuale, a come sia stata l'*interpretatio* (avente ad oggetto, in tal caso, la *bona fides*) ad ampliare le possibilità di sciogliere un vincolo contrattuale – sorto in virtù del semplice consenso – tramite un accordo eguale e inverso (*contrarius consensus*). Scioglimento ammesso senza esitazioni qualora nessuna delle due obbligazioni fosse stata frattanto adempiuta; ma poi esteso, in via appunto di *interpretatio*, all'ipotesi in cui una prestazione fosse stata eseguita, ma in modo tale da consentirne la rimessa in pristino (effettivamente compiuta). In tale situazione – di cui ci riferisce Nerazio in D.2.14.58, sulla scorta di un parere di Aristone – la convenzione risolutiva era “ammessa” dall'*interpretatio*, la quale appunto non consisteva affatto nell'attribuire un significato alla formulazione delle parti, ma a sancire se la loro volontà fosse in grado di esplicare gli effetti auspicati.

Un'ultima precisazione è forse opportuna, al fine di evitare un altro fraintendimento. Si è parlato finora di *ius civile* e tradizione civilistica, rievocando il ruolo che in quest'ultima assumeva – già a livello di scelte nella sequenza espositiva – la disciplina delle successioni *mortis causa*. Questo non significa però in alcun modo sminuire l'importanza degli interventi approntati dai magistrati, e collocabili pertanto sul piano del *ius honorarium*. Benché certe qualifiche (come quella di erede) rimanessero strettamente inerenti alla dimensione civilistica, è indubbio l'impatto esercitato dalle previsioni – di carattere, ancora una volta, squisitamente processuale – introdotte dai pretori, a cominciare da quelle che furono alla base delle tre forme di *bonorum possessio*: avremo occasione di tornarvi (*infra*, §§ 2 e 3).

## 2. *Alcuni percorsi e caratteri di fondo, sul lungo periodo*

Due dati sono emersi finora con maggior forza, connessi ma distinti. Da un lato, le peculiarità del panorama storico in cui sorse la disciplina antica delle successioni a causa di morte, e che pure ha in larga parte raggiunto il dettato dei nostri codici (quello che abbiamo qualificato uno scenario pre-moderno); dall'altro, lo straordinario risalto attribuito alla nostra materia all'interno della tradizione civilistica.

Vorrei ora soffermarmi su alcuni aspetti che equivalgono – mi sembra – ad altrettanti vettori di andamento (almeno tendenziali) oppure a caratteri di lunga durata. Considero tali i motivi che vediamo persistere entro un periodo prolungato: motivi che percorrono una civiltà sull'arco di secoli, e talora di millenni. Ciò naturalmente non significa che essi siano sottratti al cambiamento: tutto muta nella storia (anche) giuridica, persino l'idea di immobilità, o di trasformazione (per non parlare di quella di progresso). Voglio solo dire che nel gioco delle varianti storiche, o sotto la loro superficie, è possibile scorgere, non di rado, alcuni dati di fondo che contraddistinguono l'intera morfologia di un sapere, e il cui sviluppo è scandito da un moto più lento, sfasato rispetto a quello di altri fenomeni. In definitiva anche quelle che consideriamo delle “costanti” non si collocano affatto in uno spazio eterno o sovratemporale. Esse partecipano pienamente del divenire: ma, per così dire, con un regime storico altro e peculiare.

In questa prospettiva, proverò a individuare quattro aspetti – non privi, fra loro, di interazioni e legami, se non anche di contrasti, almeno parziali o apparenti –, isolabili lungo la plurisecolare parabola dell'esperienza romana. Fra essi alcuni (in particolare il primo e l'ultimo) contribuiscono a marcare la distanza fra i romani e noi, sia pure da un punto di vista sensibilmente diverso da quello evocato sinora (§ 1). Altri si rivelano significativi per ragioni diverse, anche nella logica di un confronto diacronico: vi potremo anche individuare (soprattutto nel secondo caso) schemi e meccanismi destinati a riproporsi ai nostri giorni, ma per riempirsi di tutt'altro contenuto normativo.

Mi riferisco, nell'ordine, alla graduale emersione del carattere propriamente (diciamo pure esclusivamente, o quasi) patrimoniale del fenomeno successorio; alla persistente connessione che, nondimeno, emerge fra esso e la configurazione assunta dalle comunità parentali (famiglia e *gens*); alle forme di transizione dall'arcaico formalismo a un maggior riconoscimento della volontà individuale; all'incidenza che, anche in quest'ambito, esercitò il contributo di quelli che possiamo considerare, nel complesso, i principali artefici del diritto privato romano (quale “diritto di casi e di azioni”), e cioè giuristi e magistrati provvisti di *iurisdictio*.

Partiamo dunque dal primo punto, ma muovendo dall'epilogo – ossia dall'assetto odierno –, per procedere a ritroso. Le grandi partizioni del diritto privato

attuale ci sono note. Nonostante le innumerevoli critiche rivolte (spesso, in verità, più a parole che nel concreto del lavoro) a impianto e categorie di ascendenza pandettistica, l'indice di un manuale di diritto privato vigente ci consegna ancora le linee di un sistema: non molto differente da quello che avremmo rinvenuto oltre un secolo fa, nei trattati di *Pandette* o nei testi di *Istituzioni* (sia di "diritto civile patrio" che di diritto privato giustiniano). A parte il capitolo iniziale, dedicato a linee di teoria generale del diritto (diritto in senso oggettivo e soggettivo, fonti di produzione e di cognizione, interpretazione ecc.), la grande bipartizione si pone tra un complesso di regole che riguardano i rapporti personali e quelle che hanno ad oggetto rapporti patrimoniali.

Le successioni a causa di morte sono trattate in questa seconda parte: talvolta prima di diritti reali e obbligazioni (ricalcando la sequenza del codice, che si spiega a sua volta soprattutto alla luce di ragioni storiche), talora più tardi. La loro afferenza a questo secondo blocco della materia privatistica è comunque incontrovertibile: spesso viene anzi dato per assolutamente scontato. La vicenda che vi ha luogo è riconducibile alla figura della successione patrimoniale: a titolo universale nel caso dell'erede, a titolo particolare in quello del legatario. Una vicenda che coinvolge tutti i rapporti giuridici che siano, ovviamente, trasmissibili: e la quasi totalità dei rapporti giuridici trasmissibili sono appunto quelli patrimoniali (con le debite eccezioni: pensiamo solo all'usufrutto).

Il sistema – di cui abbiamo suggerito di farsi un'idea anche solo scorrendo l'indice di un odierno manuale – ci consegna dunque un'immagine univoca: la successione *mortis causa* attiene essenzialmente alla circolazione della ricchezza nel tempo, nel momento in cui muore il precedente titolare dei beni. In questo senso essa è vicenda di cose, non di persone. Ma siamo certi che queste due dimensioni siano sempre state così distinte, e altrettanto perentoria la loro demarcazione (qui le relazioni patrimoniali, lì quelle personali; qui le cose, lì gli esseri umani)?

Il patrimonio ereditario, nel latino più arcaico, è indicato non ancora col termine *hereditas*, ma con una parola che più tardi avrebbe indicato (solo) altro, e che in linea di massima coincide con quanto è designato dal corrispondente sostantivo italiano. La parola latina è *familia*. Nelle XII tavole, laddove sono indicati quanti, nell'ordine, abbiano diritto a fare propri quei beni (*sui, adgnatus proximus, gentiles: vi torneremo*), si parla appunto di *familiam habere*. Certo quel primo corpo normativo ci è noto solo in forma frammentaria e indiretta, e non è affatto da escludere che sui suoi moduli espressivi abbia inciso un certo ammodernamento lessicale di età medio e tardorepubblicana (il latino, come è stato osservato, era mutato più nei primi secoli di Roma di quanto lo sarebbe stato da allora a Carlo Magno). Ma anche questa revisione linguistica non occultò certi tratti arcaici delle formulazioni decemvirali, destinati a destare difficoltà non lievi per i suoi interpreti posteriori

(come sappiamo ad esempio per il II secolo d.C., allorché si accesero alcune dispute fra dotti, incerti su come intendere parole che ricorrevano nell'antica legislazione). *Familia*, nell'uso ricordato, rinvia dunque a soluzioni terminologiche, e alle sottese forme mentali, alquanto risalenti.

Per secoli quel sostantivo designò sia il complesso di beni di cui era titolare il *pater familias* (e dei quali, alla morte di lui, andava stabilita la destinazione) sia il gruppo di persone costituito da lui stesso e dai soggetti su cui egli esercitava i propri poteri, a cominciare da *patria potestas* e *manus* (quella che i romani chiamavano *familia proprio iure*, di proprio diritto: vi torneremo fra breve). Lontano dalle nette distinzioni – per noi tanto abituali da apparirci ovvie – fra piano patrimoniale e personale, *familia* evocava tutto ciò (cose e uomini) su cui il *pater familias* avrebbe potuto, finché in vita, dire “*meum esse*”. E forse non questo soltanto.

In effetti, al pari dell'*oikos* greco – che giustamente è stato visto come un insieme di persone, di cose e di riti – anche la *familia* romana è connotata da uno spiccato elemento religioso. Coinvolge le divinità domestiche (*penates*, *lares*, *lemures*): spiriti degli antenati e presenze sacre protettrici dei luoghi più intimi e nascosti della casa, il camino e la dispensa – la *penus*, da cui il nome delle prime divinità menzionate, ma poi anche possibile oggetto di una tipologia di legati (*legatum penoris*), che a lungo attrasse l'acribia analitica dei giuristi, con interpretazioni la cui sottigliezza davvero stupisce, considerando la modestia degli interessi economici che vi erano coinvolti (in sostanza, al di là della verosimile connotazione sacrale che ebbe in origine, la *penus* era costituita delle provviste conservate nella dispensa per le esigenze alimentari di chi abitava nella casa). L'impatto del fattore religioso – di cui a Roma è sempre costitutivo l'elemento rituale, con gesti ripetuti in modo scrupoloso, quasi ossessivo (“quando fare è credere”, secondo la formula di Scheid) – è di primaria importanza in tutto il vissuto arcaico, e rimane impresso nel codice genetico di molte figure anche dell'età posteriore. La *familia* è dunque anche un complesso di pratiche religiose e presenze divine.

E in effetti, succedere in un patrimonio significava subentrare pure nel dovere di proseguire e curare quotidianamente i riti e culti domestici (*sacra*). La disciplina di chi vi fosse tenuto – un onere non irrilevante, a cui col tempo si cercò sempre più di sottrarsi – si poneva a cavallo fra diritto pontificale e civile, e fu messa a punto (come ricorda Cicerone: *De legibus* 2.19.47–2.21.53) sull'arco di molteplici generazioni: verosimilmente già prima di Tiberio Coruncanio (III secolo a.C.), e poi sino a Quinto Mucio. Del resto l'esigenza di un controllo sulla sorte dei *sacra* – al fine di salvaguardare la prosecuzione dei culti gentilizi, ma evitando commistioni (*turbatio sacrorum*) – risultava primaria anche in merito ad atti che determinavano anch'essi una successione (ma non *mortis causa*), come l'adozione di un soggetto *sui iuris* (*adrogatio*), la quale richiedeva che l'*adrogatus* rinunciasse ai propri riti e

culti (*detestatio sacrorum*) e vi fosse comunque un controllo del collegio pontificale.

Lo scenario nel quale ci siamo immersi rivela perciò, al di là di certe continuità nelle soluzioni tecniche, tratti di profonda distanza: sul piano storico, antropologico e culturale. La vicenda di certe parole ci rivela non poco di quell'alterità. Ciò vale per *familia*, ma anche per due sostantivi che in apparenza sembrano avere fra loro poco in comune: matrimonio e patrimonio. A noi oggi appaiono designazioni di realtà lontane e distinte, di nuovo afferenti a una grande dicotomia divenuta ai nostri occhi affatto evidente: qui una figura propria dei rapporti giuridici personali, là il vocabolo per indicare il complesso dei beni oggetto di diritti. In realtà la simmetria fra le due nozioni è incontestabile, ed è pienamente svelata dall'etimologia: da una parte, *mater* e *pater*; dall'altra, *-monium*, che ne indicava la rispettiva condizione giuridica.

La parabola iniziale delle successioni *mortis causa* partecipa, dunque, di una realtà in cui le *res* non erano ancora confinate solo nel mondo delle pure cose – un esito che è solo posteriore, e neppure integralmente definito (almeno nei termini per noi consueti) all'interno dell'esperienza antica. Del resto a Roma, e non solo nell'età più risalente, esistevano anche *res* che da un punto di vista fisico non furono mai propriamente cose. Mi riferisco, in primo luogo, agli schiavi. Essi erano trattati dal diritto alla stregua, appunto, di *res* (e fra le più rilevanti: *res Mancipi*), ma tramite quella che da tempo ho proposto di definire una "reificazione imperfetta": tale cioè da non cancellarne totalmente la natura umana, che rimane alla base di certe specificità del loro regime, non del tutto assimilabile a quello di (altre) cose. Basti pensare alla soggettività commerciale dei *servi* (cui pertanto, usando le moderne categorie, era riconosciuta una capacità di agire anche in assenza di quella giuridica), alla disciplina del *partus ancillae* o alla circostanza che il luogo di sepoltura di uno schiavo era comunque considerato *religiosus*, e perciò *extra commercium*.

Per tornare alle successioni *mortis causa*, il primo elemento di fondo che intendo isolare è dunque offerto dalla circostanza che la loro inerenza a una dimensione esclusivamente patrimoniale non risulta un tratto assoluto, né tantomeno originario. Un simile esito, che oggi ci appare banale, è stato in realtà il portato di un lungo percorso. Un percorso interno alla costruzione del diritto privato, ove l'originaria unità dell'appartenenza (delle situazioni, cioè, in cui poteva dirsi indifferentemente "è mio" di persone e di cose) si venne articolando in un'eterogenea gamma di rapporti giuridici, alcuni patrimoniali (proprietà, altri diritti reali, relazioni obbligatorie), altri personali. Ma un percorso che partecipa anche di fenomeni che interessarono il *ius* nel suo complesso, e che proporrei di indicare non tanto – come usualmente avviene, ricorrendo a un concetto che qui non trovo

affatto calzante – nei termini di una “laicizzazione”, ma piuttosto di una distinzione fra sistemi direttivi, laddove l’arcaica, inestricabile compenetrazione tra saperi e sfere di controllo (religione, magia, politica, diritto) lasciò gradualmente spazio a funzioni sociali autonome, per quanto in reciproco e composito dialogo.

All’interno di quest’itinerario, e anche guardando al suo primo tratto – quello che rivela maggiori difformità rispetto alle impostazioni odierne –, emerge poi il secondo profilo cui accennavo: una sorta di costante (con tutte le cautele che abbiamo ricordato nell’uso di questa nozione), o di schema ideale, sia pure destinato a ospitare contenuti diversi nel tempo. Mi riferisco al fatto che, soprattutto se ci spostiamo dalla successione testamentaria a quella legittima (ma anche la prima, in verità, offre qualche indizio in tal senso), il relativo regime denota immancabilmente stringenti legami con la configurazione sociale e giuridica via via attribuita ai gruppi parentali. La disciplina della successione *mortis causa*, in questo senso, costituisce la proiezione in campo patrimoniale (pur nel senso che abbiamo posto in luce) dell’idea che si ha della famiglia, dei vincoli di sangue e delle aggregazioni pluripersonali (o anche plurifamiliari, come a Roma le *gentes*).

Basti qui segnalare due momenti normativi: entrambi, questa volta, esterni alla produzione del *ius* immediatamente affidata a giuristi, e connessi invece ad altre fonti – la legislazione decemvirale nel primo caso; l’editto del pretore e poi alcuni senatoconsulti nel secondo. Le XII Tavole, recependo probabilmente *mores* preesistenti, dettarono una precisa sequenza di soggetti che, in mancanza di un testamento, avevano il diritto di subentrare nel patrimonio del *de cuius* in qualità di eredi. Queste regole rimasero vigenti per secoli, costituendo l’ossatura del regime civilistico della successione *ab intestato*.

Come noto, i primi a poter ereditare erano i *sui*, ossia coloro che alla morte del *pater* si trovassero sottoposti a un suo potere personale (*patria potestas* o *manus*) e solo con la sua scomparsa ne venissero liberati (per assumere, appunto, la qualifica di *sui iuris*): vi rientravano la moglie, se *in manu*, e soprattutto i figli (non i figli dei figli, che sarebbero rimasti sotto potestà: del padre anziché del nonno), tanto naturali quanto adottivi (mentre erano esclusi quelli adottati da altri oppure emancipati, nonché le figlie sposate su cui fosse stata costituita la *manus*). Venivano poi, in assenza di *sui*, le altre persone legate al *de cuius* in via agnaticia (fratelli e sorelle, nipoti *ex fratre* ecc.), con preferenza accordata a quello di grado più vicino (*adgnatus proximus*). Infine i membri della *gens*, che sembra succedessero collettivamente (con verosimile possibilità, per l’uno, di escludere gli altri tramite *usucapio pro herede*).

Sebbene questa terza categoria abbia perso progressivamente rilievo, sino a scomparire in età tardorepubblicana, l’intero trittico illustra compiutamente quanto accennavo in precedenza. Venivano infatti tratteggiati come tre cerchi

concentrici, corrispondenti ad altrettante strutture parentali rilevanti a livello di rappresentazioni e pratiche sociali: la famiglia (che in fonti alquanto più tarde troviamo denominata) “per diritto proprio” (*proprio iure*), corrispondente al nucleo costituito dal *pater* e dalle persone soggette alla sua *patria potestas* o *manus*; la famiglia “per diritto comune” (*familia communi iure*), comprensiva di tutte le famiglie i cui *patres* erano stati sottoposti alla *potestas* del medesimo soggetto, fino alla morte di questi; la *gens*, in cui rientravano coloro che si riconoscevano nella discendenza da un comune antenato (anche remotissimo, e persino di natura mitica, come Enea per la *gens Iulia*). E in tutto questo l’unica linea di sangue che determinava aspettative ereditarie era quella maschile: solo l’*agnatio* (e non la *cognatio*) acquisiva infatti rilievo per il *ius civile*. Tramite questo tipo di parentela transitava il potere – nella sua forma archetipica, che era per i romani la *patria potestas* – e da essa era anche determinata la sorte dei patrimoni da una generazione all’altra.

Questo conferma chiaramente due cose, che già abbiamo segnalato. In primo luogo illustra nel modo più evidente il condizionamento esercitato dalle concezioni dei rapporti parentali sulle regole giuridiche della trasmissione *mortis causa*. Si tratta di una constatazione in sé quasi banale, ma che deve sempre accompagnarci nella valutazione di quelle regole, siano esse remote o tuttora vigenti. Basti pensare all’impatto che i mutamenti sociali del secondo dopoguerra esercitarono sui vecchi assetti patriarcali, sino alla riforma del diritto di famiglia degli anni ’70 e le conseguenti ricadute sul regime della successione legittima, o alle recenti riforme relative ai figli nati fuori dal matrimonio.

In secondo luogo, quanto abbiamo richiamato torna a mostrarci la complessità del fenomeno successorio: la sua non esclusiva patrimonialità, soprattutto in età arcaica (torna il primo tratto di fondo su cui ci siamo soffermati). Non siamo di fronte, in effetti, solo a un passaggio economico, ma a una transizione di potere: l’uno e l’altra disposti sulla medesima linea. Vi è un carattere in qualche modo politico nell’avvicinarsi dei figli (o di un limitato numero di essi) ai padri: non è solo questione di interessi patrimoniali.

Il punto era già colto e valorizzato da Pietro Bonfante, tra la fine dell’Ottocento e gli inizi del Novecento. L’esito della sua ricostruzione è stato quasi unanimemente respinto – ed è, in effetti, verosimilmente implausibile –, ma la tesi da lui formulata contiene un’intuizione felicissima (potremmo parlare, nel complesso, di un errore geniale). Insostenibile è la persuasione di Bonfante circa una priorità cronologica e di una maggiore diffusione, già nella Roma monarchica e protorepubblicana, della successione testamentaria. Come vedremo fra breve, già il limitato numero di occasioni che, in quell’età, si offrivano a chi intendesse fare testamento rappresenta un ostacolo pressoché insormontabile rispetto a una simile ipotesi. Ma rimane acuto e suggestivo l’argomento su cui Bonfante faceva leva, ossia la natura

*lato sensu* politica della *familia* più antica: la quale è compagine non fondata su affetti e comunanza di sangue (quale esso sia), ma su vincoli potestativi di cui solo un uomo poteva essere parte attiva: dal che, anche l'immagine dell'istituzione di erede quale una sorta di investitura del proprio successore sul trono familiare.

Torniamo ora all'*adgnatio*, col rilievo che esclusivamente ad essa riservò per secoli, a fini successori, il *ius civile*: e veniamo così agli altri provvedimenti cui alludevo. Perché, nella medesima prospettiva, acquistasse importanza la parentela in linea tanto maschile che femminile (*cognatio*) occorre spostarci su un diverso piano normativo, e attendere il contributo del pretore. Introducendo mezzi processuali tali per cui varie categorie di soggetti potevano essere immesse nella disponibilità dei beni ereditari (*bonorum possessio*), quel magistrato prevede che fra i legittimati fossero anche i *cognati*. Sulla scorta della nota tripartizione, circa le finalità perseguite nell'allestimento del diritto pretorio, esposta da Papiniano (D.1.1.7.1), si è soliti scorgere qui un intervento teso a colmare una lacuna del *ius civile* (*supplendi iuris civilis gratia*). In realtà vi è comunque un'azione (anche, se non soprattutto) correttiva, come del resto sempre avviene allorché si individua un vuoto normativo: nel senso che il riconoscimento di lacune è esso stesso esito di un procedimento interpretativo, non di rado ideologicamente orientato, e volto a introdurre incisive variazioni di regime.

Per la mentalità arcaica – e per le remote fonti del *ius civile*, in cui questa si rifletteva – non vi era affatto una carenza di previsioni in merito alla *cognatio*: semplicemente esse la stimavano, ai fini successori, del tutto irrilevante, recependo l'idea allora dominante riguardo ai vincoli di sangue (e alla visione strettamente potestativa della famiglia). L'impianto iniziò ad apparire lacunoso solo più tardi, in conseguenza di un mutamento nelle concezioni dei gruppi parentali. Al solito, il primo a percepire questo nuovo sentire sociale, e ad adeguarvi gli strumenti del diritto, fu il pretore: per mezzo appunto della *bonorum possessio*. Sarebbe occorso molto tempo perché, fra Adriano e Marco Aurelio (II secolo d.C.) intervenissero altre fonti – due senatoconsulti, in quel caso – al fine di riconoscere diritti successori, anche sul piano del *ius civile*, almeno ad alcuni rapporti di *cognatio*, come quelli che intercorrevano fra madre e figlio, e viceversa.

### 3. *Di un altro percorso, e dei protagonisti della nostra storia*

Passiamo ora agli altri due aspetti di fondo che è mia intenzione isolare, e che già ho menzionato. Il primo è costituito da un tratto di andamento, percepibile (in riferimento soprattutto alla successione testamentaria) sull'arco di secoli, e partecipe di fenomeni più vasti, che coinvolgono la nostra così come altre materie.

Potremo parlare di un tendenziale passaggio dal formalismo al volontarismo: ma intendendoci bene sui termini di questa formula, e ancor più sul significato della transizione.

Non solo essa fu estremamente graduale e neppure completa – dal momento che esclusivamente la modernità ha riconosciuto, in genere, l'assoluto primato della volontà individuale nella produzione di conseguenze giuridiche –, ma neppure dobbiamo assumerla in termini univoci e meccanici, come se si trattasse di un'evoluzione lineare, imposta dalla forza delle cose. Il percorso fu invece, come sempre nella storia (anche) giuridica, accidentato e discontinuo, non privo di pause, fasi regressive, biforcazioni e alternative. Nondimeno, appare legittimo cogliere alcuni motivi di fondo.

Per un lungo tratto la scena – come per ogni altro ambito del diritto (non solo) privato – rimase dominata dall'idea che per produrre validi effetti (sul piano giuridico, che era però, allora, anche magico e religioso) non contava tanto l'intenzione del soggetto quanto la sua osservanza di formalità prescritte e consolidate nei *mores*. Solo col tempo assistiamo a un mutamento di paradigma – in certi casi anche piuttosto precoce, in altri estremamente lento e faticoso –, in forza del quale ciò che risultava più meritevole di tutela finì con l'essere proprio la volontà (nel nostro caso del testatore, in ambito contrattuale quella delle parti consenzienti).

I due termini finora evocati – formalismo e volontarismo – iniziano così ad assumere una fisionomia più nitida. Ma sul primo occorre fare ancora chiarezza, distinguendolo da altre nozioni (carattere formale del diritto, solennità, ritualismo) con le quali viene non di rado confuso e sovrapposto. Il carattere formale del diritto è un tratto di fondo che connota l'intera tradizione giuridica occidentale (in particolare, dell'Europa continentale) e che rimonta visibilmente all'esperienza romana. Con quest'ultima il diritto, per la prima volta, si presenta come una funzione sociale autonoma, elaborata scientificamente attorno a una serie di figure e ruoli astratti, i quali sono replicabili all'infinito e prescindono dalle qualità personali di chi di volta in volta vi si cali.

Non contano la mia statura, il mio peso, le mie posizioni politiche o i miei orientamenti sessuali; ma il fatto che, in una determinata operazione, io assuma la veste di venditore, oppure di compratore, di locatore o di conduttore. Il ruolo, e la finalità tipica che quel contratto persegue (la sua causa: § 1), vengono come distaccate dagli uomini in carne e ossa che vi sono coinvolti, coi motivi che li hanno indotti a concludere quell'affare, i loro interessi e i loro conflitti. Ad assumere rilievo e a produrre conseguenze giuridiche – dalla portata integralmente prevedibile, per chi conosca diritti e doveri assegnati alle varie figure tecniche – sono le entità astratte che popolano la scena giuridica, col loro profilo stilizzato e in larga misura impersonale. Prende così vita quello che, con Max Weber, possiamo

ancora denominare un diritto “calcolabile”, connotato da una “razionalità in senso formale”.

Ben altra cosa è il formalismo, che contraddistingue soprattutto le esperienze più risalenti, sebbene non possa dirsi affatto scomparso dall’orizzonte del diritto privato attuale. Si ha formalismo laddove è richiesto che, per essere pienamente valida ed efficace, la volontà si manifesti tramite una forma determinata (scritta, orale, gestuale). Ancor oggi – pur dopo secoli di esaltazione della libertà del volere individuale – esistono atti giuridici che sarebbero nulli ove non fosse osservata la forma che l’ordinamento richiede: in particolare quella scritta, senza la quale non potremmo ad esempio concludere la compravendita di una casa, costituire una servitù o un usufrutto su un fondo.

Ove poi sia imposto non solo il rispetto di una forma, ma sia anche fissato di quali parole o gesti ci si debba necessariamente servire, siamo allora oltre il formalismo, per entrare nel campo della solennità. Un atto solenne richiede l’impiego scrupoloso di una terminologia prestabilita: la volontà individuale quasi dilegua sullo sfondo, mentre in primo piano si staglia la rigida stereotipia del formulario. Mentre ai nostri giorni persiste un certo formalismo (vi abbiamo appena accennato) ma sono poche le applicazioni della solennità negoziale – il caso più noto è quello della cambiale –, nella Roma arcaica per molti atti non solo era prevista una forma determinata (solitamente quella orale, diversamente da quanto l’odierna sensibilità lascerebbe immaginare) ma erano anche prescritte le parole da pronunciare. Basti pensare alla *sponsio*, in cui non era sufficiente la simmetria fra il verbo (qualunque verbo) impiegato nella risposta rispetto a quella della domanda – come poi avverrà con la *stipulatio* –, ma era indispensabile ricorrere, appunto, a *spondeo*.

Altri esempi ci condurrebbero anche oltre la solennità. Pensiamo al formulario della *mancipatio*, che per comodità possiamo anche riproporre in italiano (immaginando, come nelle fonti, che ne sia oggetto un *servus*): “questo schiavo è mio secondo il diritto dei Quiriti e sia da me comprato con questo bronzo e questa bilancia”. Qui abbiamo formalismo – l’enunciazione orale del *mancipio accipiens*, al cospetto di un silente *mancipio dans*, è infatti requisito imprescindibile per la validità dell’atto – e anche solennità, in quanto non è consentito distaccarsi dalle parole del formulario. Ma vi è qualcosa di più, che si radica nel ritualismo arcaico e nella funzione performativa del suo linguaggio. Il rito, compiuto correttamente, trasforma la realtà e produce diritto. Chi acquista afferma una cosa (ancora) non vera, ossia che quello schiavo è suo *ex iure Quiritium*: ma dicendolo fa sì che, nel silenzio dell’alienante, quell’effetto si realizzi davvero. È lo stesso meccanismo che troviamo dispiegarsi nella *legis actio sacramento in rem*, col replicarsi e contrapporsi (in assoluta simmetria) delle formule vindicatorie dei due contendenti.

Nell’ambito delle successioni *mortis causa* il terreno privilegiato per cogliere il

formalismo è ovviamente – nell'antica Roma come ancora oggi – quello delle disposizioni testamentarie. Nella loro plurisecolare evoluzione interessa, dal nostro punto di vista, soprattutto un dato. Nella fase più risalente incontriamo (come minimo) una prescrizione di forma – che è però orale, e non scritta – accompagnata dall'esigenza che la volontà sia espressa dinanzi ai comizi curiati (*testamentum calatis comitiis*) oppure al cospetto dell'esercito schierato nell'imminenza di una battaglia (*testamentum in procintu*). Anche senza interrogarci sul possibile carattere solenne delle dichiarazioni – ossia sul problema dell'esistenza, soprattutto nel primo caso, di rigorosi formulari cui attenersi –, due dati spiccano con forza.

In primo luogo l'estraneità delle forme arcaiche di testamento a quella dimensione scritta che a noi, dopo che per millenni si è andati in altra direzione, appare invece un tratto quasi connaturato all'essenza del testamento. In secondo luogo, l'esiguità delle occasioni in cui tali dichiarazioni potevano essere validamente rese: due volte l'anno per la prima tipologia di atto; di fatto non molte di più, verosimilmente, per la seconda. Ecco, come rilevato (§ 2), un aspetto oggettivo che rende difficile seguire tesi come quella di Bonfante, per indurci a pensare, piuttosto, che la prevalenza della successione testamentaria su quella legittima sia tutt'altro che risalente, e sia stata semmai imposta da pratiche sociali (soprattutto dei ceti più elevati) della media e tarda repubblica, allorché divennero fruibili altri strumenti per manifestare le proprie ultime volontà.

Con l'affermarsi di un'ulteriore procedura praticabile – dapprima *mancipatio familiae*, poi *testamentum per aes et libram* – in apparenza poco sembra cambiare nel rapporto tra formalismo e volontarismo: nel senso che continuava a essere prescritta una determinata forma. Essa però non rimase immutata: dall'oralità della *mancipatio familiae* (più strettamente aderente al rito librare, presentandosi come negozio tra vivi, pur con effetti *post mortem*) si passò infatti alla redazione delle tavole sigillate cui sempre più usava fare, a voce, un complessivo rinvio, e che finirono per incarnare il mezzo diretto di manifestazione della volontà del *de cuius* (nella sostanza, il primo testamento scritto della storia romana: quello appunto *per aes et libram*). Ma non è questa l'unica novità, né forse – almeno nella nostra prospettiva – quella principale.

Particolarmente significativo è il fatto stesso che venisse così allestita una figura ulteriore (prima nella sostanza, poi anche nella veste tecnica) di testamento: al quale era possibile ricorrere in modo più frequente e (relativamente) agile, e in cui potevano essere ospitate disposizioni di svariata natura. Senza affatto sacrificare il formalismo – dal momento che, anzi, si aveva qui l'applicazione di un atto rituale come la *mancipatio* –, si veniva incontro all'esigenza di una maggiore apertura nei riguardi della volontà privata (la cui forza vincolante aveva trovato un primo, e anche precoce, riconoscimento col valore attribuito dalle XII Tavole alle *nuncu-*

*pationes* rese nel concludere un *nexum* o una *mancipatio*: previsione che è alla base anche del futuro testamento librale).

Un'apertura che possiamo riscontrare da un duplice punto di vista: sia perché, rispetto ai due testamenti arcaici, veniva così ad allungarsi il “menù negoziale” (ossia il novero di figure tipiche poste a disposizione dei consociati per esprimere i loro intenti e renderli giuridicamente efficaci); sia perché, nel documento redatto dal *de cuius*, l'istituzione di erede poteva essere accompagnata (assai più che in passato) da innumerevoli altre previsioni, di ordine sia patrimoniale che personale: pensiamo ad esempio al riconoscimento di un figlio, o alla nomina di un tutore.

L'estensione del numero delle tipologie testamentarie, e la dilatazione dell'eventuale contenuto, significa di fatto allargare il ventaglio delle possibilità che si offrono ai privati. Così come accade nell'ambito dei contratti, una prima strada che consente di attenuare gli inconvenienti di formalismo e tipicità – per non lasciare la volontà individuale sprovvista di adeguati mezzi di estrinsecazione – è proprio quella di aumentare il numero dei paradigmi negoziali fissati dall'ordinamento. Né le svolte si arrestano qui.

Pensiamo ad alcuni itinerari: distinti ma convergenti sotto almeno un profilo, che è proprio quanto qui interessa. Mi riferisco all'allentarsi, in alcune situazioni, della morsa del formalismo, in modo tale che avrebbero prodotto effetto anche testamenti, o singole clausole, che formalmente rivelavano carenze più o meno gravi. Mi limito a ricordare tre punti, pur senza potermi addentrare nei loro dettagli. Innanzi tutto la realizzazione, da parte del pretore, di un meccanismo processuale tale per cui avrebbe potuto chiedere di venire immesso nel possesso dei beni ereditari anche chi fosse stato istituito erede in un testamento affetto da qualche imperfezione formale, e a prescindere, comunque, dall'accertamento circa l'effettiva osservanza del rito librale (*bonorum possessio secundum tabulas*). Come spesso accade negli interventi di quel magistrato, l'osservanza delle forme tradizionali cedeva terreno a un vaglio duttile e pragmatico degli intenti e degli interessi in gioco, a tutto beneficio della volontà sostanziale.

Pur se per ragioni alquanto specifiche – all'evidente scopo di favorire un ceto particolarmente vicino al potere politico –, deroghe ancor più eclatanti al vecchio formalismo intervennero più tardi, e tramite altri interventi normativi. Mi riferisco al regime che, in età imperiale, venne messo a punto in merito al testamento dei militari (*testamentum militis*). Nella sua disciplina rinveniamo alcune deroghe sul piano sostanziale, in quanto non trovavano applicazione, ad esempio, determinate regole civilistiche: come quella secondo cui non poteva aversi concorso fra delazione testamentaria e legittima; l'istituzione di erede doveva necessariamente riguardare non un bene determinato (ma la totalità del patrimonio o una sua quota), né tollerava termine o condizione risolutiva; i *sui* dovevano essere o istituiti eredi o

diseredati. Ma accanto a simili elementi di eccezionalità sul piano dei contenuti, spicca soprattutto, dal nostro punto di vista, la completa assenza di vincoli formali. Era stimata infatti sufficiente, da parte del militare, qualsiasi manifestazione di una seria volontà di testare: fosse essa scritta od orale, in lingua latina o meno, e non necessariamente in forma imperativa.

Pensiamo inoltre alla crescente libertà di forme che, rispetto al rigore più risalente (con tratti di autentica solennità), interessò la disciplina dei legati, dei quali venne attenuata anche la netta demarcazione in quattro distinte tipologie. Il sostanziale avvicinamento fra queste ultime – a tutto vantaggio della salvaguardia dell'effettiva volontà del *de cuius*, anche laddove egli non si fosse perfettamente attenuto alle modalità prescritte – venne sancito soprattutto col senatoconsulto Neroniano (I secolo d.C.), alla cui stregua un legato, espresso in termini inidonei, sarebbe stato valido, se considerato di altro genere (l'ipotesi prevalente era quella di un legato *per vindicationem* "convertito" in legato *per damnationem*).

Gli sviluppi successivi condussero alle estreme conseguenze questo tratto di andamento relativo ai legati. Dapprima col venir meno (sancito da Costantino) della necessità di impiegare i *verba* degli antichi formulari; poi con la definitiva abolizione (a opera di Giustiniano) delle quattro possibili tipologie, in modo tale da aversi una figura unitaria, e con un regime sostanzialmente conforme a quello dei fedecommessi. Una figura, quest'ultima, su cui torneremo fra breve, ma della quale interessa ora soprattutto il fatto di essere a sua volta contraddistinta, fin dalle sue origini – e anche al momento del suo pieno riconoscimento giuridico, in età augustea – da un'estrema libertà nella manifestazione degli intenti del *de cuius*. Si trattava infatti di una semplice preghiera, con la quale ci si rimetteva alla *fides* dell'onerato (da cui il suo nome, ma anche le iniziali esitazioni circa la sua forza vincolante). A tal fine non era necessaria l'osservanza di alcuna formalità: neppure l'uso della lingua latina né la redazione di un testamento o di un documento autonomo (codicillo) "confermato" (ossia richiamato, come era invece necessario per i legati) in un testamento anteriore o successivo.

Peraltro, il progressivo riconoscimento del ruolo prevalente della volontà testamentaria, rispetto all'osservanza dei requisiti formali, interessò anche la principale disposizione con cui si apriva il testamento stesso: l'istituzione di erede. Essa, stando ai rigorosi dettami provenienti dalla tradizione del *ius civile*, doveva essere espressa in latino, con modalità imperativa e collocata prima di ogni altra. Col tempo, però, si iniziò con l'ammetterne la validità anche laddove non posta all'inizio o non espressa con formule imperative; quindi si dette la possibilità di servirsi della lingua greca. Infine, nella prima metà del IV secolo (con una disciplina che fu ancora accolta da Giustiniano), venne sancita l'assoluta libertà di formulazione, purché la volontà del testatore risultasse chiaramente espressa.

Fermiamoci qui. Pur con tutte le cautele e le precisazioni segnalate, il complesso di queste figure e dei relativi sviluppi illustra compiutamente – mi sembra – il tratto di andamento che abbiamo cercato di isolare. Il crescente rilievo attribuito alla volontà del testatore, al di là dei vincoli formali a cui essa veniva subordinata allo scopo di produrre pienezza di effetti giuridici, accomuna percorsi diversi: dalla creazione di una modalità testamentaria (*per aes et libram*) ulteriore, assai più duttile e agevolmente accessibile, all'assoluta libertà di manifestazione introdotta per il testamento dei militari e i fedecommessi, sino al progressivo abbandono dei quattro distinti e rigidi formulari dei *genera legatorum*, e al superamento dei più rigorosi dettami relativi all'istituzione di erede.

L'ultimo motivo di fondo cui si è accennato, e col quale vorrei chiudere queste riflessioni, concerne i protagonisti della nostra storia. A parte la normativa decemvirale – che peraltro recepì, con ogni probabilità, *mores* preesistenti – e qualche *lex publica*, per secoli essi si identificarono con coloro che, più in generale, possiamo considerare i principali artefici della tessitura di quella rete di casi e di azioni tramite la quale si definì il diritto privato romano. Da una parte i giuristi (tanto più, come visto al § I, all'interno della tradizione civilistica); dall'altra i magistrati provvisti di *iurisdictio*, a cominciare dal pretore (cui si deve, nella sostanza, l'allestimento di una modalità successoria altra e parallela rispetto a quella civilistica, e imperniata sulle tre forme di *bonorum possessio*).

In tutto questo non troviamo, per la verità, nulla di sorprendente: per chi conosca la storia giuridica romana nel suo complesso, vi sarebbe stato anzi da stupirsi se le cose non fossero andate in tal senso. Tuttavia, la circostanza che le successioni *mortis causa* siano state regolate, per un lungo tratto (diciamo, almeno fino a tutta l'età repubblicana, ma con soluzioni che sarebbero rimaste vigenti per molto più tempo), essenzialmente in virtù degli interventi propri di un diritto giurisprudenziale e/o del *ius honorarium*, caratterizza in profondità la morfologia di quella disciplina. Basti pensare a ciò che comporta, anche nella nostra materia, il peculiare incedere dei giuristi: perennemente attratti dalla dimensione casistica, sia pure rischiarata dall'impiego di categorie astratte sempre più raffinate; in serrato dialogo fra loro, con l'inevitabile pluralità di *dissensiones* che per secoli prese vita, richiedendo da parte della stessa giurisprudenza una costante e capillare gestione delle dottrine in campo; il loro metodo topico, irriducibile ai condizionamenti della sistematica e di una ferrea logica deduttiva; la prevalente attenzione prestata alla tutela processuale potenzialmente fruibile, più che all'inquadramento “dogmatico” dei diritti sostanziali che si delineavano.

Un “ragionare per azioni” che è poi, quasi per antonomasia, tratto saliente dell'azione pretoria: tramite la quale si affermarono nuove forme di tutela processuale (pensiamo all'interdetto tramite il quale veniva consentito di immettersi nella *bono-*

*rum possessio*), e solo di riflesso si delinearono nuovi tratti del regime sostanziale. A questo modo di procedere – che non è solo del *ius praetorium*, ma caratterizza un'intera mentalità giuridica – non si sottraggono alcune innovazioni introdotte in età imperiale, e che pure non sono direttamente ascrivibili né ai giuristi né ai magistrati.

La figura che più rileva in tal senso è quella, cui abbiamo accennato poco sopra, del fedecommissario. Alle radici del suo pieno riconoscimento giuridico, come di una disposizione provvista di efficacia vincolante, troviamo la volontà di Augusto. Ma decisivo riuscì probabilmente, stando alle fonti, il parere di un giurista a lui vicino (Trebazio, che intervenne in merito ai codicilli redatti da Lentulo, che coinvolgevano lo stesso principe); ed è altresì significativo che quel riconoscimento coincise con l'allestimento di una nuova tipologia processuale. Per tutelare il fideicommissario, gli venne infatti attribuita la facoltà di rivolgersi ai consoli (più tardi ai *praetores fideicommissarii*) tramite una procedura che si svolgeva fuori dell'*ordo iudiciorum* del processo formulare, e che costituì la prima delle *cognitiones* denominate appunto *extra ordinem*.

In relazione ai fedecommissari, acquista poi ai nostri fini particolare rilievo quella tipologia che interessava l'intero patrimonio, in quanto veniva chiesto all'erede di trasmettere ad altro soggetto tutta l'eredità (o una sua porzione) a un dato momento, che poteva anche coincidere con la morte dell'erede stesso. Dinanzi a un fedecommissario (a titolo universale) congegnato in quest'ultimo modo, l'onere aveva un indubbio incentivo ad accettare l'*hereditas* (incentivo che era invece esiguo ove la "restituzione" dovesse avvenire dopo un breve termine), ma si determinava anche, a favore dell'originario disponente, la possibilità di preordinare la destinazione dei propri beni per più generazioni. Fra le pieghe di quest'accorgimento tecnico è la chiave per comprendere secoli di storia economica europea, con grandi patrimoni che – anche in virtù del concorso con una diseredazione assai agevole da praticare, se non addirittura con la regola del maggiorascato – si mantennero compatti, all'interno della medesima discendenza, per innumerevoli generazioni.

L'abolizione napoleonica del fedecommissario universale segna una cesura epocale, che è politica e sociale ancor prima che giuridica: davvero la fine dell'"antico regime" e il compimento degli ideali della Rivoluzione, se non proprio uno degli atti che – secondo la periodizzazione solo in apparenza sorprendente di Le Goff – decretarono la fine del Medioevo. Né è un caso che nei codici civili vigenti (come quello italiano, con l'eccezione della "sostituzione fedecommissaria" prevista, a scopo solo assistenziale, dagli articoli 692 ss.) il nostro istituto non abbia più trovato spazio. Anche la sua parabola – ai cui esordi troviamo, oltre alla volontà del principe, l'apporto di un giurista e il tipico modo romano di "pensare il diritto per mezzo delle azioni" – ci parla di uno "scenario pre-moderno", come molte delle figure e delle dinamiche sulle quali ho cercato di richiamare l'attenzione.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

I riferimenti iniziali sono tratti da Sumner Maine H. (1998). trad. it. *Diritto antico*. Milano: Giuffrè, p. 100 ss. e Nörr D. (2005). *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig.19.1.43 sq.)*. München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften in Kommission beim Beck, p. 16.

In materia di successioni *mortis causa* rimane fondamentale Voci P. (1967<sup>2</sup>, 1963<sup>2</sup>). *Diritto ereditario romano*, I–II. Milano: Giuffrè. Una sintesi assai puntuale in Santalucia B. (2010<sup>2</sup>). *Successioni a causa di morte e donazioni*, in A. Schiavone, ed. *Diritto privato romano. Un profilo storico*. Torino: Einaudi, p. 213 ss. Ho tenuto inoltre conto delle pagine, redatte da Valerio Marotta e da chi scrive, di Schiavone A., ed. (2016). *Storia giuridica di Roma*. Torino: Giappichelli, p. 34 ss., 152 ss., 301 ss. Si vedano inoltre – con specifico riferimento alle direttive di lavoro che si definirono, attorno a questi temi, nella giurisprudenza dalla tarda repubblica in poi – Maschi C.A. (1938). *Studi sull'interpretazione dei legati. Verba e voluntas*. Milano: Società editrice "Vita e pensiero"; Ormanni A. (1962). *Penus legata. Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica*, in Aa.Vv. *Studi E. Betti*, IV. Milano: Giuffrè, p. 579 ss.; John U. (1970). *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo*. Karlsruhe: Müller, 1970; Watson A. (1971). *The Law of Succession in the Later Roman Republic*. Oxford: Oxford University Press; Wieling H.J. (1972). *Testamentsauslegung im römischen Recht*. München: Beck; Paulus C. (1992). *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln*. Berlin: Duncker & Humblot.

Le considerazioni relative all'elaborazione di Quinto Mucio – con particolare riguardo all'interpretazione della volontà testamentaria – presuppongono Ferrary J–L., Schiavone A., Stolfi E., eds. (2018). *Quintus Mucius Scaevola. Opera*. Roma: L'Erma di Bretschneider; ma cfr., di recente, anche Brutti M. (2017). *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*. Torino: Giappichelli, p. 59 ss.

Riguardo al "sistema civilistico" e alla costante posizione prioritaria che vi è assegnata alla trattazione di successioni testamentarie e (poi) legittime, sempre importante Scherillo G. (1953). Il sistema civilistico, in Aa.Vv. *Studi V. Arangio-Ruiz*, IV. Napoli: Jovene, p. 445 ss.; ma si veda anche Lauria M. (1963). *Ius Romanum*, I.1. Napoli: Arte tipografica, spec. p. 57 s. In particolare, sulla struttura dell'opera di Sabino cfr. Astolfi R. (20012). *I libri tres iuris civilis di Sabino*. Padova: Cedam. Da tener presenti anche Frezza P. (1933). *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano (ora in Frezza P. (2000). *Scritti*, I. Roma: Lateran University Press, p. 193 ss.) e Cannata C.A. (1997). *Per una storia della scienza giuridica europea*. I. *Dalle origini all'opera di Labeone*. Torino: Giappichelli, spec. p. 256 ss.

Quanto rilevato in merito alla *interpretatio* romana (con precipuo riferimento all'ambito negoziale, e tenendo anche conto della distanza rispetto alla moderna interpretazione) riprende Stolfi E. (2004). 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*. Napoli: Jovene, p. 79 ss.; Stolfi E. (2016). *Brevi note su «interpretatio» e «auctoritas» fra tarda repubblica ed età dei Severi*. in *Interpretatio prudentium*, I.1, p. 162 ss. ove bibl. e ora Stolfi E. (2018). *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*. Torino: Giappichelli, p. 132 ss.

In merito al più risalente significato di *familia* (intesa, come nella legislazione decemvirale, quale complesso patrimoniale più che personale) e all'etimologia – davvero rivelatrice, nella sua simmetria – di *matrimonium* e *patrimonium*, ho tenuto conto soprattutto delle acute osservazioni di Thomas Y. (1980). *Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain*. in *Archives de philosophie du droit*, 25, p. 413 ss. Le tesi di Bonfante sulla configurazione arcaica della famiglia e delle successioni *mortis causa* ricorrono più volte nell'ampia produzione da lui dedicata a questi argomenti: si vedano Bonfante P. (1925). *Corso di diritto romano*. I. *Diritto di famiglia*. Roma: Sampolesi e Bonfante P. (1930). *Corso di diritto romano*. VI. *Le successioni*. Roma: Sampolesi, nonché Bonfante P. (2007). *Scritti giuridici vari*, I (rist. corretta a cura di G. Crifò e A. Mancinetti). Roma: Aracne. Di "reificazione imperfetta" degli schiavi ho parlato, illustrando le ragioni di questa formula, in Stolfi E. (2002). *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*. Milano: LED Edizioni universitarie, p. 395 ss. e Stolfi E. (2009). La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico: soluzioni greche e

romane. in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, p. 11 ss.

Sul tratto di andamento (almeno tendenziale, e in realtà non privo di discontinuità e fasi regressive) dal formalismo al volontarismo abbiamo insistito in Lantella L., Stolfi E. (2005). *Profili diacronici di diritto romano*. Torino: Giappichelli, p. 219 ss. Circa il mio orientamento riguardo alla distinzione tra formalismo e carattere formale del diritto, posso rinviare a Stolfi E. (2010). *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*. Bologna: Il Mulino, p. 31 ss. ove bibl., con alcuni spunti anche in relazione alle categorie di Weber che sono qui rievocate (ma sull'odierna crisi della "calcolabilità" weberiana cfr. soprattutto, da ultimo, Irti N. [2016]. *Un diritto incalcolabile*. Torino: Giappichelli, spec. p. 5 ss., 33 ss., 107 ss.), oltre che poi (p. 139 ss., spec. 144 ss. ove bibl.) alla nozione di *persona* in Gaio.

La nota tesi di Le Goff cui viene fatto riferimento è esposta con particolare nettezza in Le Goff J. (2006). *Un lungo Medioevo*. Bari: Dedalo, spec. p. 11 ss. (secondo il quale [p. 54] persino "la Rivoluzione francese è ancora un fenomeno tipicamente medievale").