

IVRIS ANTIQVI HISTORIA

AN INTERNATIONAL JOURNAL

ON ANCIENT LAW

Direttore

GIANFRANCO PURPURA

Comitato scientifico

ROGER S. BAGNALL

FELICE COSTABILE

GIOVANNI GERACI

MICHEL HUMBERT

LUIGI LABRUNA

ARRIGO DIEGO MANFREDINI

MATTEO MARRONE

GIOVANNI NEGRI

BERNARDO SANTALUCIA

RAIMONDO SANTORO

BERNARD H. STOLTE

JULIA VELISSAROPOULOS KARAKOSTAS

WOLFGANG WALDSTEIN

Comitato di redazione

SALVATORE SCIORTINO

MONICA DE SIMONE

★

«Juris Antiqui Historia» is an International Peer Reviewed Journal.

The eContent is Archived with *Clockss* and *Portico*.

ANVUR: A.

IVRIS ANTIQVI HISTORIA

AN INTERNATIONAL JOURNAL
ON ANCIENT LAW

7 · 2015



PISA · ROMA
FABRIZIO SERRA EDITORE
MMXV

Amministrazione e abbonamenti
FABRIZIO SERRA EDITORE
Casella postale n. 1, succursale n. 8, I 56123 Pisa,
tel. +39 050542332, fax +39 050574888

I prezzi ufficiali di abbonamento cartaceo e/o *Online* sono consultabili
presso il sito Internet della casa editrice www.libraweb.net.

*Print and/or Online official subscription rates are available
at Publisher's web-site www.libraweb.net.*

Uffici di Pisa: Via Santa Bibbiana 28, I 56127 Pisa,
tel. +39 050542332, fax +39 050574888, fse@libraweb.net

Uffici di Roma: Via Carlo Emanuele I 48, I 00185 Roma,
tel. + 39 06 70493456, fax + 39 06 70476605, fse.roma@libraweb.net

Autorizzazione del Tribunale di Pisa n. 6 del 3/4/2009
Direttore responsabile: Fabrizio Serra

A norma del codice civile italiano, è vietata la riproduzione, totale o parziale (compresi estratti, ecc.), di questa pubblicazione in qualsiasi forma e versione (comprese bozze, ecc.), originale o derivata, e con qualsiasi mezzo a stampa o internet (compresi siti web personali e istituzionali, academia.edu, ecc.), elettronico, digitale, meccanico, per mezzo di fotocopie, pdf, microfilm, film, scanner o altro, senza il permesso scritto della casa editrice.

Under Italian civil law this publication cannot be reproduced, wholly or in part (included offprints, etc.), in any form (included proofs, etc.), original or derived, or by any means: print, internet (included personal and institutional web sites, academia.edu, etc.), electronic, digital, mechanical, including photocopy, pdf, microfilm, film, scanner or any other medium, without permission in writing from the publisher.

Proprietà riservata · All rights reserved

© Copyright 2015 by *Fabrizio Serra editore*, Pisa · Roma.
Fabrizio Serra editore incorporates the Imprints *Accademia editoriale*,
Edizioni dell'Ateneo, *Fabrizio Serra editore*, *Giardini editori e stampatori in Pisa*,
Gruppo editoriale internazionale and *Istituti editoriali e poligrafici internazionali*.

Stampato in Italia · Printed in Italy

www.libraweb.net

ISSN 2035-4967
ISSN ELETTRONICO 2035-6161

SOMMARIO

STVDIA

| | |
|--|----|
| STEFANO BARBATI, <i>Idee vecchie e nuove sull'entrata in vigore del Codice Teodosiano in occidente</i> | 11 |
| CHIARA BUZZACCHI, <i>Tra devozione e diritto: IRT. 304 e una transazione ignominiosa</i> | 47 |
| LUCIA FANIZZA, <i>Privilegia ne inroganto. Percorsi tra Cicerone e Ulpiano</i> | 61 |
| GIOVANNI GULINA, <i>La cognizione centumvirale generale nel caso del militans di Val. Max. 7.7.1</i> | 79 |

NOTAE

| | |
|---|-----|
| GIOVANNI GERACI, <i>Uscire dall'Egitto in età romana</i> | 117 |
| VALERIO MASSIMO MINALE, <i>Diritto bizantino ed eresia manichea. Alcune riflessioni su sch. 3 ad Bas. 21.1.45</i> | 129 |
| ANNA SOFIA, <i>Forme di schiavitù nell'Egitto saitico e persiano</i> | 153 |

LECTVRAE

| | |
|--|-----|
| J.-P. CORIAT, <i>Les constitutions des Sévères. Règne de Septime Sévère. Volume I. Constitutions datées del première période du règne (Juin 193-Automne 197 AP. J.-C.) et constitutions non datées de Septime Sévère cité comme seul auteur de la décision</i> (Valerio Marotta) | 163 |
| M. G. ZOZ, P. FERRETTI, <i>Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza. II. Regole generali in tema di successioni</i> (Paola Lambrini) | 173 |
| ANDREA COZZO, «Nel mezzo». <i>Microfisica della mediazione nel mondo greco antico, con un saggio di Giovanni Scotto</i> (Emanuele Stolfi) | 175 |

LA COGNIZIONE CENTUMVIRALE GENERALE NEL CASO DEL MILITANS DI VAL. MAX. 7.7.1

GIOVANNI GULINA

ABSTRACT

The paper examines a famous case of *filius familias praeteritus* in father's last will. Father wrongly believed him dead during his military service and *aliis heredibus scriptis decessit*. After father's death, *filius* comes back to Rome and claims the father's estate *apud centumviros*. Not by *querela inofficiosi testamenti*, but ruling the ordinary *hereditatis petitio*. In 1 century b.C. (case dated on basis of Cic., *de orat.*, 1.75.138) *centumviri* were general judge of *causae hereditariae*. Not determining in case's decision the father's error, because Tit. Ulp. 22.14: *sui heredes instituendi vel exheredandi*.

KEY WORDS

Eredità, successione necessaria, errore nel testamento, centumviri, *hereditatis petitio*.

1. LA FATTISPECIE

IL libro settimo dei *Facta et dicta memorabilia* di Valerio Massimo si apre con una breve introduzione, cui segue il racconto della vicenda di un soldato che, prestato il servizio militare, fece ritorno alla casa avita.¹ Non vi trovò tuttavia il padre, nel frattempo mancato, ma i suoi eredi.² Ricevuta una falsa notizia di morte, il genitore

¹ Sull'episodio E. RENIER, *Étude sur l'histoire de la querela inofficiosi en droit romain*, Liège, s.d., ma 1942, pp. 78 sgg. (il quale, ritenuto di poter avvicinare la fattispecie al caso del *postumus suus* non previamente diseredato, intende però la decisione centumvirale improntata ad equità piuttosto che a diritto: «décident en équité»: sul punto, *infra*, alla nota 7 di p. 95), 190 e 263 (dove si ribadisce la natura equitativa del verdetto centumvirale – «en toute équité» – riferendo le considerazioni retoriche di Valerio Massimo sul valore del soldato e sulla mollezza degli *heredes scripti* al merito della sentenza e non invece – come sembra preferibile – alla lettura, aneddotica ed in forma di «cliché», che della vicenda l'autore senza dubbio sta dando: in tal senso anche il *peractis deinde stipendiis* di apertura del secondo inciso del passo, su cui *infra*, nel testo, al numero 12); L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, pp. 80 sgg. (analisi approfondita e sfruttamento del passo per affermare una datazione bassa – successiva all'episodio in commento – dell'origine della successione necessaria formale, su cui v. alla nota 7). Recentemente, G. COPPOLA BIZAZZA, *Nascita e declino dell'adagio 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, «TSDP», v, 2012, pp. 1-172, 56; P. ARCES, *Studi sul disporre morti causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2013, pp. 126 sgg.; G. COPPOLA BIZAZZA, *La successione contra voluntatem defuncti tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milano 2014, p. 149. Più oltre – numero 10 – tornerò al problema della alternativa tra *praeteritio* ed *exheredatio*, giusta la testimonianza di Cic. *de orat.* 1.38.175, ove è riportato un caso identico, se non lo stesso. In punto dell'onere della menzione, incidentalmente, anche e già M. MARRONE, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, «SDHI», XXI, 1955, pp. 74-122, 97 nt. 106, 104 nt. 129 (ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo, s.d., ma 2003, pp. 1-51); IDEM, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955, p. 33 nt. 32; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II.1, Milano, 1963², pp. 692 nt. 75, 701 nt. 101; A. WATSON, *The law of succession in the later republic*, Oxford, 1971, pp. 42 nt. 3, 195 nt. 1. In M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996², p. 53 nt. 16, il passo è ricordato solo per la menzione in esso dei *consilia* dei giurati.

² Eredi che tali, a rigore, non sono, se il testamento che li contempla era – come finirò per sostenere – nullo fin dall'inizio per la preterizione del *suus*. Per brevità continuerò comunque a chiamare convenzionalmente eredi coloro che erano possessori dell'asse al momento del ritorno del giovane. Tanto più che costoro, tali erano effettivamente *scripti* nel testamento.

lo aveva infatti creduto defunto e aveva conseguentemente disposto dei propri beni in favore di altri:

Val. Max. 7.7.1: *militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, alii heredibus scriptis decessit. peractis deinde stipendiis adulescens domum petit: errore patris, impudentia alienorum sibi clausam repperit ...*

A tacere di ogni altro profilo, costoro erano dunque possessori di buona fede del patrimonio paterno al momento del ritorno del figlio a casa.¹ Esperito forse un qualche tentativo di soluzione negoziata,² al giovane non restò che il ricorso al pretore:³

Val. Max. 7.7.1: *itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam: acerbe: cum improbissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumviros contendit: omnibus non solum consilii sed etiam sententiis superior discessit.*

La fonte ci apprende dunque di una iniziativa promossa presso il tribunale centumvirale, grazie alla quale il figlio ottenne i beni paterni e, prima ancora – si può ritenere –, il titolo di *heres*, ovvero, più semplicemente, l'accertamento di questo, con ogni conseguenza in punto di attribuzione a sé dei beni relitti.⁴

¹ Con l'arrivo del giovane, il possesso degli eredi, già di buona fede (se condividevano l'errore del padre circa la morte del figlio) diviene invece di mala fede: dalla locuzione *impudentia alienorum* si può forse ricavare che gli eredi riconobbero il figlio del *de cuius* e furono perciò in grado, da subito, di rendersi conto degli esatti termini della situazione (diversamente, se lo avessero creduto un impostore che si dichiarava figlio del testatore). L'*impudentia* degli *heredes scripti* potrebbe però ben essere ulteriore al fatto storico, frutto della costruzione retorica dell'autore, che così contrappone efficacemente le virtù del giovane alla mollezza loro. Il profilo della buona fede non ha tuttavia rilevanza nella ricostruzione degli aspetti giuridici dell'episodio: fino all'età adrianea, in diritto romano, la *usucapio pro herede* ne prescinde, mostrando in ciò «le tracce della struttura e funzione della *usucapio* più antica» (così L. VACCA, s. v. *Usucapio (diritto romano)*, in Enc. dir., 45, 1992, pp. 909-1002, 996): il punto è complesso ed è stato ampiamente trattato in letteratura (si vedano specialmente, oltre alla voce di VACCA, *op. cit.*, con esaustiva nota bibliografica, pp. 1020 sgg.; G. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965, pp. 51 sgg., 132 ss., 184 sgg.). Soltanto la successiva evoluzione dell'istituto ha portato alla medio-classica essenzialità del requisito della buona fede, il quale si è poi ripercosso sul conio di una omofona *iusta causa usucapionis* di età classica, quella – appunto – detta *pro herede*. Del che è testimone Gai 2.52-57, ove sono illustrati il regime (e la *ratio*) dell'antica usucapione *lucrativa*, ivi detta *improba*, e i termini della riforma adrianea (per rinvio implicito ai paragrafi 43 ss., che trattavano del modello generale cui l'antica forma specialmente derogava). Sul problema della possibile usucapione dell'asse da parte degli *heredes scripti* (e sull'insegnamento di Gai 2.58), dirò oltre, al numero 11 e, in specie, alla nota 3 di p. 104.

² Di una transazione in materia affine è traccia in Plin., *epist.*, 5.1: ho studiato la fonte in G. GULINA, *La querela inofficiosi testamenti nella testimonianza di Plinio il Giovane*, «SDHI», LVII, 2009, pp. 261-330, 263 sgg., 291 sgg., cui perciò faccio rinvio.

³ La fonte non parla invero del passaggio presso quel magistrato; passaggio che però appare indispensabile qualunque sia stata la strada intrapresa dal figlio e che deve ritenersi implicito nella successiva menzione del *centumvirale iudicium*, il quale era comunque introdotto o presieduto da un pretore: *urbanus vel pergrinus*, nel modello procedimentale di Gai 4.31; *hastarius* nel modello che sembra emergere in Plin., *epist.*, 5.9 (sul pretore *qui centumviralibus praesidet*, M. WLASSAK, s. v. *Centumviri*, in PWRE, 6, 1899, pp. 1935-1951, 1938; C. E. PULCIANO, *Il diritto privato nell'epistolario di Plinio il giovane*, Torino, 1913, pp. 64 sgg.; oltre a G. GULINA, *Lege agere damni infecti e pignoris capio. Esegese e logica di Gai. 4.31*, in *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, II, Napoli, 2008, pp. 1157-1216 = «Rivista di Diritto romano», VI 2006, pp. 1-38, 19 nt. 74, 23 nt. 89 e G. GULINA, *Il pretore qui centumviralibus praesidet*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, Milano, 2010, 3, pp. 233-282, 239 sgg.). A prescindere dalla specificazione di quale fosse il pretore adito, le azioni di merito petitorio o di inofficiosità incidentale, in quanto bipartite, si impostano *in iure*; parimenti *in iure* si richiede la *bonorum possessio*, tanto sostanziale che *litis ordinandae gratia*, ovvero ogni altro provvedimento *adipiscendae possessionis* che, astrattamente e fuori della traccia offerta dalla fonte, avrebbe potuto dare una almeno provvisoria soddisfazione alle aspettative del giovane.

⁴ La locuzione *de paternis bonis ... contendit* ben potrebbe lasciare intendere una rivendica dei singoli

In mancanza di ulteriori dettagli che consentano una migliore messa a fuoco dell'episodio, neppure sotto il profilo temporale,¹ è necessario fermarsi al rilievo della esistenza di un testamento formato dal disponente nella convinzione, errata ed efficiente, della premorienza del figlio;² del fatto che gli eredi così istituiti avevano accettato la chiamata e possedevano pacificamente l'asse, abitando perfino la casa del defunto; della circostanza infine che il figlio dovette ricorrere ai centumviri per 'superare' in qualche modo il testamento e ottenere i beni paterni, visto che gli eredi, impudentemente, gli avevano – è il caso di dire, con Valerio Massimo – sbarrato la porta.

2. PRIMA ANALISI

Come ho detto, la vicenda riferita in 7.7.1 è, nei termini fattuali, abbastanza chiara; desta al primissimo esame qualche perplessità il fatto del ricorso al tribunale centumvirale: poiché aveva ritenuto premorto il figlio, il padre doveva averlo trascurato completamente nel testamento, senza punto menzionarlo, né per istituirlo, né tanto-

beni ereditari, piuttosto che del titolo di erede, in tal caso dedotto soltanto come *causa petendi*. In età tardo-repubblicana, del resto, la *hereditatis petitio* è sempre la rivendica di uno o più beni, esercitata contro colui che li possiede (il quale peraltro non si giova più dell'antico effetto caratteristico della universalità, per cui *pars pro toto*: Gai 2.54 arg.; cfr. però VACCA, s. v. *Usucapione*, cit., pp. 996 sg. nt. 25, la quale trova giustamente forzato il ricorso alla *universitas*, preferendo – mi pare – una costruzione per la quale il possesso della singola cosa porti all'acquisto anche della qualità ereditaria e che quest'ultima produca infine l'acquisto consequenziale delle altre *res*: sul punto FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., pp. 9 sgg., 47 sgg., che rileva la recenziarietà della costruzione dell'*hereditas* come *universitas*; G. GANDOLFI, *Sull'origine della usucapio pro herede*, «BIDR», LXI, 1958, pp. 271-292, 289 sgg., il quale pone l'istituto in relazione con successivi rimedi onorari, la cui introduzione avrebbe concorso alla trasformazione osservata). È pertanto verosimile che, nel caso specifico, l'accertamento della qualità di erede sia stato un momento pregiudiziale in senso stretto, rispetto alla *hereditatis petitio* svolta dal giovane *apud centumviro*s. Restando entro i termini del mio ragionamento, basterà osservare come, verosimilmente, le locuzioni processuali si riferissero all'*hereditas* e non invece al titolo di erede, sulla scorta di M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti. Lezioni di diritto romano*, Palermo, 1962, p. 73: *ego hanc hereditatem*; p. 126: *si hereditas de qua agitur* (in G. GULINA, *In iure cessio e mancata vindictio contraria nella legis actio contenziosa*, «IAH», III, 2011, pp. 109-161, 122, ho tuttavia preferito ipotizzare la locuzione *ego hanc familiam*, che – sulla scorta di U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII tavole*, «IVRA», VII, 1956, pp. 24-91, ora in IDEM, *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1973, pp. 613-676, 625, 655, 661 – ho ritenuto maggiormente conforme all'antichità del conio dei *verba* processuali).

¹ Secondo RENIER, *Étude*, cit., p. 78 nt. 2, la vicenda risalirebbe all'anno 90 a.C. (circa). La citazione dello stesso episodio (o di altro del tutto analogo: ai presenti fini è indifferente) è in Cic. *de orat.* 1.38.175 – v. al numero 9 –: se ne ricava una datazione anteriore a quell'opera, che risale all'anno 55 a.C. Un po' tutti gli episodi rassegnati si collocano del resto nella ultima età repubblicana (in essa vissero gli autori principalmente attinti da Valerio Massimo, con l'eccezione di Livio, relativamente più tardo). Una datazione maggiormente precisa gioverebbe assai all'analisi del caso e degli istituti che vi si affacciano, considerato che proprio nell'ultimo secolo della repubblica si origina ed evolve la *querela inofficiosi* e che, sempre in essa, la competenza del collegio centumvirale viene progressivamente specializzandosi: in altre parole, soltanto una datazione per grandezze almeno decennali consentirebbe l'iscrizione dell'episodio nell'uno o l'altro momento della storia del mutevole istituto, destinato, di lì a poco, a conoscere applicazioni straordinarie che ne incisero gravemente i confini: la competenza del collegio infatti, già limitatasi alla sola *querela*, venne progressivamente scalzata da cognizioni *extra ordinem* fin dal primo principato: sul punto WŁASSAK, s. v. *centumviri*, cit., pp. 1940 sgg.; F. BOZZA, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928, pp. 47 sgg., 52, con citazione di antiche opinioni; M. MARRONE, s. v. *Centumviri*, in *NNDI*, 3, Torino, 1959, pp. 114-115 (ora in *Scritti*, cit., I, pp. 67-68) 114; VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II.1, pp. 406 sg.; si veda inoltre GULINA, *Lege agere*, cit., p. 20 nt. 78.

² Sull'errore paterno e sulle possibili sue conseguenze dirò, *infra*, al numero 12; per adesso anticipo soltanto la conclusione che abbraccerò in proposito, per la quale il ricorrere dell'errore non incide sostanzialmente nella fattispecie esposta e nel rimedio offerto, non specialmente in esso titolato.

meno per diseredarlo.¹ Alla luce del fatto, successivamente emerso, della costanza in vita del figlio, quel testamento si sarebbe perciò rivelato confezionato in spregio del principio della cosiddetta successione necessaria formale e sarebbe stato conseguentemente affetto da nullità:² il *praeteritus* avrebbe potuto esperire la *hereditatis petitio* senza affatto curarsi del testamento e della dichiarazione di sua inofficiosità, che sola era riservata ai *centumviri*.³ In altre parole, la nullità del titolo verosimilmente oppostogli dagli avversari poteva essere conosciuta dal *iudex unus* (e fors'anche, per la sua specifica evidenza, dal pretore *in iure*) senza necessità di rimettere la questione al collegio centumvirale, che però risulta testualmente adito:⁴

¹ Il fatto di una (improbabile) diseredazione espressa avrebbe forse trovato traccia nel testo, giacché al tempo di Valerio Massimo verosimilmente vigeva ancora il divieto augusteo di diseredazione del *filius familias, si militet*, che risulta abolito nella successiva età classica [D. 28.2.26 (Paul. 3 *sent.*)]: nel contesto retorico tracciato dall'autore non sarebbe altrimenti mancato il riferimento a un ulteriore torto patito dal giovane (seppure non avente rilievo giuridico e tale ai soli occhi dei contemporanei dell'autore: il divieto, introdotto da Augusto, non vigeva all'epoca dei fatti). Appare improbabile che il testamento contenesse una clausola stilistica di diseredazione *inter ceteros*: l'efficacia di quella clausola deve infatti essere misurata (a partire dal profilo cronologico) con l'incompatibile principio della diseredazione nominativa dei *sui* di sesso maschile (Gai 2.123), che ebbe certamente origine giurisprudenziale successiva alla prassi della clausola *inter ceteros*, inefficace in presenza appunto di *sui*, da nominarsi specificamente. Meno verosimile è la soluzione – in certo qual modo determinata dalla obiezione ora formulata – di una *exhereditatio* nominativa, che infatti il padre ben difficilmente avrebbe inserito in un nuovo testamento e che inutilmente sarebbe stata apposta ad uno eventualmente preesistente, nell'adattamento di questo in funzione della chiamata degli *alii heredes scripti*: la istituzione di costoro, infatti non poteva essere aggiunta a un documento preconfezionato, ma doveva essere premessa – *caput* – alle disposizioni tutte.

² Tit. Ulp. 22.14: *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*; cfr. anche Gai 2.123 sgg., nonché D. 28.2.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*). La nullità è, in tal caso, «iniziale ed insanabile» (VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, p. 638) e affligge il negozio anche in caso di effettiva morte del figlio, intervenuta però nel tempo compreso tra la confezione del testamento e l'apertura della successione, come insegna Gai. 2.123, il quale dà conto di un orientamento concorrente che, per quanto più morbido, non impedisce l'apprezzamento della nullità nel caso di specie: anche per i Proculiani, infatti, *si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredis et illum ab intestato heredem fieri confitentur*. Dal fatto della apparente irrilevanza nel caso in esame della *praeteritio* del *suus* (fatto ricavato dalla legittimità del testamento, a sua volta ricavata dalla rubrica – *testamenta legitime facta* – che Valerio impone al titolo settimo), DI LELLA, *Querela*, cit., pp. 80 sgg. ricava una datazione bassa – posteriore all'episodio – dell'origine della successione necessaria formale, ovvero della regola che risulta non osservata nel testamento *de quo*; ciò che implica l'orientamento, piuttosto che nella direzione (preferibile: v. nel testo al numero 8) di una competenza del collegio ancora estesa ad ogni questione dominicale (o dominicale-successoria, come ritiene M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955, p. 40), quale la petizione di eredità che avrebbe esperito il giovane *praeteritus*, verso invece una maggiore risalenza dell'idea della così detta successione necessaria sostanziale (e dello strumento della *querela*), sulla formale.

³ Ciò che vale per gli ultimi decenni dell'età repubblicana: con il che torna concretamente il problema di una più precisa datazione dell'episodio, già delineato alla nota 1 di p. 81, in funzione dell'apprezzamento della estensione della competenza centumvirale, la quale – è vero – va restringendosi progressivamente alla sola *querela*, muovendo però da una più ampia ed originaria varietà, con la possibilità (massima) che originariamente fosse assorbita al *centumvirale iudicium* ogni controversia circa le situazioni dominicali, forse anche estranee alla materia delle successioni (in senso contrario, però, MARRONE, *L'efficacia*, cit., pp. 25 sgg. – ove, ntt. 9 sgg., è citata e discussa la letteratura in materia –, 40: le fonti in effetti proverebbero positivamente la sola competenza in ambito ereditario).

⁴ È improbabile che la ragione della menzione nel passo del collegio centumvirale sia da imputare al gusto antiquario dell'autore; subito dopo, infatti, la fonte fa coerente riferimento a un verdetto collegiale, sia pure adottato all'unanimità: *omnibus sententiis* (la precisione tecnica della locuzione è peraltro ricavabile dal confronto testuale con il segno *sententia(m)* che si legge alla fine della l. 53 della quasi coeva *lex Acilia repetundarum* (FIRA, I, 7, p. 95) con l'identico significato del voto, esprimendo il quale il singolo giurato concorre alla formazione del verdetto). Denominazione del collegio e modalità di formazione della sua volontà sono dunque espresse in termini omogenei e rigorosamente esatti, ciò che lascia intendere una

Val. Max. 7.7.1: *cum improbissimis heredibus de paternis bonis apud centumviros contendit.*

Le perplessità sono facilmente superate, ricordando che la competenza di quel collegio si è venuta con il tempo specializzando nella cognizione delle sole *querelae inofficiosi* e che, in principio, essa comprendeva qualunque domanda dedotta in punto di eredità: il ragionamento che ho adesso tracciato, per il quale la menzione del collegio implicherebbe per l'iniziativa svolta la natura di *querela* ha valore esclusivamente per il tempo della intervenuta specializzazione del collegio centumvirale in ordine – appunto – alle sole ipotesi di inofficiosità,¹ rispetto al quale l'episodio in esame potrebbe essere precedente: se così fosse, l'indice che ho assunto a rivelatore – la competenza centumvirale, dalla quale soltanto ho ricavato adesso la natura di *querela* – sarebbe fallace. E si vedrà presto che in effetti lo è: per quanto nel testo sia menzionato il collegio centumvirale, l'iniziativa svolta presso quel giudice non ha infatti natura di *querela*, ma di *hereditatis petitio*.

Vale però la pena di sottoporre il passo a una sorta di prova di resistenza, tentando una dimostrazione endogena del suo rapporto temporale con quella specializzazione, onde poter accogliere con maggiore sicurezza la soluzione che ho or ora accennato; ciò che proverò a fare mediante la verifica della incompatibilità con il tenore della fonte del regime maturo della competenza centumvirale, limitata alla sola *querela*. Dall'esperimento risulteranno elementi utili a una più sicura datazione che, per l'omissione dei nomi delle parti e – soprattutto – del magistrato adito, non è facilmente ricavabile.

3. POSSIBILE TRACCIA DI UNA QUERELA

Postulando per il momento la già ristretta competenza del collegio, il dubbio circa la ragione della sua adizione potrebbe venir meno ove si ritenesse che il figlio in questione fosse stato precedentemente emancipato: non essendo dunque *in potestate* del padre alla di lui morte, neppure sarebbe stato un *suus (heres)*, in ordine al qua-

comune loro provenienza dalla fonte cui Valerio Massimo stava attingendo. Il collegio centumvirale è inoltre citato in Cic. *de orat.* 1.38.175.

¹ In tal caso soltanto è possibile dedurre dall'elemento processuale 'giudice adito', l'elemento sostanziale 'pretesa dedotta'. Secondo MARRONE, *L'efficacia*, cit., pp. 24 sgg., 36 sgg., la specializzazione *de qua* sarebbe intervenuta con il principato: solo allora, infatti, sarebbe stata introdotta la formula edittale della *hereditatis petitio*, con giudizio rimesso al *iudex unus* (sull'esistenza di tale formula – da taluni negata: F. BOZZA, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928, pp. 44, 68 sgg. – si vedano O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1929³ (rist. Aalen 1956), p. 176; MARRONE, oltre al luogo sopra citato, anche Id., *Querela*, cit., p. 56; nonché GULINA, *Lege agere*, cit., pp. 22 nt. 85, 23 nt. 89). Ciò che avrebbe rapidamente mandato desueto il rito centumvirale, e il *sacramentum* che lo introduceva, fuori dell'ambito necessario, ove cioè ricorreva l'apprezzamento incidentale della inofficiosità del testamento, riservato al collegio e precluso al *iudex unus* (in quest'ambito, la cognizione straordinaria succedette direttamente al rito della *legis actio*, senza passaggio formulare intermedio). Così MARRONE, *L'efficacia*, cit., p. 40: «i centumviri non furono mai competenti a giudicare in cause di natura non ereditaria. La loro attività è accertata solamente in materia di successioni. In età repubblicana non si ha qui traccia alcuna della concorrenza del *iudex unus* o di altro organo giudicante, per cui la competenza centumvirale deve ritenersi esclusiva; con l'avvento del principato, proposta dal pretore una formula di *hereditatis petitio*, il giudice unico fu chiamato a giudicare in questa materia. I centumviri mantennero la loro competenza limitatamente alla *querela inofficiosi testamenti*, rispetto a cui non subirono, peraltro, la concorrenza del giudice privato».

le soltanto sussisteva l'onere formale della diseredazione.¹ Con la *querela* il giovane avrebbe perciò potuto attaccare il testamento paterno, pur ritualmente confezionato, visto che la preterizione del figlio emancipato non ha rilevanza e non importa certo la nullità civilistica del testamento. Ottenutane la dichiarazione di inofficiosità,² e quindi l'effettivo annullamento,³ egli sarebbe infine succeduto onorariamente al genitore, formulando al pretore la richiesta della *bonorum possessio sine tabulis*, che il magistrato gli avrebbe senza dubbio concesso *unde liberus*.⁴ C'è però una difficoltà grave che si oppone all'accoglimento della ricostruzione appena prospettata. Se infatti è vero che:

Gai 2.135: *emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes ...*

è altrettanto vero che:

Gai 2.135: *...praetor omnes (scil. liberos) tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet ...: quodsi neque heredes instituti fuerint neque ita ut supra diximus exheredati, praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem.*

Dunque il giovane – se davvero emancipato – avrebbe potuto limitarsi a richiedere al pretore un interdetto *adipiscendae possessionis* – ovvero una *bonorum possessio contra tabulas*, sostanziale e *cum re* –,⁵ chiudendo la questione *in iure* e senza forse bisogno

¹ Non vi sono – è chiaro – elementi interni alla fonte per abbracciare tale conclusione, frutto soltanto della congettura provvisoria, svolta nel testo al solo scopo di misurare la testimonianza della fonte con un possibile contesto. Per una soluzione alternativa alla emancipazione, parimenti idonea alla giustificazione della validità formale del testamento con preterizione del figlio (*datio in adoptionem* e conseguente fuoriuscita dalla *potestas* del padre naturale) si veda nel prosieguo del testo, al numero 4.

² Nel caso in esame la valutazione dei centumviri deve essersi mossa sul facile piano della oggettività scaturente dal secco errore di fatto del padre, il quale credeva morto il figlio, che invece viveva (sull'errore, *infra*, al numero 12). Dunque nessuna difficoltà in punto di dimostrazione della indegnità della preterizione [nel senso di *docere immerentem se et ideo indigne praeteritum*: in D. 5.2.5 (Marc., 3 dig.)], che ne era derivata. Non per nulla il verdetto di accoglimento fu dai centumviri reso all'unanimità, ovvero *omnibus ... sententiis*.

³ In prevenzione dell'annullamento gli *heredes scripti* avrebbero potuto offrire il rilascio della quarta parte dell'asse, così riducendo la quota da loro posseduta alla misura residua del *dodrans*, giurisprudenzialmente indicata quale criterio materiale di apprezzamento dell'adempimento dell'*officium pietatis* dovuto nei confronti dei congiunti legittimari (sul punto, *infra*, al numero 7) come emergente in D. 5.2.8.8 (Ulp. 14 *ad ed.*): *...quarta debitaie portionis sufficit ad excludendam querellam* (sul punto, GULINA, *La testimonianza*, cit., pp. 298 sg.).

⁴ Ovvero facendo valere la *bonorum possessio*, richiesta ed ottenuta *sine re*, prima dell'esperimento di merito – *litis ordinandae gratia* – destinato a procurare, *apud centumviro*, l'invalidazione del testamento, ove il pretore avesse voluto cautelarsi affinché, avviando *in iure* un giudizio potenzialmente letale per il testamento impugnato (e dunque della successione che in esso era titolata), non si profilasse poi il rischio della non successione, giacché l'emancipato postulante non è erede *necessarius* (non lo è neppure civile) e dunque deve manifestare la propria volontà di adizione: assegnando preventivamente la *bonorum possessio sine re*, il magistrato si assicurava perciò la futura successione, integrando evidentemente l'*adgnitio bonorum* di cui onerava il postulante dell'azione di merito, una adizione in forma di *pro herede gestio*. In proposito si veda il ragionamento di D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*) riferito alla cognizione straordinaria: *si ex causa de inofficiosi (scil. testamento) cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum ..., ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit*.

⁵ Nell'ipotesi profilata precedentemente all'esame di Gai 2.135, la *bonorum possessio* da richiedersi era, per così dire, processuale (*litis ordinandae causa*) e non sostanziale, nel senso che assicura da subito il godimento cui l'altra soltanto mira preconstituendo la situazione più idonea per la messa a frutto del risultato rescissorio sperato dal contestuale esperimento di merito; la *bonorum possessio* processuale è inoltre *sine*

neppure del patrocínio, che invece sarà stato necessario per la discussione della causa di merito presso il tribunale centumvirale, notoriamente frequentato dagli oratori migliori¹ e perciò pericolosissimo per un *adulescens*, esperto al più di questioni castrensi.

Nel caso che ho ricostruito ipotizzando l'emancipazione del figlio *praeteritus*, la *querela* sarebbe dunque improcedibile, come si ricava, per l'età successiva, da un passo tratto dalla compilazione giustiniana:

D. 5.2.23 pr. (Paul. *sing. de inoff. test.*): *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.*

Passo che dimostra la infruttuosità della strada che avevo esplorativamente imboccato, salvo riuscire a dimostrare che, all'epoca dell'episodio del giovane, il regime seguito era diverso da quello ricavabile dal passo di Paolo appena riportato, ovvero da quello di Gaio riprodotto in apertura di questo numero,² e che perciò era possibile (anzi necessario) per un figlio emancipato trascurato nel testamento paterno – non ancora protetto dall'estensione onoraria del regime proprio dei *sui* – ricorrere al tribunale centumvirale – già competente per le sole *querelae* – per ottenere la dichiarazione di inofficiosità di quel testamento, senza disporre ancora della concorrente tutela bonitaria, cui fa riferimento Paolo, per dirne proprio della pozzorità escludente. Mi pare tuttavia che una simile dimostrazione sia pressoché impossibile.

re, perché atta a portare il 'titolare' all'effettivo possesso dei beni solo previa invalidazione del testamento, prevalendo altrimenti la pozziore posizione dell'*heres scriptus*. La diversità delle posizioni del *suus* e dell'*exheredatus* in punto di aspettativa ereditaria si riflette sulla natura, rispettivamente, adiutoria o correttoria della *bonorum possessio contra tabulas*: VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, pp. 652 sg. Rispetto al rimedio bonitario, la *querela inofficiosi* assume un ruolo residuale e non è perciò esperibile quando con esso concorra: D. 5.2.23 pr. (Paul. *sing. de inoff. test.*) ove sono efficacemente contrapposti i casi del ricorrente *praeteritus* ed *exheredatus*: ho riportato già il passo nel testo. Sul punto, ancora, VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, 698 sg., con fonti ulteriori, p. 699 nt. 94. Secondo GANDOLFI, *Sull'origine*, cit., II, p. 287, il favore per il figlio emancipato avrebbe avuto origine risalente e sarebbe stata una delle applicazioni in riguardo della quale era prevista l'antica *usucapio pro herede*.

¹ Scrive efficacemente (ancorché forse eccessivamente ammirato) RENIER, *Étude*, cit., p. 263: «la curiosité de la foule, l'intérêt que lui (*scil.* le tribunal des Centumvirs) porte l'élite de rhéteurs et avocats, lui assurent le contact avec tout le monde des juristes qui pensent, écrivent et travaillent en vue d'adapter le droit aux besoins de la vie». La prospettiva nella quale si muove l'A. è però viziata dalla convinzione che nel tribunale si fosse arrivati a una decisione di equità (*op. cit.*, 78, 263). Più preciso nel delineare il fenomeno delle innovazioni centumvirali è MARRONE, *L'efficacia*, cit., pp. 42 sg.

² Il discorso ormai si muove dichiaratamente nel contesto di prospettive variabili, in funzione della anticipazione o posticipazione delle innovazioni della disciplina, che sono intervenute sul finire dell'età repubblicana e che sono attestate in forma di compiuta stratificazione nel manuale di Gaio, nell'editto codificato, nella compilazione giustiniana. Come si è visto, nella ricostruzione dei profili giuridici, molto dipende dal fatto che fosse allora già intervenuta (o non lo fosse) la specializzazione della competenza del collegio centumvirale; e molto dipende altresì dal fatto che il pretore avesse già, o non avesse ancora, onorariamente promosso gli emancipati *praeteriti* al rango dei *sui*. Nel testo, ho individuato una lettura conseguita alla – in ultima analisi arbitraria – posticipazione della specializzazione di competenza rispetto al tempo dell'episodio e alla anticipazione invece della equiparazione dei figli *in potestate* ed emancipati non menzionati nel testamento, quanto alla tutela delle loro aspettative ereditarie. Lo scorrimento dei piani è per il momento necessariamente postulato, in vista però di una costruzione che si gioverà progressivamente di elementi esogeni, la riuscita dei quali porterà – congetturalmente – alla riprova delle premesse poste.

4. SEGUE: LA POSSIBILITÀ DELL'ADOZIONE

A volersi ciononostante muovere ancora nell'ambito della competenza centumvirale già ristrettasi alle sole questioni comportanti l'apprezzamento della inofficiosità del testamento,¹ resta un'altra possibilità: che il giovane fosse stato non emancipato, ma dato in adozione: anche in questo caso sarebbe infatti venuta meno la qualifica di erede necessario e con essa l'onere della di lui menzione posto in capo al testatore dal *ius civile*. Il testamento in questione, non affetto da nullità, sarebbe potuto giungere all'effettività, superando l'ulteriore vaglio pretorio della menzione dei figli emancipati, giacché, stando a Gaio, quella tutela suppletiva era loro riservata.² Infatti:

Gai 2.136: *adoptivi filii quamdiu manent in adoptione naturalium loco sunt: emancipati vero a patre adoptivo neque iure civili neque quod ad edictum praetoris pertinet inter liberos numerantur.*

ciò detto, il giurista si spiega meglio, soffermandosi proprio su quello che adesso precisamente mi interessa:

Gai 2.137: *qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur; si vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre fuissent.*

Il figlio naturale dato in adozione, per il tempo in cui permane nella *potestas* del padre adottivo, perde ogni rapporto con il genitore naturale, tanto ai sensi del diritto civile che del diritto onorario. Ciò si ricava dalla distinzione che Gaio traccia tra la situazione di definitiva estraneità del figlio, già adottivo e poi emancipato, nei confronti del padre adottivo e quella, invece transitoria, del figlio dato in adozione, nei confronti del padre naturale, oggetto di interinale compressione, ma passibile di riespansione, nei termini di Gai 2.135, ove il padre adottivo a sua volta lo emancipi.

Se dunque io volessi ritenere che il giovane militare fosse non emancipato, ma dato in adozione al momento della morte del padre naturale, potrei giustificare la validità formale del testamento nel quale egli non è stato menzionato. Potrei giustificare altresì la concluzione del ricorso al tribunale centumvirale: quale prossimo congiunto, spettava al giovane la *querela*, ormai divenuta strumento esperibile fuori dei casi di successione necessaria formale. Rivoltosi al pretore, egli avrà dunque fatto richiesta della *bonorum possessio litis ordinandae causa*, di tipo *sine re* e *unde liberus*, ovvero *unde cognatus*;³ subito dopo avrà esperito la *querela inofficiosi testamenti*, per ottenere l'an-

¹ E ritenendo già vigente in quel tempo l'integrazione pretoria di cui dice Gai 2.135: è evidente che, combinando postulati con postulati, si finisce per tracciare un contesto sempre più scolastico, se non anche antistorico. Come però ho detto nella nota precedente, la coltivazione di un discorso dichiaratamente ipotetico potrà infine giovare.

² Alla *ratio* per la quale veniva comunque a rilevanza la filiazione naturale – l'*artissimum inter homines procreationis vinculum* di Val. Max. 7.7.2 –, qualunque fosse stata la vicenda potestativa, *ratio* che informa la disciplina fino al caso dell'emancipato (con l'invalidità onoraria della sua *praeteritio*), si oppone, prevalendo, il principio – per così dire – della non duplicazione delle «chances» del figlio in adozione, frutto di esigenze evidentemente equitative (si pensi alla conseguente riduzione della quota virile dei chiamati concorrenti tanto nell'ambito della famiglia naturale, che in quella adottiva; si considerino inoltre le difficoltà pratiche di un temperamento, pur doveroso, dell'ingiusto miglioramento della situazione che, per la suddetta duplicazione, deriverebbe in capo all'adottato, nell'impossibilità di prevedere per lui un onere analogo alla collazione imposta al figlio emancipato che voglia concorrere con i fratelli *in potestate*).

³ Ciò che forse per lui rappresentava un onere processuale da assolvere per accedere al rimedio che aveva in animo di esperire.

nullamento del testamento che gli avversari avrebbero potuto altrimenti opporgli, titolandosi in esso una loro posizione relativamente più forte, come era chiaro a tutti – pretore in testa – per il fatto della avvenuta concessione *sine re* (dunque con esclusiva attitudine processuale) della *bonorum possessio*.¹ Annullato quel titolo, non prima, era aperta la strada per la *hereditatis petitio* dei beni ereditari che non fossero stati nel frattempo rilasciati al giovane.

5. DUBBI E SUPERAMENTO DELLA POSSIBILITÀ DELLA QUERELA

Per quanto formalmente appagante, la soluzione per la quale il protagonista dell'episodio sarebbe stato dato in adozione dal padre naturale e sarebbe rimasto in quello stato alla di lui morte e al momento del ritorno a Roma, desta qualche perplessità, dovuta in massima parte alla marginalità del caso ricostruito in questi termini; marginalità, rispetto alla generalità delle situazioni che si possono immaginare: sarebbe – per così dire – un'improbabilità statistica: improbabile, ancorché – beninteso – possibile.²

Il dubbio statistico si fa però in me più grave, considerando comparativamente gli altri episodi riportati nello stesso capitolo VII, dove i rapporti potestativi e di filiazione naturale, oltretché di *cognatio*, sono sempre precisamente riferiti, come è del resto naturale aspettarsi nella narrazione di aneddoti relativi tutti a vicende – pure anomale, ma di un'anomalia didattica – legate alla successione *mortis causa*, nella quale quei rapporti spiegano indubbia efficacia, tanto legale, quanto – è il profilo che preme all'autore – sociale, etica o morale, che dir si voglia.

In particolare, Valerio Massimo dà preciso conto del vincolo di filiazione adottiva in due episodi compresi nello stesso capitolo. Nel primo dei due:

Val. Max. 7.7.2: *item M. Annei Carseolani ... filius, a Sufenate avunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumviros rescidit.*

la fonte è chiarissima e non lascia spazio all'immaginazione: l'autore ha voluto significare l'impugnazione del testamento del padre naturale da parte del figlio in coesistenza di adozione, e dunque *in potestate* d'altri, e lo ha detto con esatta e insolita concisione.

Allo stesso modo, nel secondo episodio:

¹ Sulla *bonorum possessio litis ordinandae gratia* si veda fondamentalmente M. MARRONE, *Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano, 1962, pp. 401-410 (= «AUPA», XXVII, 1960, pp. 165-179; = *Scritti*, cit., I, pp. 99-108) pp. 404 sgg., il quale ne ha rilevato il ruolo efficiente nella estensione del rimedio della *querela* a coloro che non potevano vantare un titolo alla successione legittima che si sarebbe aperta in conseguenza della pronuncia di inofficiosità. In proposito, si veda anche MARRONE, *Querela*, cit., pp. 82 sg., ove è detto del successivo carattere «fittizio» di essa, nel senso che «servì solo a fissare il ruolo processuale di convenuto in quello dei litiganti che intendesse sollevare» la *querela*, e della atipicità della stessa, «non classificabile né tra quelle *cum re*, né tra quelle *sine re*».

² Si potrebbe osservare che è caratteristica di ogni raccolta aneddotica la forte incidenza di casi anomali e che sarebbe perciò metodologicamente errato collocare gli episodi narrati in un panorama di fisiologica normalità, visto che essi sono stati raccolti proprio perché dalla normalità, nel bene o nel male (secondo il modello, di origine peripatetica, dell'*exemplum*), si discostano. Nella specie, tuttavia, la specialità che l'autore intende rilevare e sulla quale costruisce poi l'insegnamento moraleggiante è la vicenda ereditaria che vede un figlio *exheres*, ossia non erede, del padre, contro quello che d'abitudine succede e che vede l'*exheres* ricorrere ai centumviri per ottenere quanto è – o dovrebbe essere – suo (non a caso il bene espressamente citato nel passo è la *domus* avita). Come si vede, ciò non attinge minimamente il profilo, statisticamente regressivo, dell'eventuale adozione del giovane, che in nulla contribuirebbe, qualora fosse, a corroborare l'effetto pedagogico dell'episodio.

Val. Max. 7.7.5: *cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptione dato exheredatum se querellam detulisset...*

la fonte è precisa nel circostanziare il legame di sangue intercorrente tra Terenzio e il figlio che lo aveva diseredato. Se in quest'ultimo caso la maggiore attenzione può astrattamente imputarsi al fatto che altrimenti ogni lettore si sarebbe subito domandato come fosse possibile perfino discutere della successione di un padre al proprio figlio, il quale gli era – d'abitudine – *in potestate*, in 7.7.2 la precisazione non appare giustificata da nient'altro che la necessità della allegazione della intervenuta adozione, che l'autore sapeva essere elemento qualificante della fattispecie sostanziale dedotta e del rimedio processuale in deduzione (non *hereditatis petitio* del *suus praeteritus*, ma *querela inofficiosi* del *cognatus* immeritadamente trascurato).

Quanto ho appena detto risulta confermato, sia pure con la tenuità propria del tipo di argomento, dalla parenteticità dell'inciso *a Sufenate avunculo suo adoptatus* – derivato, fors'anche materialmente, da uno degli autori cui Valerio attingeva –, senza il quale il passo avrebbe comunque un senso logico compiuto e un equilibrio sintattico pieno e che perciò avrebbe potuto, nella relativa concisione della rassegna aneddotica, essere tagliato, ove non fosse stata avvertita l'importanza della circostanza per esso allegata.

Ancora nell'ottica della conservazione della fonte, posso pertanto provvisoriamente concludere – sia pure con la cautela sempre dovuta in presenza di argomenti tratti *e silentio* – nel senso che il giovane soldato di 7.7.1 non fosse stato emancipato, né fosse in costanza di adozione ad altri al momento della morte del padre; ciò perché, altrimenti, l'autore lo avrebbe detto, come subito dopo in effetti dice a proposito del figlio di M. Anneo in 7.7.2, il quale si trova, per l'appunto, nella condizione di adottato dallo zio al momento della apertura della successione paterna. La ricorrenza della precisazione in 7.7.2 dimostra *per tabulas* – mi pare – la conoscenza da parte di Valerio Massimo dell'efficacia di quella circostanza in punto di fondamento giuridico delle aspettative ereditarie del congiunto e di loro tutela processuale: tale conoscenza avrebbe dovuto precisamente indurlo a non tacere la medesima circostanza, se davvero questa fosse ricorsa, anche nell'episodio dello sfortunato soldato. Circostanza che però, in quel primo caso, non ricorreva: questa almeno è la conclusione che ritengo di accogliere definitivamente.¹

Così ragionando, si torna però, sia pure sotto nuova luce, al problema iniziale del perché il *filius praeteritus* abbia fatto ricorso al tribunale centumvirale.² A questo punto, la risposta non può che essere una: al tempo dell'episodio in questione, il *centumvirale iudicium* era la fase *apud iudicem* conseguente la deduzione *in iure* di una pretesa relativa ai beni ereditari, o all'eredità in genere. Dedotta in forma di *legis actio* anche in età postebuzia,³ la revindica del giovane circa i beni ereditari, ovvero

¹ Salvo il caso – inverosimile – della manipolazione davvero incosciente compiuta da Valerio Massimo su materiale altrui, del quale l'autore stentava a comprendere appieno il significato, non riuscendo a cogliere il portato specificativo di talune precisazioni, che pure egli – casualmente – talora riproduceva, talora eliminava.

² Posto in apertura di questo numero, in corrispondenza della nota 2 di p. 87.

³ A *fortiori* da Gai 4.31, che ricorda la eccezionale sopravvivenza dell'antico processo alla riforma augustea nel caso in cui *centumvirale iudicium futurum*. Su ciò, da ultimo, GULINA, *Lege agere*, cit., specialmente pp. 1 sgg., 18 sgg. L'ipotesi di sopravvivenza del rito implicante il giudice collegiale attesta in Gai 4.31 è peraltro limitata alle sole domande che comportavano l'apprezzamento della inofficiosità del testamento, ricorrendosi in ogni altro caso al *iudex unus*, adito nei modi del processo formulare.

circa quelli posseduti dagli *heredes scripti*, era stata vagliata come sempre dal pretore e quindi conosciuta dal giudice competente in materia, che aveva pienamente accolto la domanda.¹ La prova di resistenza cui ho sottoposto il passo a partire dal numero 3 si è risolta nella dimostrazione della risalenza dell'episodio al tempo della competenza centumvirale non ancora limitatasi alle sole *querelae*: il passo ha infatti ceduto al peso delle ipotesi via via meno probabili, formulate nel tentativo di salvare il postulato esplorativo, per il quale il riferimento al collegio centumvirale doveva e poteva essere letto come l'indice della natura della iniziativa giudiziale del giovane che, in quanto conosciuta dal collegio, avrebbe dovuto consistere – questo il postulato – in una *querela inofficiosi testamenti*. Ho dimostrato però che la vicenda non offre i presupposti del valido esperimento di quella iniziativa, mentre si presta bene alla deduzione di una *hereditatis petitio*: donde la conclusione per la quale l'azione svolta era la petitoria, il giudice competente era il collegio, secondo i termini più lati della sua originaria competenza per materia, non limitata – come sarebbe poi stato al tempo del principato – alle sole doglianze di inofficiosità.²

6. LA POSSIBILITÀ DELL'HEREDITATIS PETITIO

Un secondo rilievo può confermare la conclusione – ormai abbracciata – che, nella vicenda del giovane soldato, l'esperimento processuale attestato presso il collegio centumvirale fosse una *hereditatis petitio* e non invece una *querela inofficiosi testamenti*: gli *heredes scripti*, resistendo all'iniziativa del giovane, perdono i *paterna bona* in seguito a una sentenza che è loro del tutto sfavorevole. L'esito di soccombenza, netto nel merito, si è oltretutto formato senza alcun indugio da parte dei giudici, i quali, già discutendo preliminarmente del caso,³ erano unanimemente orientati per l'accoglimento della domanda, poi deliberato senza voti difformi. Scrive infatti l'autore che il *militans*:

Val. Max. 7.7.1: *omnibus non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit.*

Ora: come è noto, l'interesse ad agire con la *querela inofficiosi* viene meno, per il metro giurisprudenzialmente creatosi sulla falsariga della riserva falcidia, quando il congiunto abbia comunque ricevuto la quarta parte dell'asse, salva la concorrenza degli altri

¹ La conclusione raggiunta per l'esegesi del testo è conforme a quella ritenuta presso la migliore dottrina, per la quale si veda, segnatamente, MARRONE, *L'efficiacia*, cit., p. 40.

² La risalenza dell'episodio a un tempo significativamente precedente è dimostrata dal suo ricorrere nel *de oratore* di Cicerone, su cui *infra*, al numero 9.

³ Ritengo di dover riferire i *consilia* di cui dice Valerio Massimo ai giurati: ciò perché il segno aggettivo *omnibus*, posto efficacemente in apertura dell'inciso, si riferisce al tempo stesso a *consiliis* e a *sententiis*; intendendosi per queste ultime, senza dubbio, i voti dei singoli giurati, anche i *consilia* sono implicitamente attratti a costoro (tanto più che, subito prima di *omnibus*, il periodo si chiudeva con la menzione del collegio, preposto solo al predicato reggente: *apud centumviros contendit*). Riferendosi i *consilia* ai giurati, si pone però il problema di che cosa leggere in quel segno, vista la estesa sovrapposizione di significato con il successivo *sententiis* ed escluso ogni rapporto endiadico, giusta la sindesi avversativa *sed (etiam)* che li lega. Una chiave può essere cercata nel rapporto di specialità che intercorre tra il generico *consilium* e lo specifico *sententia*, pur nell'ambito comune impegnato dai significanti 'deliberazione', 'decisione' ed 'intenzione' (salva la specificazione metonimica di *consilium* – prevalentemente al singolare – nel senso frequentissimo di seduta o collegio): alla luce del fatto che il secondo indica – esso soltanto – il momento di formalizzazione della maturata determinazione del giurato, il primo potrebbe riferirsi ad un momento preliminare di 'formazione informale' del suo orientamento ovvero, se fosse configurabile, ad un momento procedimentale interlocutorio.

aventi diritto.¹ Se allora nel caso specifico si stava profilando, fin dal primo momento *apud centumviro*, una soccombenza tanto netta quanto precocemente decisa,² gli *heredes scripti* avrebbero potuto prevenirne gli effetti dannosi (liberandosi dal rischio – che andava mutandosi in certezza – della futura condanna), rilasciando al giovane l'equivalente della *portio debita* del patrimonio ereditario, così contenendo nella misura del quarto l'incidenza del proprio detrimento, che invece è stato pari all'intero. È infatti vero che, ove il testatore avesse comunque disposto in favore del congiunto, di una parte dell'asse pari al quarto, il testamento non avrebbe potuto essere detto *inofficiosum*. Attribuendo in qualsiasi modo al congiunto la quota che la legge Falcidia garantiva all'erede (per legato, donazione od altro),³ il testatore si comportava, agli effetti pratici, in modo sostanzialmente analogo al parametro fisiologico tenuto quale riferimento di *officium pietatis*, ovvero al *pater* che istituisce erede il figlio e che dispone poi a titolo particolare, in favore di altri, del *dodrans* del proprio patrimonio, come era complementariamente consentito dalla citata legge Falcidia, e poi dal Senatoconsulto Pegasiano, quanto ai fedecommissi. Alla luce di ciò, si potrebbe affermare che il testamento era irrimediabilmente *inofficiosum*, ove quella riserva non fosse stata in alcun modo costituita, con la conseguenza che inutilmente l'*heres scriptus* avrebbe offerto al congiunto la riparazione del profilo patrimoniale, inidonea a redimere il vizio originario del titolo, che era evidentemente di carattere non patrimoniale (sia pure avente conseguenze di tale natura).⁴ Significativamente, infatti, l'accoglimento di una *querela inofficiosi* comportava il superamento del testamento e l'apertura della successione *sine tabulis* secondo *ius civile*, ovvero *honorarium* (previa, in tal caso, preparazione del terreno processuale attraverso la concessione di una *bonorum possessio sine re*), con chiamata del querelante vittorioso alla successione nell'intero patrimonio ereditario. Il problema è difficile: nel tempo successivo all'episodio in esame, esso fu risolto pragmaticamente;⁵ lo dimostra un passo di Plinio il Giovane.⁶

¹ In proposito si possono vedere, per esempio, P.S. 4.5: *cum apud eum quarta aut legis Falcidiae aut senatus consulti Pegasiani beneficio sit remansura* e D. 5.2.8.8-9 (Ulp. 14 *ad ed.*) in particolare sulla sufficienza della misura: *...quarta debita portio sufficit ad excludendam querellam...*, oltre alla ulteriore casistica considerata dal giurista.

² È fortemente problematico l'apprezzamento di una pubblicità della fase dei *consilia* dei giurati, propeudetica a quella del loro voto in senso stretto. Dalla fonte sembra in effetti emergere, anche se potrebbe forse trattarsi di un artificio retorico, con il quale porre in ulteriore risalto la manifesta meritevolezza del giovane.

³ Più rigidamente, VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 370 nt. 30, esclude l'efficacia in tal senso degli atti *inter vivos*. Nello stesso senso, MARRONE, *Querela*, cit., p. 137.

⁴ Il rilievo di una sorta di *iniuria* – di 'offesa' non giustificata – nella preterizione del congiunto, insieme al profilo del *color insaniae*, fondavano correntemente le pronunce centumvirali di accoglimento: si veda in Val. Max. 7.8.4 lo sdegno di Pompeo Regino, trascurato nel testamento del fratello in favore, addirittura, di *alieni et humiles*, cosicché *'non solum flagitiosum silentium, sed etiam praelatio contumeliosa videri posset'*. Sul profilo dell'*iniuria* si vedano, oltreché VOCI, *Diritto ereditario* cit., 680 e nt. 47; MARRONE, *Querela*, cit., p. 134; L. DI LELLA, s. v. *Successione necessaria*. (*Diritto romano*), in Enc. dir., 43, 1990, pp. 1338-1348, 1341; A. SANGUINETTI, *Dalla querela alla portio debita. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardoimperiale e giustiniana*, Milano, 1996, pp. 40 sg.

⁵ Con approccio forse eccessivamente dogmatico, avevo, poco sopra nel testo, detto che con la corresponsione del quarto viene meno l'interesse ad agire, piuttosto che il fondamento della iniziativa. Certo è che, nella *epistula* 5.1 (da cui è tratto il passo che ho riportato nel testo) i coeredi di Plinio intendevano muoversi nel senso del rilascio della porzione all'*exheredatus*: *... coheredes mei componere et transigere cupiebant* (Plin. ep. 5.1.7).

⁶ Con forza relativa: l'inciso è tratto infatti dal discorso che Plinio rivolge all'*exheredatus* Asudio Curiano, già promotore, avverso il testamento materno, di una *querela* in via di trattazione. Plinio si fa portatore della volontà transattiva dei suoi coeredi e, nel profilare la possibilità della soddisfazione dell'*exheredatus*

Plin. ep., 5.1.9: ...igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre quartam partem ab herebibus eius accipias...

Nel caso in esame, gli *heredes scripti* non ritennero però di prevenire la definizione del giudizio procurando la soddisfazione dell'avversario, nella misura minima, idonea a spuntare l'arma che egli stava pericolosamente utilizzando. Salva l'ipotesi – pur sempre configurabile¹ – di una condotta processuale frutto di cattivo consiglio e ferma la possibilità di una manifestazione inconfutabile del fondamento della posizione avversaria avvenuta dopo la *litis contestatio*,² potrebbe essersi più precisamente trattato di una *hereditatis petitio* in senso stretto, nella quale la soccombenza poteva al massimo essere evitata rilasciando all'attore l'intero *petitum*: ciò che – in chiara differenza con la utilità della cessione del solo *quadrans*, nella *querela* – privava l'opzione della desistenza di un qualsiasi connesso vantaggio, diverso dalla liberazione dalla lite.³

Di fronte al *sacramentum*, nell'ambito della *hereditatis petitio*, gli *heredes scripti* forse pensarono di sfruttare in loro vantaggio la momentanea difficoltà del giovane, al quale la ulteriore coltivazione del rito imponeva un giuramento che per lui forse poteva avere un peso morale significativo e che – soprattutto – richiedeva il versamento della *summa*, nella misura maggiore, ove il patrimonio fosse stato di una entità non trascurabile.⁴ Il *militans*, in quel tempo senza casa e senza beni diversi dalle somme ri-

mediante cessione dell'equivalente del quarto, non fa riferimento alcuno all'efficacia dirimente, che sarebbe implicita in tale soluzione. Egli anzi traccia una serie di ipotesi preliminari (il testo è riportato al numero 7), alla luce delle quali mostra al proprio interlocutore come tutta una serie di eventualità lo avrebbero ben potuto vedere legittimamente successore nella sola quarta parte del patrimonio materno: dopodiché è profilata la soluzione della cessione della *portio debita*, che – dice Plinio – *sufficere tibi debet*, ovvero «ti dovrebbe bastare» (così infatti traduce, qui correttamente, R. FARANDA, *Detti e fatti memorabili di Valerio Massimo*, Torino, 1971, p. 509): il discorso – che si sarebbe, significativamente, svolto *in aede Concordiae* – sembra dunque muoversi certamente sul piano della opportunità materiale, ma in acque almeno apparentemente non prima troppo navigate. La effettività di simili transazioni è però attestata, sia pure per l'età classica, da un passo ulpiano, tratto dal libro sesto *opinionum*, D. 5.2.27 pr., che si occupa di una fattispecie patologica connessa: *si instituta de inofficioso testamento accusatione de lite pacto transactum est nec fides ab herede transactioni praestatur, inofficiosi causam integram esse placuit*. Non solo: frequentemente si stringevano accordi segreti per i quali, intatto il testamento, l'*exheres* era materialmente ristorato, ovvero si conveniva con uno degli *heredes scripti* una condotta, anche simulata, che avrebbe agevolato di fatto la coltivazione della *querela* contro i coeredi, estranei al patto: istituito erede con altri del patrimonio di Pomponia Galla, che aveva diseredato il figlio, Plinio così racconta di una proposta ricevuta da costui (ep. 5.1.2): *Curianus orabat, ut sibi donarem portionem meam seque praeiudicio iuvarem; eandem tacita conventione salvam mihi pollicebatur*. Su tutto, GULINA, *La testimonianza*, cit., pp. 266 sgg.

¹ Non tutti sono infatti così perfettamente accorti da coltivare l'opportunità di una transazione scegliendo il modo, il tempo e perfino il luogo più adatto (*aedes Concordiae!*), come scrive di aver fatto Plinio (ep. 5.1.7-9) con Asudio Curiano.

² Già si è detto della non ricorrenza nella specie di una clausola arbitraria, vertendosi nel rito antico delle *legis actiones*. Per una concreta possibilità di improvviso mutamento delle circostanze di fatto, per cui chi subito prima sembrava un impostore in un attimo diviene vittima innocente, si vedano i numerosi episodi di *agnosis* che – riferiti spesso a fanciulle di rispettabili natali costrette da una momentanea cattiva sorte a vita non onorata – animano la commedia plautina in specie e classica in genere.

³ Parimenti caratteristica del processo formulare è la *litis aestimatio* 'afflittiva', che, ove configurabile nella specie, avrebbe potuto rappresentare un incentivo alla soluzione negoziata. In ogni caso non deve trascurarsi la possibilità di una proposta di transazione, rifiutata però dal giovane o perché sicuro di sé, o perché sdegnoso di scendere a patti con quanti gli avevano crassamente usurpato i *paterna bona*.

⁴ Gai 4.13 qualifica come *periculosa* la *legis actio sacramento* per via del profilo penale – *poenae nomine* – rappresentato dalla perdita della somma un tempo costituita in garanzia per gli oneri del *piaculum* espia-

cevute al momento della *missio*, ben avrebbe potuto rinunciare all'iniziativa onerosa, spaventato dal rischio procedurale, non altrettanto gravoso per gli avversari *in bonis*.¹ In altre parole, gli *heredes scripti* si sarebbero trovati nella alternativa secca del cedere o resistere, senza la possibilità intermedia del rilascio parziale che il procedimento di *querela* invece offriva, nella misura in cui era possibile da parte dei controinteressati intervenire *ex post* sul presupposto economico-quantitativo di sua procedibilità, sopportando una soccombenza sostanziale limitata, assai meno gravosa di quella totale che sarebbe conseguita all'accoglimento della doglianza avversaria.

Se così davvero è stato, la *impudentia* degli *heredes scripti* emerge chiarissima e si concilia con la verosimile loro buona fede al momento dell'arrivo del giovane che essi credevano – come il povero padre – morto. Approfittando slealmente del proprio maggiore agio economico e della superiore confidenza con le istituzioni cittadine propria di un *civis* che vive nell'Urbe, costoro si opposero al *militans*, che pure avevano nel frattempo potuto riconoscere come figlio dell'ereditando, e, negandogli ogni soddisfazione stragiudiziale,² lo costrinsero all'iniziativa cui questo si risolse e per la confidata sicurezza del proprio diritto e – perché no – per un senso di caparbia dignità.

7. INOFFICIOSITÀ E PORTIO DEBITA

Tra le molte variabili finora postulate, il discorso si è però spostato su di un terreno difficile: ho detto infatti che la datazione dell'episodio del giovane soldato oscilla tra il 90 ed il 55 a.C., almeno secondo gli autori che si sono pronunciati sul punto.³

L'idea della inofficiosità di un testamento ricorre però, per la prima volta, nelle

torio richiesto alla parte che si fosse macchiata di spergiuuro. In 4.14 sono previste due misure per la *summa sacramenti*, in relazione all'eccedenza o meno del valore della lite di una soglia di discriminazione. Le misure sono quantificate in cinquanta e cinquecento assi, la soglia in mille: al tempo di Gaio il processo delle *legis actiones* è ormai abrogato, i valori che egli riferisce dovevano essere validi per l'età del primo principato, in cui fu rogata la *lex Iulia*, ovvero – al massimo – per i superstiti esperimenti di cui in 4.31. È chiaro che per il tempo dell'episodio in oggetto essi potevano essere diversi, anche se, probabilmente, esisteva il doppio metro e il *petitum* oggetto dell'iniziativa in questione poteva iscriversi nell'ambito delle liti maggiori.

¹ Il dialogo processuale che si legge in Gai 4.16 si ferma proprio al momento della prestazione del giuramento. Lo scambio delle battute è impostato su una precisa alternanza, per la quale il *prior vindicans* parla per primo e per primo sfida al *sacramentum* il proprio *adversarius*, il quale parla per secondo e raccoglie la sfida, ricambiando l'invito a giurare. Quale delle parti, a questo punto, giurasse per prima non è facile dire: in entrambe le soluzioni funziona comunque il possibile ragionamento degli *heredes scripti*. Se chiamati per primi a giurare (sono stati loro ad essere provocati per primi), essi avrebbero potuto con ciò ostentare la sfacciata sicumera di chi può permettersi il rischio del procedimento; se invece l'impegno fosse toccato per primo al giovane (con prosecuzione del ritmo alternato delle battute), il *periculum* avrebbe da subito afflitto la parte in ciò svantaggiata, delineandosi immediatamente per gli spudorati avversari una comoda ed indolore posizione di passivo stare a guardare.

² A rigore, la possibilità della soluzione stragiudiziale, oltreché materialmente fuori e prima del giudizio, sta anche – *in re ipsa* – nel rito sacramentale, nella parte in cui l'*adversarius* decida di non seguire la cosa in giudizio (non v'è citazione in senso stretto nelle iniziative *in rem*), ovvero di non raccogliere la sfida al giuramento.

³ Per il primo termine (approssimativo) si rinvia a RENIER, *Étude*, cit., p. 78 nt. 2, il quale, forse eccedendo e comunque senza punto motivare, ha indicato un anno prossimo al 90 a.C. È pur vero che l'episodio apre il capitolo e che il criterio tassonomico interno dell'opera è – in primo grado – per argomento, – in secondo grado – per cronologia, anche se, proprio nel capitolo settimo, tale regola è sovente derogata. Il secondo termine coincide con l'anno di composizione del *de oratore*, che – in 1.38.175 – riporta il caso (ovvero altro in pienamente analogo, ponendo così il *dies ante quem* almeno del problema che vi è sotteso).

fonti intorno all'anno 70 a.C.¹ Essa si affaccia dapprincipio in un'orazione di Cicerone:²

Cic. 2 in Verr. 1.42.107: *iure legibus auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum.*

Ritorna poi, sempre presso l'Arpinate, il quale avverte altrove – l'orazione adesso è un'altra e l'anno è il 66 a.C. – del rischio potenzialmente insito nella confezione di un testamento nel quale sia preterita la madre, senza però fare riferimento espresso allo strumento processuale della *querela*, ovvero al presupposto sostanziale della inofficiosità:

Cic. *pro Cluent.* 15.45: *nam Habitus usque ad illius iudicii tempus nullum testamentum umquam fecerat: neque legare eius modi matri poterat animum inducere, neque testamento nomen omnino praetermittere parentis. id cum Oppianicus sciret – neque enim erat obscurum – intellegebat Habito mortuo bona eius omnia ad matrem esse ventura, quae ab sese postea aucta pecunia maiore praemio, orbata filio minore periculo necaretur.*

così attestando la possibilità per un soggetto legato al testatore dal solo vincolo di cognazione non agnatzia, e inoltre estraneo alla di lui successione legittima di *ius civile*,³ di impugnare in qualche modo il testamento che lo avesse trascurato.⁴

Ancora (terzo momento rilevante): all'anno 40 a.C. risale la *lex Falcidia*, che riservò all'erede – chiunque esso fosse – la quarta parte dell'eredità, relativamente alla quale sarebbe per essa stato inefficace ogni effetto ablativo delle disposizioni particolari.⁵

La sequenza cronologica è importante e l'ultimo dei tre elementi è solo apparentemente inconferente con i primi due, fra loro senz'altro omogenei. Nella sequenza, infatti, rileva particolarmente il momento della approvazione della legge citata: il

¹ DI LELLA, sv. *Successione necessaria*, cit., pp. 100 sgg. Ove si ritenga trattarsi in 7.7.1 di *querela inofficiosi*, i termini temporali entro i quali collocare l'episodio vengono a restringersi nella forbice 70 (anno della *pro Cluentio*) – 55 (anno del *de oratore*) a.C.

² Ho studiato il passo (ancorché sotto profili diversi da quelli che ora rilevano) in G. GULINA, *Cum intellegam legem Voconiam. Il ruolo del pretore circa l'apprezzamento della ricorrenza dei presupposti di applicazione della legge*, in *Iuris quidditas. Liber amicorum per B. Santalucia*, Napoli, 2010, pp. 121-155.

³ Il senatoconsulto Tertulliano è di età adrianea: tanto bisognerà aspettare perché una madre possa succedere *ex lege* al figlio morto senza testamento. La circostanza della menzione dell'aspettativa materna è importante e deve indurre a riflettere: ritenendo la iniziale formazione della successione necessaria sostanziale entro l'ambito della formale, e perciò in favore dei soli *sui*, e la successiva estensione della legittimazione alla *querela* anche ai *cognati*, si deve alzare notevolmente la datazione della prima tappa di evoluzione (quella limitata ai *sui*), se già al tempo della *pro Cluentio* si parla della tutela degli altri, pur prossimi, congiunti.

⁴ Si veda anche la *querella* di Terenzio, in Val. Max. 7.7.5.

⁵ Il terzo elemento è successivo all'anno – 55 a.C. – di composizione del *de oratore*. L'anno 40 di rogazione della legge Falcidia rappresenta inoltre, a sua volta, un termine *a quo* nella formazione del sistema maturo della successione necessaria sostanziale, che dal principio recato per quella legge ha ritratto il metro quantitativo di apprezzamento della inofficiosità. La datazione del completamento della evoluzione dell'istituto deve perciò essere ancora abbassata e collocata in un tempo assolutamente successivo all'episodio narrato da Valerio Massimo (nel quale perciò si tratta, se non di *hereditatis petitio*, di una sorta di inofficiosità ante-litteram). L'abbassamento che ho adesso suggerito rende ancora più seria la riflessione impostata: da un lato, la menzione in Cicerone di aspettative cognatzie mi ha indotto ad anticipare la legittimazione dei *sui*, ben prima del 66 a.C. – anno della *pro Cluentio* –, dall'altro la mutuazione falcidia della misura dell'adempimento dell'*officium pietatis* mi ha spinto ad abbassare la data del sistema maturo della *querela*. Salvo il caso dell'errore nella posizione – un poco antinomica – dei due termini detti, si deve concludere per una formazione progressiva dell'istituto, caratterizzata dalla tensione insita nella contrapposizione tra la precoce definizione del profilo soggettivo e la tardiva di quello invece oggettivo.

regime maturo della *querela* classica, come ci è restituito non solo dalla compilazione giustiniana, ma anche – e soprattutto – dalle lettere di Plinio risente infatti del principio della quota riservata all’erede (congiunto o meno del testatore), in prevenzione della polverizzazione dell’asse mediante le disposizioni a titolo particolare che si era soliti confezionare con disinvolta larghezza.¹ Sul metro falcidio fu infatti successivamente costruito il criterio dell’apprezzamento giurisprudenziale dell’adempimento dell’*officium pietatis* da parte del testatore, con ciò relegandosi come a preistoria la vicenda formativa del principio di successione materiale antecedente alla individuazione del limite della libertà di disporre altrimenti, ovvero del metro liquido della inofficiosità.² In Plinio è svolto il ragionamento che dovette condurre la giurisprudenza per arrivare ad un simile risultato:

Plin. ep. 5.1.9: *si mater ... te ex parte quarta scripsisset heredem, num quaeri posses? quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, ut non amplius apud te quam quarta remaneret?*

Dunque la misura dirimente della sufficienza quantitativa di una successione – *igitur sufficere tibi debet*, continuava Plinio – ai fini della valutazione della inofficiosità non può essersi definita prima della legge del 40, da cui il metro del *quadrans* è sicuramente ripreso.³ Questo non comporta che prima di quell’anno non si fosse affacciata l’idea per cui, ove il testatore avesse significativamente provveduto nel senso delle aspettative dei congiunti, il negozio non fosse *improbum*, *inofficiosum* o *inhumanum*. Tutt’altro: era infatti abitudine diffusa, a Roma, specialmente tra le classi agiate, disporre *mortis causa* di gran parte del patrimonio, mediante legati di varia entità, confezionati quale riconoscimento corrispettivo in favore di coloro che erano stati legati da amicizia con il testatore, o gli erano stati leali in determinate circostanze, oppure avevano acquistato ai suoi occhi uno speciale merito che sarebbe stato non

¹ L’importante funzione, per così dire, socioculturale dei lasciti a titolo particolare, fossero essi legati o fedecommessi, emerge bene – oltretutto dal capitolo ottavo dell’opera di Valerio, dove i successibili disattesi vantano tutte aspettative metagiuridiche, titolate nei profondi rapporti di *sodalitas* condotti con il testatore – dalla lettera 5.1 di Plinio, nella quale l’autore è onorato di un piccolo, ma significativo, legato da parte del già ricordato Asudio Curiano (alla nota 6 di p. 90 e sg.) al quale egli ebbe occasione di dare torto nel singolare giudizio informale che simulava la delibazione della inofficiosità del testamento della madre: con quel legato, Curiano – eccone la speciale funzione – significò l’apprezzamento della equanimità manifestata da Plinio in quell’occasione. Sul punto: GULINA, *La testimonianza*, cit., pp. 263 sg.

² L’antinomia sopra rilevata si risolve con la limitazione della tardività al solo metro quantitativo, fermo per il tempo precedente alla intervenuta mutazione falcidia (non prima del II secolo d.C., giusta l’esitazione di Plinio nel proporre la transazione a Curiano – Plin., ep. 5.1).

³ Sul punto si veda VOCI, *Diritto ereditario* cit., 677, che parla di «vicinanza», piuttosto che di derivazione. La denominazione di *quarta Falcidia*, con riferimento alla quota di riserva della successione necessaria testimonia però della priorità di quella legge sul metro centumvirale (la denominazione ricorre tuttavia soltanto in fonti postclassiche; non può inoltre escludersi che l’attrazione sia di natura logica e non cronologica). Astrattamente la misura potrebbe essersi formata per prima nell’uno o nell’altro ambito (giurisprudenzialmente o per legge); la ricerca di una soluzione che conservasse per il chiamato *ex testamento* un concreto interesse all’adizione ha origini più antiche del problema della successione necessaria e risale alla prima metà del II secolo a.C. (leggi Furia e Voconia): ciò potrebbe indurre a ritenere che la soluzione finale della riserva del quarto oggettivo sia maturata nell’ambito della più lunga esperienza e dunque a proposito dell’ablazione per legato. Imputa alla prassi osservata dal collegio centumvirale la individuazione della misura del *quadrans* quale *portio debita* anche MARRONE, *Querela*, cit., pp. 136 s., per il quale si trattò di un’analogia con quanto precedentemente disposto dalla legge Falcidia (*ibidem*, nt. 3, i luoghi postclassici ove il rapporto di contaminazione è tradito).

consono alla probità del *de cuius* passare sotto silenzio,¹ quando il radicato costume era invece nel senso di esaltare in punto di morte tali vincoli morali, cosicché ne fosse al tempo stesso manifestata la costante loro vitalità e perpetuato il ricordo. La vicenda dell'emersione di una tutela delle aspettative sostanziali si è originata in un contesto nel quale era conforme – mi ripeto – a probità il fatto che il successore non ricevesse l'intero patrimonio del *de cuius*. Secondo due vicende parzialmente concorrenti, si cominciò dapprima a cercare di conservare all'*heres scriptus* – estraneo o non estraneo – un interesse sostanziale all'adizione, e a cercare poi di garantire una equa soddisfazione delle aspettative ereditarie dei *sui* e, successivamente, dei congiunti in genere.

L'episodio del giovane soldato è sicuramente precedente alla *lex Falcidia*, non potendone la datazione scendere oltre l'anno 55 a.C.^{2 3}

8. CONCLUSIONE PER L'*HEREDITATIS PETITIO*

L'episodio, che – per quanto ho detto⁴ – ha trovato una datazione affidante relativamente alta (prima metà del primo secolo a.C.), in conformità peraltro con quanto è stato ritenuto in letteratura,⁵ viene come neutralizzato ai fini che qui interessano più da vicino: il rilievo della menzione in esso del ruolo del collegio centumvirale viene annacquato mediante la riconduzione della vicenda ad un momento nel quale la competenza di quel giudice era genericamente prevista per ogni questione *lato sensu* ereditaria. La pretesa dedotta *apud centumviros* appare titolata nella posizione giuridica soggettiva attiva che il *ius civile*, aveva elaborato, sia pure giurisprudenzialmente, in capo al *suus praeteritus*. Non riesco a configurare altrimenti l'episodio, ritenendolo precedente alla formazione di quella posizione:⁶ non vedo – anzi – come il giovane potesse vantare una qualche pretesa in assenza dell'onere della menzione, istitutiva o meno, posto in capo al testatore, salvo ricorrere ad improbabili soluzioni equitative.⁷

¹ Si veda l'esempio del testamento di Asudio Curiano, in Plin., *ep.* 5.1, di cui già ho detto diffusamente.

² Anno cui risale l'orazione ciceroniana *pro Cluentio*, nella quale si legge dello stesso caso del soldato, ovvero di un caso identico a quello.

³ Ciò che invece ha fatto Plinio (*ep.* 5.1.9), sia pure con una certa – forse affettata – cautela, a cavallo tra il I e il II secolo d.C. Quanto rilevato stempera l'efficacia dell'argomento della mancata transazione, utilizzato corollariamente in sostegno della tesi per cui nell'episodio del *miles*, l'azione esperite fosse la *hereditatis petitio*.

⁴ *Supra*, al numeri 5 e 6; cfr. anche al numero 9.

⁵ Si veda alla nota 1 di p. 81.

⁶ DI LELLA, *Querela*, cit., p. 80; IDEM, *s. v. Successione necessaria*, cit., pp. 1340 e 1342.

⁷ Secondo RENIER, *Étude*, cit., p. 78, «le cas s'apparente à la survivance d'un posthume *heres suus* non exhéredé d'avance: il en diffère toutefois car le retour du fils est imprévisible». Da qui – *ibidem* e 263 – è ricavata la natura equitativa della decisione che ha rescisso il testamento *legitime factum*. Probabilmente lo studioso ha dato un peso eccessivo all'avverbio *legitime*, inserito da Valerio Massimo nella rubrica del capitolo settimo, escludendo conseguentemente la possibilità della preterizione del *suus*, che avrebbe piuttosto reso il testamento *non legitime factum*. La sistematica interna della fonte non è però così ferrea da potersi ricavare elementi validi per le specie narrate dalle qualificazioni apposte ai loro contenitori generici, come è rilevabile anche in scala decisamente macroscopica: «malgrado i titoli delle varie rubriche, i temi non sempre corrispondono a quanto promesso, e ciò sia in rapporto di libro a libro, sia nell'ambito dello stesso capitolo» (così FARANDA, *Introduzione*, cit., p. 15). È perciò che si ritiene il possibile, generico, portato del titolo – *legitime* – soccombere di fronte alla speciale illegittimità del testamento che non aveva menzionato il *suus*. In proposito si può osservare anche come nel capitolo ottavo, sotto la rubrica (*testamenta*) *quae rata mansuerunt cum causas heberent cur rescindi possent* sono riferiti casi nei quali l'impugnabilità è fortemente

Del resto, nel tempo anteriore alla legge Falcidia il sistema della successione materiale non aveva ancora raggiunto gli esiti maturi dell'età classica e forse quella successione riservata neppure rappresentava all'epoca un istituto autonomo, fonte di una aspettativa affidante per i congiunti e idoneo a costituire la ragione del discrimine di competenza tra il giudice collegiale centumvirale e quello monocratico, come infine – a partire dal primo principato – sarebbe stato.

L'azione che il *miles* ha svolto *apud centumviros* (previo il naturale passaggio nel *ius* del pretore) è dunque una ordinaria *hereditatis petitio*. La differenza che corre tra questa azione e la *querela inofficiosi testamenti* non ha peraltro natura ontologica: l'opportunità di una distinzione tra le due è dovuta, in ultima analisi, alla individuazione del giudice competente alla definizione della controversia, nel tempo in cui la competenza del collegio centumvirale aveva sofferto la concorrenza del *iudex unus*. Tempo che, l'ho appena detto, è sicuramente successivo all'episodio di cui si tratta.¹ Il fatto della promiscuità originale della competenza, unito al diverso grado di maturità dei rimedi – ben definitosi il primo, in formazione progressiva il secondo – può rendere difficile l'apprezzamento della ricorrenza dell'uno o dell'altro entro i termini sintetici della iniziativa svolta dal giovane; l'analisi però dei presupposti della fattispecie dedotta non può non orientare l'interprete nel senso della *hereditatis petitio*.

9. CIC., DE ORAT., 1.38.175

La datazione relativamente alta dell'episodio, per la quale mi sono ormai orientato, è confermata da un famoso passaggio del *de oratore*, il cui esame non è possibile rinviare oltre, poiché da esso si ritraggono conferme ben più significative del semplice, eppure importante, riferimento temporale. Conferme che è bene adesso mettere a frutto nell'esegesi del passo di Valerio Massimo. Il passaggio del *de oratore* che mi interessa è tratto da una parte dell'opera, nella quale Cicerone intendeva rilevare come anche le questioni di diritto privato potessero talora rivestire la grande importanza che si era soliti riconoscere soltanto a quelle di diritto pubblico. A sostegno di tale affermazione egli adduceva l'esempio della causa del giovane soldato, descritta – l'ho detto – in termini largamente corrispondenti all'episodio riferito da Valerio Massimo. Causa – appunto – importante, eppure di diritto privato.

Il caso di cui si occupa Cicerone ben potrebbe essere lo stesso narrato da Valerio

dubbia (7.8.3: Quinto Metello trascura i *celeberrimi eiusdem nominis viri* e gli appartenenti alla *Claudiorum familia*, che gli erano legati *artissimo sanguinis vinculo*, non però – si direbbe – in senso strettamente cognativo; del resto rimasero parimenti validi i testamenti di cui agli episodi della seconda parte del capitolo – 7.8.5-9 – sicuramente legittimi, seppur bizzarri.

¹ Così ragionando si segue l'autorevole insegnamento di MARRONE, *L'efficacia*, cit., p. 40 (su cui, *supra*, alla nota 1 di p. 89). Sul punto si ritornerà ampiamente nel successivo numero 8, dove l'analogia tra i rimedi della *hereditatis petitio* e della *querela*, diversi – secondo l'A. citato – per il ricorrere nella seconda dell'apprezzamento incidentale della inofficiosità del testamento (riservato al giudice collegiale), analoghi però *de residuo* (la duplicità conseguì meccanicamente alla introduzione di una formula vindicatoria, senza intervento sulla sostanza della posizione che vi si poteva versare) sarà misurata con la natura dichiarativa o costitutiva della sentenza frutto dei procedimenti ridetti: natura che è pacificamente dichiarativa per la *hereditatis petitio* e che invece è dubbia per la *querela* (cfr. MARRONE, *L'efficacia*, cit., pp. 22 sg. circa l'effetto rescissorio della pronuncia; pp. 89 sgg., specificamente sul problema con richiamo e discussione della letteratura, p. 92, ove «si impone la distinzione tra forma e sostanza: formalmente la sentenza centumvirale di inofficiosità era una sentenza dichiarativa di nullità del testamento: sostanzialmente, rescindeva un testamento sino allora valido; per cui i giuristi parlavano di *testamentum rescindere, infirmari, etc.*»).

(ciò che confermerebbe l'ampia circolazione del ricordo e la natura aneddótica di esso); in alternativa nel *de oratore* potrebbe essere raccontato un caso storicamente diverso da quello riferito da Valerio, ancorché a questo identico, o quantomeno molto simile, negli elementi fattuali di caratterizzazione. A ben vedere, poco importa sciogliere il dubbio sulla coincidenza: la ricorrenza in Cicerone di una fattispecie del genere, presentata nei medesimi termini di *causae coniectio* e di esito giudizialmente raggiunto, induce intanto a collocare l'episodio in esame nella prima metà del I secolo a.C.¹ Il che è un buon risultato. Ma forse è meglio passare subito al passo del *de oratore*, rinviando ogni altra considerazione:

Cic. *de orat.* 1.38.175: *quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? de cuius morte cum domum falsus ab exercito nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei visum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius.*

Il passo, anche sovrapposto all'episodio che si legge in Val. Max. 7.7.1, non crea alcuna difficoltà di interpretazione, anzi per esso è possibile aggiungere qualche elemento nuovo, utile alla ricostruzione della vicenda: alla notizia della morte del figlio, secondo la versione di Cicerone, il padre avrebbe modificato il proprio testamento, evidentemente già confezionato con la chiamata del *suus*. Valerio Massimo nulla dice in proposito, ma utilizza una locuzione – *aliis heredibus scriptis decessisset* – compatibile tanto con la situazione di colui che non avesse confezionato alcun testamento, quanto con quella di chi invece avesse provveduto a disporre dapprima in favore del figlio, mutando poi avviso alla ritenuta morte di questo:² la seconda ipotesi, conciliabile con entrambe le fonti, deve tendenzialmente prevalere in quanto *lectio difficilior* e dovrà essere accolta, specialmente ove si voglia ritenere che i due passaggi a confronto siano riferiti al medesimo fatto storico: in tal caso, la maggiore diffusione di Cicerone supplisce alla sintesi di Valerio. Un secondo elemento di consonanza è rappresentato dalla menzione del collegio centumvirale, che presso l'oratore, è espressamente adito mediante *legis actio* – *egissetque lege* –, come peraltro avevo potuto ritenere che fosse avvenuto nel caso di Valerio.³ Una terza corrispondenza è poi costituita dall'essere il figlio del *de cuius* un soldato in costanza di servizio militare, anche se la circostanza sembra avere un ruolo accidentale.⁴

¹ Il *de oratore* è stato scritto nell'anno 55 a.C. Ove l'episodio in Valerio Massimo sia un altro, successivo (possibilità e frequenza di casi del genere sono dimostrati *per tabulas* da D. 5.2.27.4 e D. 5.2.28, su cui *infra* nel testo), il termine *a quo* della disciplina da entrambi ritratta deve comunque essere collocata al tempo del primo dei due autori, ossia nella prima metà del secolo, senza troppo allontanarsi dai primi anni attivi di Cicerone.

² Il padre, in altre parole, o morì con altri *heredes scripti*, diversi dall'*heres scriptus* originariamente istituito, che era il figlio, oppure – semplicemente – morì con eredi altri rispetto al figlio, ovvero con quelli che sono poi stati gli *heredes scripti* (tanto più che, questi ultimi, in quanto estranei, altro non avrebbero potuto che essere successori testamentari, istituiti per scritto).

³ Cfr., *supra*, al numero 5 ed alla nota 3 di p. 89.

⁴ Sul piano della verosimiglianza aneddótica è fin troppo evidente la connessione della circostanza con le dinamiche formative dell'episodio: l'essere un soldato ha accresciuto le possibilità di una morte prematura, quale sarebbe stata quella (falsamente) riferita al padre testatore, il quale perciò più facilmente rassegnato all'evento; l'essere distaccato lontano da Roma, nell'impedire al genitore i pietosi riti del caso, ha consentito l'allettamento dell'errore impassibile di verifica e delle sue conseguenze (la concreta efficienza di tali elementi è dimostrata dai casi di cui dicono D. 5.2.27.4 e D. 5.2.28). S. QUERZOLI, *I testamenti e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, 2000, p. 141 sg. nt.

Dal punto di partenza che ho messo a fuoco, sostanzialmente comune alle due versioni della vicenda del *miles*, il piano della narrazione ciceroniana si scolla da quello della concorrente, facendosi progressivamente più tecnico e mostrando in ciò l'enorme scarto qualitativo che lo distingue dalla prosa sedimentaria di Valerio Massimo: il passo si chiude infatti con una locuzione precisa (*egisset lege ... testamento exheres filius*), che prelude al complesso inciso finale, al cui esame subito vengo. Nartrato il fatto, Cicerone passa infatti alla dazione del *ius* da applicarsi:

Cic. *de orat.* 1.38.175: *nempe in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.*

Come si vede, torna in ballo la questione della preterizione o della diseredazione del figlio da parte del testatore. Questione che sopra avevo risolto, quanto al caso di 7.7.1, nel senso della *praeteritio*, apparentandomi inverosimile l'ipotesi di un testatore che, nel testare, si fosse preoccupato di clausole evidentemente inutili perché destinate a impedire effetti già di per sé irrealizzabili (o ritenuti tali).¹ Questione che adesso mi si ripropone, perché, nel volgere di poche linee, l'oratore utilizza per ben tre volte – variamente declinato – il segno *exheres*,² nel senso (almeno) di 'non erede'.³

La prima volta il segno ricorre come *testamento exheres*, in chiusura della posizione introduttiva del caso e con un portato – mi pare – meramente descrittivo; la seconda volta esso appare assoluto, eppur dotato di un'incisività non indifferente (sul segno

108, ritiene invece costitutiva la circostanza in parola – l'esser *miles* –, richiamando i due passi in attestazione delle «conseguenze della *praeteritio* di un *miles*», evidentemente derivate dal consueto atteggiamento benigno riservato ai soldati. Come però si è visto, l'episodio trova la soluzione di cui alle fonti nei principi ordinari della tutela della aspettativa ereditaria dei congiunti e non è punto titolata nella specialità di un regime soggettivamente riservato (come del resto non lo sono gli esiti contemplati per la *cognitio* ordinaria, in D. 5.2.27.4 – il *favor* per il *miles* emerge soltanto nel frammento 2 – e, per quella *extra ordinem*, in D. 5.2.28, ove la sola deroga rinvenibile consegue piuttosto al *favor libertatis* in specie, e *testamenti* in genere). Propende per la non ricorrenza della disciplina speciale anche DI LELLA, *Querela*, cit., pp. 81 sg.: del resto, nel caso concretamente in esame, la sola deroga che potrebbe venire a rilevanza è quella ricordata in D. 28.2.26 (divieto di diseredazione del *filius familias si militet*, su cui si veda *supra*, alla nota 1 di p. 82), introdotta in età augustea e perciò successivamente all'episodio che interessa.

¹ Difficilmente una diseredazione può essere imputata a uno scrupolo di precisione del testatore: se anche avesse solo potuto sospettare della permanenza in vita del figlio, egli non avrebbe certo reagito pianificando la soluzione negativa per quell'eventualità, ma avrebbe – al contrario – operato perché in quel caso il figlio fosse erede, piuttosto che *exheres*. Del resto, le istituzioni degli *heredes scripti* è eziologicamente conseguita alla falsa notizia di morte, come si ricava bene da entrambi i passi: *cum ... accepisset ... decessit* (in Valerio Massimo, con i due predicati congiuntivi retti dallo stesso *cum*); *pater eius re credita testamentum mutasset* (in Cicerone).

² Una volta in chiusura della porzione di passo riprodotta all'inizio di questo numero, due ulteriori volte in quella appena riportata. Nell'ultima ricorrenza il segno è contrapposto al suo diretto contrario *heres*, in costruzione di una complementarietà che a me sembra esclusiva, ma che in letteratura è stata intesa come implicante il riferimento ad una terza possibilità (per il dettaglio della tesi accennata e per la sua critica, si veda *infra*, in questo stesso numero).

³ Pacifica e frequente l'accezione di *exheres* nel senso – statico – di 'privato dell'eredità', oltreché – dinamico – di 'privato dell'eredità' o 'diseredato' (segno, quest'ultimo, che tradisce un significato eccessivamente efficiente, talvolta non appropriato e comunque meglio ascritto al participio sostantivato *exheredatus*), come emerge anche nei migliori lessici, pure generalisti: F. CALONGHI, *Dizionario latino italiano*, Torino, 1950³ (rist. 1983), s. v. *Exheres*, p. 1030; L. CASTIGLIONI, S. MARIOTTI, *Vocabolario della lingua latina*, Torino 1966 (rist. 1986), p. 477. La polisemia rilevata è facilmente rinvenibile anche in italiano, dove, per esempio, al segno qualificativo 'disarmato' corrisponde tanto il significato – statico – di «sprovvisto di armi», che quello dinamico (più propriamente del participio di 'disarmare') di «privato delle armi».

insiste il nucleo di legittimazione attiva al rimedio); la terza si legge in significativa contrapposizione complementare con *heres*.

10. IL FIGLIO *EXHERES* DEI BENI PATERNI

Poiché gli argomenti addotti in sostegno della ipotesi della *praeteritio* del figlio creduto morto restano al momento validi, converrà partire da questa presunta soluzione, misurandovi sopra il nuovo dato ciceroniano ed apprezzandone il risultato di compatibilità. Nella prima ricorrenza, *exheres* avrebbe il significato di un soggetto che agisce in rivendica dell'eredità (*egissetque lege in hereditatem*), nella propria qualità di figlio non istituito erede nel testamento, di figlio che – cioè –, per quanto tale, è privo della eredità:¹ il segno avrebbe un significato minimale di sola allegazione dell'interesse ad agire. Nella seconda, aproblematica, ricorrenza, *exheres* avrebbe invece il senso di 'figlio non erede dei beni paterni', ovvero di figlio che – in senso debole: non perché qualcuno glielo ha negato o sottratto – semplicemente non dispone del patrimonio avito: se sia possibile ciò è precisamente la domanda che si rivolge l'oratore nell'affilare i termini della fattispecie, prima di passare alla soluzione. Solamente a quesito proposto – in forza della stringente costruzione del passo – il senso originario, come di neutralità, muta in una sorta di insoddisfazione, placata solo nel prosieguo, quando – conclusivamente – il segno assume in sé il portato della anomalia propria della situazione infine risolta.

Maggiori problemi offre invece la terza ricorrenza del segno: *exheres* è adesso evidentemente contrapposto a *heres*. Sembra profilarsi una soluzione diversa dalla *praeteritio* fin qui ritenuta, soluzione che la fonte lascerebbe implicitamente intendere, nella misura in cui appone ad *exheres* (indirettamente) l'avverbio *nominatim*:² escluse per il duplice *neque* le possibilità della diseredazione nominativa e della istituzione (ovviamente nominativa), il *miles* sarebbe stato diseredato *inter ceteros*: non *heres* né *nominatim exheres*. Il che è possibile: il testatore avrebbe potuto inserire nel testamento una clausola stilistica di chiusura, magari ripresa da un formulario che un esperto gli aveva indicato, assicurando per essa, nell'intenzione, una maggiore solidità al negozio e certo non intendendo con ciò precludere la ormai sopita possibilità del ritorno del figlio (quasi fosse un rischio da contenere), che certamente, in quel momento – per taluni aspetti doloroso –, neppure gli è balenata.

La possibilità di un implicito riferimento alla diseredazione cumulativa deve però essere scartata per due motivi, il primo dei quali fondato su ragioni di carattere generale relative alla evoluzione degli istituti legati alla successione necessaria, il secondo derivato invece dalla osservazione del modo di costruzione del passo, che non sembra avviare il lettore alla percezione di un *tertium* interposto tra i due poli espliciti della istituzione e della diseredazione.

Quanto al primo motivo: ammettendo che, all'epoca nella quale si è verificato

¹ *Testamento exheres filius*, che è predicativo del soggetto *miles*, cui si riferisce l'*egisset*, congiuntivo iporegante introdotto da *cum*. Il senso della anomalia della situazione così descritta si coglie bene, se osservato dalla situazione parametrica del *filius* invece *heres*, senza dubbio logicamente e storicamente poizore, come può dimostrare *in nuce* la vicenda stessa di formazione giurisprudenziale dei principi della successione necessaria formale.

² Per la verità, a me non sembra profilarsi nel passo questa terza soluzione, che comunque è da scartare per quanto dirò nel testo; in tal senso anche DI LELLA, *Querela*, cit., p. 86.

l'episodio, il sistema della successione necessaria formale fosse già pienamente maturato, compresa la formazione giurisprudenziale della regola della diseredazione espressa e nominativa per i *sui* di sesso maschile – ipotesi tutt'altro che azzardata, se già nell'anno 70 si parlava di successione materiale –, si deve concludere, ancora una volta, per la soluzione della preterizione del *miles*, in nulla rilevando la eventuale presenza di una clausola stilistica di diseredazione *inter ceteros*: in quanto *suus*, egli avrebbe dovuto essere o istituito (e non lo è stato), o diseredato espressamente e nominativamente (ciò che neppure è stato). Il testamento era dunque nullo, affetto di quella nullità iniziale ed insanabile che sanziona la negligenza dell'aspettativa formale dei discendenti *in potestate* del *de cuius*. Che poi il problema – vengo al secondo motivo – debba essere affrontato alla luce della secca alternativa binaria, senza possibilità di apprezzamento, circa una qualche efficacia intermedia, della *exhereditatio inter ceteros* è ricavabile dal passo in esame, eloquentemente forgiato in termini di esclusiva dualità:

Cic. *de orat.* 1.38.175: *neque heredem, neque exheredem scripsisset nominatim.*

A ben vedere, anzi, l'avverbio *nominatim*, in quanto posposto al predicato reggente la relativa subordinata, è a questo direttamente riferito, riverberandosi indirettamente, e in egual misura, – previa modulazione dell'azione verbale – sui predicativi *heredem* ed *exheredem* apposti al *quem* (*filium*) introduttivo.¹ Ciò conferma la natura tutta binaria della costruzione logica del discorso, al punto da potersi escludere che una terza possibilità – quella della *exhereditatio inter ceteros* – fosse davvero presente alla mente dell'autore, e dunque effettivamente ricorrente nella fattispecie.

Il punto può comunque essere evaso, osservando come, ai fini della soluzione giuridica del caso, tanto la preterizione assoluta che quella relativa (*exhereditatio inter ceteros*) portano al medesimo risultato di nullità, che avevo già raggiunto per altra strada,² sia pure sacrificando – senza eccessivo rimpianto – la possibilità di una concludente e affidante esattezza delle rubriche con le quali Valerio Massimo ha intitolato i capitoli dell'opera.³

¹ La anomala cacofonia dell'inciso induce all'indagine sui possibili motivi del confezionamento della sequenza locuzionale nei termini che si osservano nel passo: ci si aspetterebbe infatti *neque heredem neque exheredem nominatim scripsisset* che, oltre a suonare meglio, reca il predicato in coda, conformemente ad una tendenza propria della lingua latina. La sequenza invertita (*scripsisset nominatim*) potrebbe alternativamente essere dovuta o al rilievo che l'oratore voleva dare all'avverbio in relazione esclusiva al predicato (ponendoglielo in modo tale – quasi predicativo – da catturare meglio l'attenzione), o alla intenzione di prevenire l'associazione di *nominatim* ad *exheres*, pur sempre possibile ove i segni fossero stati vergati in contiguità (anche se, a rigore, si sarebbe dovuto in tal caso leggere, per una pur tenue preferibilità, *neque heredem neque nominatim exheredem*). In ogni caso l'avverbio è apposto al predicato e tange i segni complementari *heres* ed *exheres* in forma equivalente e mediata.

² Si vedano specialmente i numeri 5 e 6. L'episodio – per i motivi di cui, *infra*, nel testo – non può essere così risalente da aver prevenuto nel tempo la giurisprudenza che ha affermato la inefficacia diseredante della clausola cumulativa nei confronti degli eredi di sesso maschile (sempreché l'evoluzione sia consistita nella richiesta della nominatività della diseredazione dei maschi, prima possibile cumulativamente e non invece nell'alleggerimento dell'onere con l'introduzione della forma cumulativa per femmine e gradi ulteriori, prima oggetto della stessa garanzia formale conservatasi poi per i soli maschi).

³ Stando alla rubrica apposta, i testamenti citati nel capitolo settimo sarebbero in effetti *legitime facta*: ciò che non è, se il *suus* è *praeteritus* o *exhereditatus* senza menzione nominativa. Sulla scarsa affidabilità dei titoli delle rubriche già si è detto, *supra*, alla nota 7 di p. 95. Cicerone, d'altro canto, non dice se il testamento impugnato fosse affetto o meno da vizio formale.

Premessa la modesta rilevanza del momento discretivo, si può ciononostante provare una più accurata messa a fuoco della parte finale passo: il punto evidentemente si risolve nel cogliervi o meno il celato riferimento alla *exheredatio inter ceteros*. Ciò che ho escluso fondamentalmente per il fatto che non si è di fronte a tre possibilità paritetiche, tali che negandone due si afferma per forza la terza: le possibilità sono infatti due – *heredis institutio* ed *exheredatio* –, la seconda delle quali conosce al suo interno una specifica ulteriore bipartizione tra la forma nominativa e quella cumulativa, mentre la prima si manifesta sempre e necessariamente *nominatim*.

Non solo: la tesi che vuole la ritualità del testamento (*legitime factum*, secondo la rubrica di Valerio Massimo) per *exheredatio* implicita, *inter ceteros*, del figlio creduto morto colloca necessariamente l'episodio indietro nel tempo, fino almeno all'anno 90 a.C.,¹ se non anche prima: in età ciceroniana, senza dubbio, la diseredazione cumulativa non era idonea ad escludere dalla successione i *sui* di sesso maschile, come si ricava bene dal fatto che, in quell'età, si stava profilando l'idea della inofficiosità (e della successione materiale) che, per l'effetto di soddisfazione sostanziale che avrebbe comportato, dovette freddare l'evoluzione della successione formale, avviandola a desuetudine o residualità: il regime maturo della successione necessaria formale dovette dunque essersi formato prima che le medesime istanze da questa servite trovassero più idonea soddisfazione nella nascente materiale.² La collocazione dell'episodio in un tempo tanto lontano dal *de oratore* non è verosimile: non perché dal testo si ricavi una scienza semi-diretta dell'autore, quanto perché Cicerone non avrebbe potuto riferire di un caso antico incollandovi sopra la disciplina a lui contemporanea. Il caso gli era contemporaneo, o – almeno – si era verificato in costanza della medesima disciplina seguita al tempo dell'oratore. Disciplina che, quanto ai *sui heredes* di sesso maschile, prevedeva l'onere alternativo della istituzione (evidentemente nominativa) o della diseredazione, (parimenti) nominativa:³ *tertium non datur*. E infatti, nel passo, non vi sono terze possibilità, esplicite o implicite che siano. Se dunque non si può escludere che nel testamento in questione vi fosse una clausola *inter ceteros* (anzi, è verosimile che vi fosse), si deve però escludere che questa sia stata oggetto della minima considerazione da parte dell'Arpinate, che, osservatane immediatamente l'irrilevanza, l'ha omessa nella *causae coniectio*. Così facendo, egli ha correttamente preparato il fatto al successivo vaglio giuridico, compiuto mediante la ricerca preliminare in esso dei due soli elementi alternativi, che sono il presupposto della validità di un testamento quando vi siano *sui* di sesso maschile:

Cic. *de orat.* 1.38.175: *nempe in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne ...*

In quest'ottica, peraltro, sarebbe scorretto ricavare dalla chiusa del passo elementi della fattispecie concreta: si seguirebbe infatti una sorta di ragionamento contromano, giacché nella chiusa – eloquentemente introdotta da una cesura, la quale eleva il discorso sul meta-piano del *quid iuris* – ricorrono i termini delle fattispecie astrat-

¹ Termine *a quo* per RENIER, *Étude*, cit., p. 78 nt. 2.

² Già si è detto che Cicerone scriveva, sia pure incidentalmente, dell'inofficiosità nell'anno 70 e che nel 66 dava conto del rischio insito nella preterizione della madre (ormai si parla della tutela delle aspettative sostanziali dei *cognati*: la disciplina relativa alla successione formale dei *sui* doveva avere perso ogni stimolo alla ulteriore evoluzione, trasferendosi gradualmente le più forti istanze i costoro nel contesto della nascente *querela inofficiosi*); la citazione del caso del *miles* è invece dell'anno 55.

³ Ferma la strada dell'inofficiosità.

te, che l'interprete va misurando sulla concreta, per individuare infine lo spunto di un'analogia che lo porterà alla soluzione del caso: per il fatto o tesi, che sia, ci sono un padre premorto, un figlio maschio in vita, un testamento in favore di altri (e v'è pure un errore);¹ antitesi: perché il testamento sia valido, l'ordinamento richiede alternativamente l'istituzione del figlio o la sua diseredazione espressa; nessuno dei due ricorrendo, il testamento – sintesi – è nullo.²

Una riprova indiretta di alcune delle conclusioni sopra confermate, o comunque raggiunte, può essere ulteriormente ritratta dall'esame di due passi del Digesto, ove si legge di situazioni grossolanamente analoghe, ma difformi in taluni elementi che ho ritenuto essenziali e perciò – il nesso causale è il punto – risolte in modo processualmente diverso, ancorché affine nella sostanza del risultato perseguito:

D. 5.2.27.4 (Ulp. 6 *opinionum*): *de testamento matris, quae existimans perisse filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.*

Dove si pone il problema del testamento materno, nel quale non è istituito il figlio creduto morto, e si affaccia la soluzione della *querela inofficiosi*.

Lo stesso principio si ricava forse meglio da un secondo passo, parimenti relativo ad un testamento materno che non contempla il figlio creduto morto: in esso l'eccezione straordinaria che in esso si può rilevare conferma la regola, espressa nel frammento ulpiano appena riportato:

D. 5.2.28 (Paul. *sing. de sept. iud.*): *cum mater filium falso audisse decessisset 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.*

Il figlio³ *exheres* nel testamento materno è legittimato all'esperimento della *querela*, che si profila fondata (*de inofficioso queri*).⁴ Il *miles* di cui dicevano invece Valerio Massimo e Cicerone aveva promosso – secondo la ricostruzione che ho sostenuto – una *hereditatis petitio*.⁵

¹ Sull'errore più o meno efficiente dirò, *infra*, al numero 11.

² L'analisi formale del ragionamento, anche condotta nei termini cari alla critica di matrice hegeliana, dimostra l'irritualità del travaso in tesi di elementi antitetici. Conclusione analoga ricorrendo al sillogismo (che nella specie fallisce), visto che le premesse maggiore e minore risultano commiste, ove dalla seconda si traggano elementi costitutivi della prima, ancorché, *per differentiam*: la anomalia che, rilevata, induce l'interprete alla non applicazione del modello astratto di ritualità testamentaria deve essere – a pena di illogicità – manifesta e non implicita nel modo di porre in relazione le fattispecie concreta e astratta (implicito e obliterato non può che essere l'irrilevante: per l'appunto – se ricorrente – è omesso il richiamo della diseredazione cumulativa).

³ Anche qui non sembra rilevare il fatto che quel figlio fosse *miles*: tale circostanza si esaurisce nella facilitazione empirica della formazione del presupposto efficiente (falsa notizia delle morte). Sul punto già ho detto, *supra*, alla nota 4 di p. 97, con critica della diversa opinione.

⁴ Sul secondo dei due casi si veda F. EISELE, *Zur Querela inofficiosi*, «ZSS», xv, 1894, pp. 256-306, 275; G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 419 nt. 1, 466; C. SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, «AUPA», xvii, 1937, pp. 180 sg.; P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, p. 35, che pure lo ritiene corrotto, ancorché più affidante dello scolio apposto da Stefano a Bas. 39.1.24.

⁵ LA PIRA, *La successione*, cit., p. 466 nt. 1, ha fondatamente ricondotto il passo (pur manipolato: *op. cit.*, p. 535) alla *querela inofficiosi*, esclusa la possibilità nella specie di una *hereditatis petitio*: «nessun diritto di successione, né civile né pretorio, aveva ... il figlio nei confronti della madre: egli non aveva che il solo diritto di esperire la *querella*».

La incongruenza è però solo apparente, giacché nell'un caso si trattava di eredità paterna, nell'altro materna. Come è noto, la successione necessaria formale pone l'onere alternativo della istituzione o della diseredazione soltanto in capo a coloro che, morendo, lasciano *sui heredes*: ciò vale per gli uomini (le donne, infatti, non possono avere alcuno *in potestate*, e dunque non hanno *sui*). Lo stretto vincolo di sangue che lega madre e figlio, già promosso a rilevanza dal pretore, che prevede la classe *unde cognati* nella successione legittima onoraria, conobbe infine uno speciale rilievo in età classica, con i senatoconsulti Orfiziano, del 178 d.C., e Tertulliano, di età adrianea (rispettivamente per la successione del figlio alla madre e viceversa).¹

Entrambi i casi in confronto (figlio pretermesso nel testamento paterno da un lato, materno dall'altro) potrebbero essere effettivamente risolti ricorrendo alla *querela*: il testamento inofficioso sarebbe rimasto privo d'effetto e si sarebbe aperta la successione *ex lege*. Automaticamente, nel primo caso (rispetto al padre si è *heredes necessarii*), mediante *adgnitio bonorum*, nel secondo: in quanto *cognatus* della madre, il figlio deve richiedere la *possessio* dei beni di lei (ciò che, peraltro, egli avrà fatto ancor prima dell'esperimento della *querela*, richiedendo una *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, ovviamente *sine re*). La differenza importante tra le due fattispecie rappresentate – ai fini che qui rilevano – è data dal fatto che il rimedio della *querela*, nel caso dell'eredità paterna concorre formalmente con quello della *hereditatis petitio* data al figlio pretermesso in violazione del principio per cui *sui heredes vel instituendi vel exheredandi sunt*. Il concorso è però solo apparente, per via della residualità della *querela inofficiosi*, improcedibile ove sia disponibile altro rimedio, come insegna un passo già esaminato,² che giova riportare di nuovo:

D. 5.2.23 pr. (Paul. *sing. de inoff. test.*): *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.*

La lettura del passo di Cicerone è dunque confermata dal confronto con i frammenti ulpiano e paolino tratti dal Digesto: illustrata la diversità delle fattispecie, si spiega la conseguente diversità delle soluzioni processuali adottate,³ pur in vista del perseguimento di un interesse sostanzialmente simile.⁴

11. TEMPESTIVITÀ DELL'INIZIATIVA ED USUCAPIO PRO HEREDE

Alla completezza dell'esegesi del passo può giovare un'ultima, problematica, considerazione. Valerio Massimo dice che:

Val. Max. 7.7.1: *peractis deinde stipendiis adulescens domum petit.*

¹ Sul punto della successione del figlio alla madre, e viceversa, si veda MARRONE, *Querela*, cit., p. 82 (con riferimento ai profili, che qui rilevano, della sorte dell'*hereditas* in funzione della qualità o meno di successibile *ex lege* del querelante vittorioso).

² Si veda, *supra*, al numero 3.

³ Nello stesso senso, LA PIRA, *La successione*, cit., p. 466 e nt. 1; SANFILIPPO, *Studi*, cit., pp. 180 sg.; adesivo anche U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, p. 149 nt. 131.

⁴ In realtà la *querela* soffre il limite sostanziale della non percezione del *dos*, che non è dato invece al *praeteritus* nel testamento paterno. Ciò che, processualmente, si risolve nella possibilità, di cui ho detto al numero 6, di tacitare il querelante mediante il rilascio in suo favore della *portio debita*, limitando la riuscita della sua iniziativa al quarto dell'intero.

Il giovane torna dunque a Roma dopo aver compiuto il servizio militare.¹ Non sembra possibile ricavare dalla fonte un qualche rapporto significativo, tra la morte del padre e il congedo del figlio: non risulta cioè che il ritorno di quest'ultimo sia stato in qualche modo occasionato dalla morte del padre o che comunque – anche in via di mera coincidenza – quello sia avvenuto in un tempo a questa vicino. Al contrario, la fonte parla di servizio compiuto.²

Il che è problematico, giacché espone il buon diritto del giovane (e con esso il fondamento dell'iniziativa processuale, che però si sa essere stata accolta), alla ablazione che consegue di fatto all'effetto acquisitivo proprio della usucapione, se ammissibile:³ gli *heredes scripti* infatti possiedono i beni ereditari; dunque la situazione da costoro vantata, se anche inizialmente inidonea a rilevare da subito dominicalmente, è passibile della sanatoria progressiva che in diritto romano consegue, ricorrendone gli altri presupposti istituzionali, al pacificamente protratto possesso del bene o dei beni,⁴ ovvero all'acquisto della proprietà quiritaria. Ho già notato la piena sussistenza degli elementi richiesti, i quali addirittura qui sovrabbondano, fino ad integrare

¹ Nessun dubbio sul significato metonimico di *stipendia*, nel senso del servizio di cui essi sono, a rigore, una conseguenza corrispettiva (nei limiti compatibili con la natura pubblicistica del rapporto). Nel senso detto si vedano le attestazioni riportate in CALONGHI, *Dizionario*, cit., s. v. *Stipendium*, II, b (meton.), p. 2597 (Cicerone, Livio, Plinio, Sallustio). La sicurezza del significato è così forte, da portare ad applicazioni traslate, nelle quali il rapporto di causa ed effetto (lo sviamento logico tra i quali è caratteristico della metonimia), è – a dir poco – disinvoltamente obliterato, fino alla inesistenza, come avviene, per esempio, in Giuniano Giustino (autore del III secolo d.C., noto – si fa per dire – per un compendio di Pompeo Trogo), 2.4.8, dove le famose fatiche di Eracle son dette *duodecim stipendia*: non ricorre nel caso dell'eroe alcun profilo corrispettivo effettuale (il re Euristeo nulla gli doveva; l'immortalità – previa apoteosi – gli derivò in via premiale da Atena: *ex plurimis*, P. GRIMAL, *Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine*, Paris, 1988^o, tr. it., Milano, 2005, s. v. *Eracle*, pp. 216-243, 221, 243), su cui costruire la metonimia, la quale però si giustifica per forza propria, in ragione degli *aliunde* progressi suoi esperimenti.

² Nullo è parimenti l'apporto di Cic. *de orat.* 1.38.175, il quale semplicemente dice *cum miles domum revenisset*. La locuzione *stipendiis peractis* potrebbe però essere parte del disegno sovrastrutturale di Valerio Massimo, il quale comincia subito a costruire il contesto moralizzante, delineando nel più tradizionale dei modi la virtù del giovane, che immediatamente dopo egli contrappone alle mollezze degli *heredes scripti*.

³ L'*usucapio pro herede* arcaica risponde all'esigenza ordinamentale di garantire la continuazione in capo al successore della posizione del *de cuius*. Per tale motivo l'istituto, costruito allo scopo tanto di sollecitare l'adizione dei chiamati volontari, quanto di consentire in ultima analisi a soggetti estranei di succedere all'ereditando perché costui fosse in qualche modo 'continuato', prescinde dal riscontro della buona fede del possessore. Per tale motivo l'istituto non è dato se vi sono *heredes necessarii*: in tal caso non occorre sollecitare l'adizione che matura *ex lege*, né supplire a un difetto di successione dell'ereditando, il quale è, da subito, validamente 'continuato' dal proprio *necessarius*. Opportunamente Gai 2.58 insegna che *necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest* (sul punto specialmente FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., pp. 10 sgg.). Ove tuttavia il caso del *miles* si collochi in un tempo in cui, lungi dall'essersi compiuta l'evoluzione dell'istituto verso i termini che saranno in età adrianea, l'istituto già ha perso l'originaria funzione per avvicinarsi a quella dell'usucapione in genere, ecco che l'esistenza (conosciuta o meno) di un titolare quiritario di quanto posseduto, da elemento escludente la possibilità dell'usucapione, ne diventa paradossalmente il presupposto necessario (giacché la *res nullius* non è passibile di usucapione, ma di occupazione).

⁴ La fonte riferisce del possesso avversario sulla sola *domus* (*adulescens domum petit: errore patris, impudentia alienorum clausam repperit*). Il discorso vale allo stesso modo anche ritenendo ad essa circoscritta la pretesa del *miles*. Certo è che, tornando a Roma, è alla casa paterna che il giovane si reca ed è lì che scopre quanto accaduto, riscontrando anche l'altrui possesso. Il riferimento alla sola casa potrebbe con ciò giustificarsi anche ove sia conteso l'intero asse; ciò che in effetti potrebbe sembrare con maggiore verosimiglianza, visto che poi Valerio Massimo parla di *paterna bona* quale 'oggetto' del qui intransitivo *contendit*.

la fattispecie acquisitiva, anche se, per assurdo o per dimostrazione catafratta, la si volesse contestualizzare nel più rigidamente esigente ambito del diritto classico e della usucapione di buona fede.¹ La considerazione del fattore temporale e della conseguente usucapione *in fieri*, aggrava l'intelligenza della vicenda, narrata in termini che si profilano adesso antinomici: da un lato, la lunga durata del servizio (che è prestato – sembrerebbe – per intero), dall'altro la brevità del tempo necessario all'acquisto della proprietà (che non risulta maturato).² La concretezza del contrasto è confermata da un passaggio di Plinio, sempre riferito alla successione della madre di Asudio Curiano:

Plin. *ep.* 5.1.10: *scis te non subscripsisse mecum et iam biennium transisse omniaque me usu cepisse.*

dove l'autore tronca il discorso sulla possibilità di essere chiamato in prima persona a difendere il testamento nel quale egli era stato, con altri, istituito erede, allegando appunto l'intervenuta usucapione dei beni che aveva nel frattempo posseduto.³

¹ Ricorrono infatti nella specie, oltre al fatto primo della *possessio – illo tempore* necessaria e sufficiente –, i requisiti caratteristici della più rigida usucapione di diritto classico, quali buona fede e titolo astrattamente idoneo all'acquisto della proprietà: ciò che esime dal soffermarsi più di tanto sulle particolarità della preclassica *usucapio pro herede*, cui deve comunque farsi esclusivo riferimento, data l'epoca di verifica dell'episodio, e della loro giustificazione, per le quali può farsi validamente rinvio alla abbondante letteratura in materia, fra cui, soprattutto, VACCA, *s. v. Usucapione*, cit. 669 sgg. (nonché 1020: nota bibliografica); FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., pp. 6 sgg.

² Il tempo di usucapione è perfino inferiore alla decadenza quinquennale, prevista in età classica per la *querela* (cfr. D. 5.2.8.17; D. 5.2.9; D. 5.2.23.2; sul punto É. JOBBÉ-DUVAL, *Explication de la loi 16 au code de inofficioso testamento*, 3.28, in *Mélanges Gerardin*, Paris, 1907, pp. 355-397, 392 sg. – il quale ritiene l'origine giurisprudenziale del termine, per mutazione da una misura di Nerva in tema di stato del defunto, di cui si legge in D. 40.15.4 –; M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, pp. 130 sg.; MARRONE, *Sulla natura*, cit., pp. 106 sgg.; IDEM, *Querela*, cit., p. 97). Un casualmente tempestivo ritorno del giovane non sarebbe poi così incredibile, in relazione ad un più ragionevole termine quinquennale: il problema è però dato dalla fattispecie acquisitiva, che matura senza relazione alcuna con la situazione del precedente proprietario, inibendo ogni rilievo di eventuali giuste cause di sospensione, possibili invece per la decadenza; prescindendo dalla possibilità della *in integrum restitutio* che si ricava da D. 4.1.8 (Macro 2 *de appellationibus*) e D. 4.1.6 (Ulp. 13 *ad ed.*), perché nella duplice fonte non vi è traccia che induca a ritenere attinto quel rimedio pretorio.

³ Plinio parla di un possesso biennale. L'*usucapio pro herede* si compie però in un anno, qualunque sia la natura del bene posseduto, come insegna Gai 2.54: *tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit*. Non sembra peraltro che le innovazioni cui il giurista fa riferimento nei paragrafi immediatamente seguenti abbiano toccato l'aspetto della misura del termine (che non costituiva ragione di iniquità): innovazioni comunque ascritte all'imperatore Adriano, nato negli anni in cui Plinio moriva. La cura, anche formale, del discorso a Curiano, che Plinio riporta nella lettera a Severo, deve fugare la tentazione di una svista dell'autore, che peraltro era esperto della materia (*in harena mea, hoc est apud centumviro*: Plin. *ep.* 6.12.2), di cui si occupava abitualmente in veste di avvocato. Forse, proprio perché avvocato, Plinio ha preferito tuzioristicamente riferire del biennio decorso affinché Curiano si sentisse comunque con le spalle al muro e non potesse nemmeno un istante dubitare del fatto che il suo interlocutore era ormai fuori da ogni pericolo (soluzione sostanzialistica – «si elle s'accomplissait au but d'un an, à plus forte raison au but de deux» – anche per JOBBÉ-DUVAL, *Explication*, cit., p. 392 nt. 3). In alternativa, si può ritenere che il passaggio tra l'antica forma di usucapione e la nuova di età adrianea sia stato graduale e abbia conosciuto una tappa intermedia nella soluzione del nesso che legava i beni ereditari in modo che il possesso dell'uno portasse alla usucapione anche degli altri. Tappa che, in FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., pp. 132 sgg. (con letteratura, ivi, ntt. 1 ss.), è posta in età sicuramente precedente tanto all'episodio di Plinio che a quello di Valerio Massimo. Il dissolvimento del nesso che riconduceva ogni cosa all'*hereditas*, ritraendo da essa – *incorporalis* – il tempo annuale d'usucapione valido per tutte, dovette riportare al regime ordinario, con individuazione del tempo specificamente necessario all'acquisto di ciascun bene posseduto (oggetto di «considerazione atomistica», per FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 186), in ragione dell'eventuale suo *solo teneri*

Il giovane deve essere tornato a casa prima dell'anno dalla morte del padre: deve essergli giunta al campo la notizia (questa volta vera) del decesso del genitore e deve essere stato congedato, definitivamente o meno, in vista degli affari cui doveva provvedere a Roma, considerato anche che dalla fonte non risulta che egli avesse madre vivente, fratelli od altri parenti.

Il *peractis stipendis* è una bella aggiunta di Valerio Massimo. E non è l'unica:

Val. Max. 7.7.1: *florem iuventae pro re publica absumperat, maximos labores ac plurima pericula toleraverat, adverso corpore exceptas ostendebat cicatrices, et postulabant ut avitos eius lares otiosa ipsi urbi onera possiderent.*

L'autore costruisce un contrasto stridente tra la pienissima virtù del giovane e la passiva mollezza degli avversari. Nel far ciò, egli si abbandona ad una serie di luoghi comuni, richiamando, in suggestivo crescendo, le fatiche e i pericoli – superlativi entrambi – affrontati dal giovane e soprattutto le ferite riportate nel corso del lungo e valoroso servizio, prestato per intero, come massimamente si confà a un valoroso cittadino.¹

12. IL RUOLO DELL'ERRORE

Fino a questo momento ho fatto applicazione della disciplina generale della tutela delle aspettative ereditarie del figlio *praeteritus* senza punto soffermarsi, se non per darne fattualmente il conto che l'esegesi della fonte ha richiesto, sulla prima patologia della fattispecie, ovvero sul fatto che il *pater* ha disposto in favore degli *heredes scripti*, in quanto tratto in errore dalla falsa notizia della morte del figlio. Ciò che emerge una prima volta nelle premesse:

(posizione implicitamente – si ritiene – assunta in AMELOTI, *La prescrizione*, cit., p. 130, ove giustamente si esclude riferirsi il termine alla intervenuta decadenza processuale dell'*exheres*, sulla scia della letteratura ivi – nt. 75 – citata, fra cui si veda comunque, oltre al sopra richiamato JOBBÉ-DUVAL, *Explication*, cit., p. 392; H. KRÜGER, *Querela inofficiosi testamenti*, «ZSS», LVII, 1937, pp. 94-111, 109). Gai 2.54 riferisce però del superamento dell'effetto lato della usucapione dell'intera *hereditas*, precisando che, ciononostante, *in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit* (il perfetto si inserisce puntuativamente in chiusura del tempo continuato nel quale *ipsae hereditate usucapi credebantur* – imperfetto –, significando permanenza dell'azione, pur cessatane la ragione che ne era il dichiarato presupposto: *quamvis creditum sit ... non posse*). Il caso di Curiano differisce, irrilevantemente però, da quella del *miles* di Valerio Massimo, perché, nel primo, il testamento è pienamente valido, seppur passibile di impugnazione in forma di *querela*, mentre, nell'altro, il titolo opponibile al giovane è radicalmente nullo. Ma, come è noto, la usucapione è una fattispecie acquisitiva a titolo originario, la quale prescinde dalla posizione del precedente titolare (sol che sia inerte in punto di possesso) e dall'opponibilità a costui del titolo che eventualmente occasiona il rapporto (ancora una volta si è trapiantato il discorso nell'ambito più rigido della usucapione *non lucrativa*: il ragionamento risulta più facile e sicuro, riportato nell'ambito dell'antica figura che, come più volte detto, prescinde dagli elementi ultronei alla *possessio*).

¹ Per nulla decisiva, ma senza dubbio curiosa, la qualificazione scelta da Valerio Massimo per gli *heredes scripti*, che egli dice *improbissimi*. Come si ricorderà, *improba* e *lucrativa* è per Gaio (2.57) l'*usucapio pro herede* preclassica, nella quale l'acquisto della proprietà maturava anche in mala fede del possessore. La ricorrenza – si diceva – non può deporre nel senso (della traccia) della considerazione del problema della usucapione nella soluzione del caso di specie, considerato anche che Cicerone (2 *in Verr.*, 1.42.107) utilizza l'aggettivo *improbum* con riferimento ad un testamento: al massimo si può individuare nel segno un significato del biasimo espresso per la difformità da un parametro di probità propria dell'esito che pur si raggiunge validamente, mediante gli istituti che ne sono oggetto. La suggestione della coincidenza deve ulteriormente stemperarsi, avuto riguardo alla frequenza del segno nella letteratura latina ed alla varietà dei significati ad esso riconducibili (se ne vedano luoghi in A. LESKY (curavit), *Thesaurus linguae latinae*, VII.1, Lipsiae, 1934, pp. 689 sgg.).

Val. Max. 7.7.1: ...*cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset*

per tornare subito dopo, nelle conclusioni del fatto presupposto:

Val. Max. 7.7.1: ...*errore patris, impudentia alienorum sibi clausam repperit*

la circostanza dell'errore è, inoltre, esplicitata anche nella versione di Cicerone, che, in due righe, ne fa un duplice richiamo, in allegazione dell'oggettivo suo concorso la prima volta, in relazione efficiente al processo di formazione della volontà negoziale la seconda:¹

Cic. *de orat.* 1.38.175: ...*de cuius morte cum domum falsus ab exercito nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset...*

Si tratta evidentemente di un errore motivante la volontà, il quale vizia il procedimento causale di formazione della determinazione del soggetto, ma non esclude la riferibilità giuridica a costui del negozio conseguito.²

Per risolvere il dubbio posto circa il ruolo svolto dal ricorrere dell'errore nel raggiungimento della soluzione di superamento del testamento e di apertura della successione legittima, occorre valutare se gli esiti attestati in definizione dei casi esaminati – vengono a rilevanza comparativa anche D. 5.2.27.4 e D. 5.2.28 – siano da imputare a una specialità titolata appunto nell'errore, ovvero siano il frutto dell'applicazione del diritto comune, come ho finora ritenuto per l'empirica prova che sulla fattispecie ho eseguito, misurandovi sopra i principi ordinari della successione e della tutela delle aspettative ereditarie dei prossimi congiunti.³

Per quanto il diritto romano (classico) fosse indubbiamente propenso al riconoscimento di un maggiore rilievo del ruolo dell'errore negli atti di ultima volontà che non in quelli *inter vivos*,⁴ tuttavia il principio della autosufficienza del negozio testamentario, nel quale la disposizione viziata non è necessariamente correlata in modo esplicito al vizio presupposto (solitamente taciuto), impedisce l'estensione della indagine dell'interprete agli elementi che sono rimasti fuori del testamento⁵ e il cui ruolo efficiente è meramente presunto, ancorché con grado altissimo e affidante di approssimazione al vero. In altre parole, la giurisprudenza classica non ha

¹ Ricorre altresì nei casi riferiti in D. 5.2.27.4 e 5.2.28, sui quali, *supra*, al numero 9, nonché – circa il profilo dell'errore – nel prosieguo di questo numero.

² Sull'errore, fondamentalmente, VOCI, *L'errore cit.*, 32 sgg., 35 sgg. (su D. 5.2.27.4 e D. 5.2.28); ZILLETTI, *La dottrina*, cit., pp. 141 sgg., 148 (su D. 5.2.28), p. 149 nt. 132 (su D. 5.2.27.4 e con riferimento incidentale al caso di Valerio Massimo e di Cicerone); P. VOCI, *s. v. Errore (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 15, 1966, pp. 229-235, 229, 232 sg.

³ In particolare ho respinto l'ipotesi dell'applicazione di un diritto speciale conseguente la qualifica di *miles propria* del protagonista dei quattro passi considerati: *supra*, al numero 9, nota 4 di p. 97.

⁴ La logica del discrimine deve essere individuata nel ruolo della forma che, *inter vivos*, assume, oltre alla funzione di veicolo della volontà negoziale, anche quella oggettivamente fissativa di una sostanza idoneamente affidante. Ove dunque l'affidamento non abbia il ruolo determinante proprio dei negozi *inter vivos*, viene meno la ragione della non considerazione della volontà che in quella sostanza si è trasfusa, magari impropriamente. L'interprete potrà, entro però i limiti materiali del tenore negoziale, ricercare la *mens* del testatore e darvi seguito: sul punto ZILLETTI, *La dottrina*, cit., p. 144.

⁵ Per VOCI, *s. v. Errore cit.*, 233, «un punto fondamentale è ... quello della certezza della motivazione; raggiunta questa certezza, è un riguardo alla volontà del testatore che induce a ritenere invalida la disposizione viziata» (il riferimento è all'invalidità onoraria).

contrapposto *verba* e *voluntas*, riconoscendo ai primi il ruolo di guida ermeneutica, giusta l'affidamento che su di essi ha fatto la controparte negoziale: trattandosi di atti unilaterali quel difficile problema neppure si è posto. L'analisi formale del tenore negoziale è servita infatti – in ciò concorrendo con gli altri strumenti interpretativi – alla individuazione della *mens* del testatore, cui soltanto doveva aversi riguardo, fermo il limite, però, della volontà realmente manifestata, e non di quella che è rimasta a monte del negozio.¹

Ciò premesso, vengo alla valutazione del rilievo del ruolo che l'errore ha avuto nella soluzione dei casi in esame. Nell'episodio di Valerio Massimo, e di Cicerone, il padre ha disposto in favore di altri sul presupposto errato (taciuto però nel testamento) che il figlio gli fosse premorto. Nei casi di Ulpiano e Paolo, l'errore è stato invece della madre, la quale ha fatto testamento trascurando il figlio che credeva defunto. Non è possibile disconoscere la positiva esistenza della volontà del testatore in ordine alla istituzione degli *heredes scripti*; l'errore in questione ha infatti natura motivante e vizia il procedimento di formazione della volontà, senza formalmente attingere il negozio che ne deriva. Fondatamente, la *communis opinio* distingue questo tipo di errore da quello detto escludente la volontà, riconducendo al secondo soltanto la conseguenza della nullità civilistica. Nei negozi *mortis causa* – come ho detto – la tendenza classica era nel senso di ricercare quanto più possibile la *mens* del testatore, sanzionando le disposizioni che fossero da questa difformi con la sola invalidità o annullabilità, non avente rilevanza strettamente civilistica.²

Nel caso del *miles* erroneamente creduto morto dalla madre e perciò trascurato nel testamento di costei,³ tale limite emergerebbe dal fatto che l'aspettativa alla successione è infine fatta salva per mezzo della *querela* e che, non ricorrendo dunque la nullità negoziale, il testamento era da intendersi valido, ovvero non viziato per l'errore che aveva indubbiamente determinato la formazione della volontà negoziale.⁴ In riprova è sufficiente osservare come, in mancanza dell'iniziativa e della conseguente rescissione, il testamento avrebbe ben potuto legittimamente titolare la successione degli *heredes scripti*: perché ciò fosse impedito, il giudice avrebbe dovuto – superato il disposto formale – ricostruire la volontà della donna, nel senso che questa, se avesse saputo che il figlio ancora viveva, lo avrebbe senz'altro istituito. Siccome però è inverosimile che il testamento in questione recasse espressamente la motivazione

¹ In tal senso ZILLETTI, *La dottrina*, cit., pp. 144 sgg., il quale si pone poi – 146 – il problema se «la tendenza propria del diritto classico a tenere come preminente il criterio direttivo della *voluntas* non si sia trasferita dal terreno interpretativo al terreno sostanziale, nel senso che si sia pervenuti ... a invalidare la disposizione ed a rendere effettuale addirittura la volontà meramente ipotetica». Problema che è risolto negativamente, considerato che al vizio non segue la nullità della disposizione affetta (pienamente efficace, salva la rescissione per *querela*, come sarebbe nell'episodio in esame, nonché in quelli di D. 5.2.27.4 e D. 5.2.28) e che, nei casi in cui giunge a effettività la volontà presuntivamente reale del testatore – che rigorosamente l'Autore dice irreali –, si è in presenza di rimedi eccezionali, improntati a disciplina speciale (*testamentum militis*), ovvero a equità (caso di D. 28.5.41-42).

² Si vedano ancora VOCI, *L'errore*, cit., pp. 32 sgg. (con esegesi di D. 28.5.41 (40) e C. 6.24.3, recanti il caso di una *heredis institutio* confezionata sul presupposto esplicito ed errato dello *status libertatis* del chiamato); ZILLETTI, *La dottrina*, cit., pp. 144 sgg. (esame – lettere a) sgg. – dello stesso caso, dei casi di erronea preterizione, di sostituzione d'erede frutto d'errore, di diseredazione dovuta a errore, di istituzione del *filius subditicius*), specialmente 148; VOCI, s. v. *Errore*, cit., pp. 232 sg., sub lettera b), limpidamente sintetico.

³ È il caso di D. 5.2.28, riportato *supra*, al numero 9 (con letteratura alla nota 4 di p. 102).

⁴ Così ZILLETTI, *La dottrina*, cit., pp. 148 sg.; nello stesso senso, VOCI, s. v. *Errore*, cit., p. 233: «l'invalidità non è mai di natura civile (a meno che non si tratti del testamento militare)».

errata della istituzione degli *heredes scripti*, l'annullamento sarebbe conseguito alla reviviscenza negoziale di una volontà irreali, o comunque ricostruita trascendendo il tenore negoziale. Ciò che – lo si è visto – non era dato.

La tenuta del ragionamento esposto, per il quale la *querela* sarebbe stata infine accolta per via del vizio della volontà sotteso nella istituzione d'altri, è pregiudicata da una non corretta prospettiva di partenza: muovendo infatti dalla individuazione dell'errore come elemento efficiente della soluzione perseguita, sfugge la eventualità della non efficienza invece dell'errore stesso in punto di raggiungimento della soluzione di rescissione. Ho scritto in apertura di questo numero, che il risultato processuale osservato tanto nell'episodio di cui in Valerio Massimo e Cicerone, quanto in quello riferito da Ulpiano in D. 5.2.27.4 (lo stesso vale per il caso paolino di D. 5.2.28) è frutto di applicazione della disciplina generale del diritto ereditario – civile nel primo, onorario nel secondo¹ – e non invece della disciplina specialmente prevista per il negozio viziato da errore, o comunque affetto da una patologia in qualche modo giuridicamente rilevante in forma di invalidità, anche soltanto relativa.

La conclusione dell'approccio qui sostenuto – quello per cui, nella specie, si fa applicazione della disciplina circa la aspettativa dei prossimi congiunti in genere, senza riferimento agli assorbiti profili soggettivi – è passibile di una facile verifica, all'esito della quale esso risulterà economicamente preferibile per la dimostrata irrilevanza dell'errore e per la conseguente sua speciale improduttività.

Voglio dunque considerare la possibilità di un padre, o di una madre, i quali scientemente ignorino nel testamento il proprio figlio, che essi sanno ben essere in vita e di cui intendano ciononostante trascurare ogni aspettativa di successione nel loro patrimonio. Se ciò sia possibile, se lo chiedeva già Cicerone, con parole ormai fin troppo note:

Cic. *de orat.*, 1.38.175: ...*possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.*

tale infatti il quesito che l'oratore aveva estratto dalla fattispecie che andava mettendo a fuoco, previo sfrondamento degli elementi irrilevanti² e concentrazione invece su quelli fondativi della soluzione. Posto dunque il quesito, Cicerone si rispondeva di no; anzi non si rispondeva proprio: non era necessario. Mentre infatti formulava l'interrogativa indiretta, egli già aveva ordito la trama retorica dalla quale si doveva ricavare la soluzione negativa,³ peraltro di facile evidenza, sol che la fattispecie concreta fosse accuratamente mondata delle accidentalità e perciò tratta irresistibilmente al prototipo astratto di riferimento che, *in subiecta materia*,

¹ Parzialmente onorario: la *querela* doveva inserirsi nel contesto della successione pretoria, preparata con una *bonorum possessio sine re* appositamente richiesta contestualmente, se non preventivamente, al *sacramentum* introduttivo del giudizio di merito.

² Si trattava – è vero – di un soldato ritenuto morto e del padre che testò di conseguenza: nulla però è detto della qualifica di *miles*, né dell'errore motivante: se ne ricava l'applicabilità anche al caso appena proposto del genitore che scientemente trascura il figlio.

³ Sul passo, *supra*, al numero 9. La contestualizzazione che se ne fa adesso nell'ambito della irrilevanza dell'errore corrobora procedimento ed esito dell'esegesi compiuta, nella parte in cui conferma la natura accidentale anche della circostanza dell'errore (sopra si era ritenuta analoga natura per la circostanza dell'essere il figlio *miles*), in quanto riferito, quale elemento di mero fatto, nella *causae coniectio*, ma assente nella fattispecie astratta di riferimento, ove constano le due sole possibilità di testamento rituale in favore d'altri che il figlio, ovvero – alternativamente – della di lui *institutio* o *exhereditatio*.

se già non lo era all'epoca, sarebbe poi stato di assiomatica evidenza, sublimato incisivamente nelle parole:¹

Tit. Ulp. 22.14: *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi.*

È decisivo il rilievo per cui, nella parte di testo ciceroniano poco sopra riportata (*possetne ... nominatim*), l'oratore non menziona affatto l'errore del padre, di cui aveva invece detto subito prima, due volte: ciò perché, nella soluzione profilata, tale elemento non ha avuto ruolo determinante, essendo il testamento nullo per difetto del requisito alternativo della *institutio* o della *exheredatio* del *suus heres*. Parimenti, dell'errore – come è ovvio – non v'è traccia nell'adagio ulpiano citato or ora, con funzione di principio giuridicoolutivo della fattispecie.

In ulteriore riprova, si può immaginare un fatto storico avente caratteristiche diverse e verificare su di esso la riuscita tanto dell'estratto ciceroniano (*nempe ... nominatim*), quanto della soluzione dell'Arpinate. Se la tenuta del discorso ciononostante si conserva, vuol dire che l'elemento sottratto nel costruire il fatto fittizio diverso non era costitutivo della fattispecie; se invece, così facendo, la tenuta del discorso risulta pregiudicata, l'elemento eliminato aveva funzione portante la soluzione. Pertanto proverò a innestare il ragionamento di Cicerone e la soluzione per esso raggiunta sulla seguente *causae coniectio*, artatamente ritoccata rispetto al caso riferito nel *De oratore*:

cum pater testamentum fecisset et, quem ei visum esset, instituisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviro, cum egisset lege in hereditatem paternam testamento exheres filius.

La *causa* del *filius exheres* non sarebbe stata in questo caso *magna* come quella dello sfortunato soldato; forse essa neppure sarebbe stata ricordata nell'opera dell'oratore, priva del valore pregnante che, nell'altra, emerge invece prepotentemente. Per quanto mediocre, quella *causa* sarebbe però stata definita nello stesso modo dell'altra: il giudice si sarebbe chiesto della possibilità di un figlio che fosse, *iure*, né *heres*, né *exheres* nel testamento paterno; avuto riguardo all'insegnamento fin troppo istituzionale che i suoi posteri omologhi avrebbero potuto trarre dai *Tituli* ulpiani, egli si sarebbe infine determinato nel senso della nullità del negozio e della apertura della successione legittima, ovvero avrebbe emesso una sentenza in tutto analoga con quella definitiva della *magna causa* del soldato.

Anche nel caso del testamento materno, la circostanza dell'errore appare irrilevante, quanto alla soluzione che si profila. Più che D. 5.2.28 (in cui il principio si ricava *a contrario* dall'esame di un intervento eccezionale), giova alla dimostrazione l'ultima parte del precedente frammento ulpiano:

D. 5.2.27.4 (Ulp. 6 *opinionum*): *de testamento matris, quae existimans perisse filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.*

il quale funziona benissimo anche senza il riferimento all'errore, come si vede chiaramente manipolando in tal senso il passo e dando per nota la (costitutiva) esistenza di un figlio, di cui un giurista avrebbe potuto ermeticamente dire in fine, con l'aggiunta che, qui di seguito, è in parentesi:

¹ Sul principio si veda, *supra*, alla nota 2 di p. 82.

de testamento matris, quae alium heredem instituit, de inofficioso queri (filius) potest.

L'equilibrio logico dell'enunciato che ho ricavato è elemento necessario, ma non sufficiente alla dimostrazione della corrispondenza al vero del principio che ho voluto esprimere. E quand'anche comprovata teoricamente, quella corrispondenza ben potrebbe non essere mai storicamente esistita.

Questo che si è delineato, però, è un caso fortunatamente diverso: nelle fonti si può infatti trovare la prova non della correttezza formale della manipolazione del frammento (che è dimostrabile per via endogena), ma della verosimiglianza storica del risultato dell'intervento arbitrario, nel senso che il significato reso con la locuzione che ne è stata il frutto, ha un preciso addentellato testuale che ne conforta il portato. A ben vedere, la locuzione ottenuta è precisamente la massima del caso di Asudio Curiano, riferito in una lettera di Plinio:¹ un figlio, che non è stato istituito nel testamento materno,² dove altri sono i chiamati, ricorre ai centumviri. Così la fonte:

Plin. ep. 5.1.1: *Pomponia Galla exheredato filio Asudio Curiano heredem reliquerat me, dederat coheredes...*

Plin. ep. 5.1.6: *...ille cum ceteris subscripsit centumvirale iudicium, non subscripsit mecum.*

La coincidenza è perfetta, salvo il particolare che, forse, nel caso di Ulpiano, il *miles* si sarebbe giovato della rescissione del testamento succedendo *ex lege* alla madre e divenendo subito *dominus* dei beni ereditari, se l'episodio si colloca – come è probabile – in età successiva al senatoconsulto Orfiziano, mentre Curiano sarebbe divenuto *bonorum possessor* dell'asse di lei, secondo le regole della successione onoraria *sine tabulis*, che lo contemplava tra i successibili:³ entrambi avrebbero dovuto comunque preparare il terreno processuale con una *adgnitio bonorum sine re*.⁴

I due – questo solo rileva – avevano comunque legittimazione formale all'esperimento della *querela*, come si ricava, rispettivamente dal *de inofficioso queri potest* di Ulpiano e dal *subscripsit centumvirale iudicium* di Plinio. Altra e minore questione è se l'iniziativa avviata fosse destinata o meno al successo, in ragione di variabili accidentali, le quali sembrano – nelle due fattispecie adesso accostate – portare a esiti opposti: mentre infatti la madre di Curiano aveva, stando a Plinio, *iustas casus irascendi*, quella del soldato si era indotta alla istituzione d'altri credendo di avere perso il figlio.

¹ Caso più volte richiamato, specialmente ai numeri 6 e 7.

² Asudio Curiano è stato, in vero, espressamente diseredato, stando almeno alla lettera della fonte. Diccendo *exheredatus* Plinio ha reso la presenza di una clausola esplicitante la intenzione di Pomponia circa l'esclusione del figlio dalla propria successione. Curiano però, non essendogli *suus*, non doveva essere diseredato: nessun onere di sua menzione ricorreva infatti in capo alla madre. Lo stato del figlio è più propriamente quello di *exheres*.

³ Differisce – oltre al particolare di cui alla nota precedente – anche il momento di osservazione: preventivo nel testo derivato dal passo ulpiano (si dice della legittimazione al futuro esperimento: *queri potest*); successivo nella lettera di Plinio, dove il giudizio è promosso: *adpetebat iudicii dies* (Plin. ep. 5.1.7).

⁴ Indispensabile per coloro che non sono successibili *ex lege*, opportuna per quanti lo siano, ma *voluntarii*: per i soli *necessarii*, infatti, non si profila il rischio della *hereditas iacens* per la non adizione della chiamata legittima, maturatasi a seguito della rescissione del testamento. È stato osservato – MARRONE, *Querela* cit., 92 – il vantaggio materiale conseguente al *suus* che, cionostante, richiede la *bonorum possessio* e che perciò ottenda la disponibilità dei beni ereditari prima che non con l'azione di merito.

Si potrebbe dire che, nel primo caso, vi fu una comparazione concreta di meritevolezza, alla luce della quale Plinio e i suoi coeredi superarono Curiano, che pure vantava dalla sua – non è poco – il vincolo di filiazione, ordinariamente poziore;¹ vi fu, cioè, quella valutazione che si era soliti attaccare *apud centumviro*s, dimostrandone la materiale ingiustizia e imputandone l'esito lamentato alla quasi follia del testatore. Nel secondo caso, invece, la comparazione non vi poté essere, e, se vi fu – nel senso che il collegio volle ritenerla per poter ricalcare nella specie il proprio singolare e delicatissimo modo di sindacare il merito di quella comparazione, giustificando però il provvedimento invasivo mediante il rilievo di un pretestuoso vizio formale –, essa ebbe carattere meramente stilistico, potendosi ricavare dall'errore (implicito) sulla premorienza del figlio, il fatto che la madre si orientò assolutamente in favore dei chiamati, non in quanto più meritevoli del figlio. Peraltro quest'ultimo non lamentava, in definitiva, il *color insaniae* della determinazione comparativa materna, quanto piuttosto il carattere oggettivamente *non iure* della propria non menzione: la circostanza dell'errore non ha nel contesto alcun ruolo giuridicamente efficiente nel procurare una soluzione speciale, anche se, indubbiamente, facilita il raggiungimento della decisione, semplificando il compito del giudice e risparmiando il grave risvolto che, per la *querela* accolta, si riverberava sulla memoria del *de cuius*.

Il fondamento della *querela*, del resto, è l'*iniuria* sottesa nella ingiusta preterizione di colui che avrebbe invece meritato (o meglio: non demeritato) l'istituzione o comunque la soddisfazione dell'aspettativa ereditaria. La forte componente oggettiva di tale *iniuria*, il cui apprezzamento si risolveva spesso nella valutazione comparativa che i centumviri compivano in relazione ai successori preferiti (ritoccano in qualche modo il processo di formazione della volontà testamentaria),² consente magnificamente la considerazione di un elemento che – come è l'errore sulla permanenza in vita del *praeteritus* – compromette gravemente, fino ad inibirlo, il giudizio comparativo, che perciò può essere non riformulato,³ ma, in certo qual modo, cassato.

La oggettività del piano di considerazione della *iniuria* nella *querela inofficiosi* ha facilitato l'assorbimento in essa dei casi di *praeteritio* frutto di errore, salvo il rimedio della *hereditatis petitio*, disponibile però per i *sui heredes* soltanto.⁴ Dovette essere effettivamente facile per i centumviri ritenere più meritevole *ex se* il prossimo congiunto non istituito per l'erroneamente ritenuta sua premorienza, su più 'lontani' *heredes scripti*.⁵ Altrettanto facile, ciò ritenuto, dovette essere la rescissione del giudizio

¹ Comparativamente dovette ragionare la madre; comparativamente ragionò il *consilium* pliniano (non senza un qualche imbarazzo – forse – per via della presidenza dell'interessato) nel deliberare informalmente le «chances» di riuscita della *querela*; comparativamente avrebbe dunque ragionato il collegio adito.

² In effetti, ove la *querela* fosse accolta, la volontà testamentaria finiva per risultare viziata dalla quel nonsense che fu la quasi follia, nata – chissà – per l'estro di un oratore forense ed assurda per via giurisprudenziale, in mancanza di meglio, ad una rilevanza giuridica che, al tavolino, si sarebbe potuta dire veramente improbabile.

³ Riformularlo comporterebbe infatti la ricostruzione di una volontà irreali, mai espressa, in relazione ad elementi estranei al tenore negoziale.

⁴ Sulla soluzione obbligata del concorso apparente tra rimedi, nel senso della prevalenza della *hereditatis petitio*, ove procedibile, si veda D. 5.2.23 pr., riportato al numero 9. Sul punto torna utile l'osservazione formulata da LA PIRA, *La successione*, cit., p. 466 nt. 1, in fine. Si veda anche MARRONE, *Querela*, cit., pp. 99 sg., ove è riferita anche un'eccezione al principio.

⁵ Il problema si porrebbe più gravemente nel caso di una *exhereditatio* rituale, nella quale non sia dato conto della efficienza della circostanza oggetto di errore: ipotesi difficile da verificarsi con l'esempio della

comparativo implicito nella istituzione d'altri da parte del testatore e la conseguente apertura della successione legittima.

Agli effetti materiali, la soluzione raggiunta per via ordinaria, irrilevante cioè l'errore, si sovrappone completamente a quella che, in via ipotetica, sarebbe potuta conseguire al riconoscimento pieno dell'effetto invalidante del vizio della volontà (effetto dubbio, nel caso dell'errore motivante). La sola diversità sostanziale che è data di rilevare si riduce alla possibilità degli *heredes scripti* di prevenire o neutralizzare l'iniziativa del congiunto che non sia *suus heres*, liquidandogli la quarta parte dell'asse,¹ con ciò consolidando a sé il residuo *dodrans*, che non avrebbero potuto in alcun modo ottenere (o trattenere) ove il *praeteritus*, purché *suus* del testatore, lamentasse la nullità iniziale e insanabile del negozio per violazione del principio dell'onere formale della menzione, ovvero se il ricorrente non *suus* avesse potuto dimostrare l'errore della istituzione confezionata in favore d'altri, allegando elementi interni al negozio, dai quali emergesse il vizio della volontà formalmente espressa, passibile in tal caso di restituzione onoraria nei termini presuntivamente più vicini a quella che fu la *mens* del disponente.

ritenuta premorienza di un figlio, più verosimilmente un testatore avrebbe potuto diseredare in conseguenza dell'errore su un determinato comportamento del congiunto. Se l'allegazione espressa di un motivo – emergendo per essa, in via endogena, la patologia negoziale – avrebbe potuto indurre l'interprete alla ricostruzione della volontà ipotetica del *de cuius*, l'omissione invece del motivo pone seriamente il problema della ricostruzione di una volontà che la migliore dottrina ha detto irreali (sul punto, ZILLETI, *La dottrina*, cit., pp. 141 sgg., 148, nonché VOCI, s. v. *Errore*, cit., p. 233: «un punto fondamentale è quello della certezza della motivazione»): il problema, così posto, fuoriesce però dai limiti di questo studio e non può essere trattato.

¹ Sul punto si veda ancora Plin. *ep.* 5.1.9, oltreché, *supra*, ai numeri 6 e 7.

COMPOSTO IN CARATTERE DANTE MONOTYPE DALLA
ACCADEMIA EDITORIALE, PISA · ROMA.
STAMPATO E RILEGATO NELLA
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

Novembre 2015

(CZ 2 · FG 13)

