

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PISA

NUOVA SERIE - *Saggi e ricerche*

MORTE, DISCENDENZA, EREDITÀ

Una storia umana tra natura, cultura e diritto

a cura di

Alessandro Cassarino



G. Giappichelli Editore

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PISA

NUOVA SERIE – *Saggi e ricerche*

7

MORTE, DISCENDENZA, EREDITÀ

Una storia umana tra natura, cultura e diritto

a cura di

Alessandro Cassarino



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1207-8

ISBN/EAN 979-12-211-6138-0 (ebook)

Comitato scientifico:

F. Barachini, B. Bellè, E. Catelani, P. Consorti, G. De Francesco, A. Fioritto, F. Giardina, T. Greco, A. Landi, E. Malfatti, E. Marzaduri, O. Mazzotta, S. Menchini, E. Navarretta, M. Passalacqua, L. Pasquali, A. Petrucci, E. Sirsi, R. Tarchi

Responsabile scientifico:

E. Sirsi

Il presente lavoro è stato finanziato dall'Università di Pisa per mezzo dei fondi "PRA - Progetti di Ricerca di Ateneo", n. progetto (2022-68) PRA_2022_2023_ Morte, discendenza, eredità. Una storia umana tra natura, cultura e diritto.

Composizione: Media Print s.r.l. - Livorno

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLE-ARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
ALESSANDRO CASSARINO	
PREFAZIONE	1
ALESSANDRO CASSARINO	
I VIZI DELLA VOLONTÀ NEL TESTAMENTO: UNO SGUARDO D'INSIEME RIVOLTO ALLA GIURISPRUDENZA ROMANA	5
1. Premessa	5
2. Il testamento: cosa dicono le fonti	7
3. Volontà testamentaria	12
4. Il testatore che dubita del proprio <i>status</i>	18
5. Errata nomina dell'erede	20
6. Dolo e violenza	25
7. Qualche osservazione conclusiva	32
ALESSANDRO GRILLONE	
I DIRITTI SUCCESSORI DEI FIGLI DI FRONTE ALLA FATICOSA EMERSIONE DELLA RILEVANZA GIURIDICA DELLA GENITORIALITÀ MATERNA E ALLE ASPETTATIVE AGNATIZIE TRA TARDA REPUBBLICA E PRIMO IMPERO	33
1. L'originaria posizione dei figli nella successione civile e pretoria materna	33
2. La genitorialità madre-figli nella percezione sociale	37
3. Madri e figlie di fronte alla <i>lex Voconia</i>	42
4. Il <i>SC Orphitianum</i>	46
CLAUDIA TERRENI	
CURATOR VENTRI DATUS E CUSTODIA VENTRIS. LE RAGIONI DEI DUE ISTITUTI ED IL LORO DESTINO NEGLI ORDINAMENTI MODERNI	53
1. Premessa	53
2. Il <i>curator ventris</i> nelle fonti romane	55

	<i>pag.</i>
3. Le osservazioni di Siro Solazzi	60
4. Il ruolo del custode	66
5. Dai Codici preunitari alla legge n. 151 del 19 maggio del 1975	75
6. Conclusioni	84
DOMITILLA CAMPANILE	
SOFISTI IN ETÀ IMPERIALE: PATRIMONI SIMBOLICI E PATRIMONI MATERIALI DA TRASMETTERE AI DISCENDENTI	87
1. Introduzione	87
2. La Seconda Sofistica	89
3. Crisi sollevate dalla scomparsa del capofamiglia e dinamiche del rapporto padre/figli	90
4. Valore delle origini familiari di un sofista	91
5. Rufino di Naucrati e Scopeliano di Clazomene	92
6. Ermocrate di Focea	94
7. Attendibilità di Filostrato nella narrazione dei rapporti familiari	96
8. Conclusione: possibili cause dell'importanza conferita da Filostrato ai problemi della scomparsa del capofamiglia	98
FABIO GUIDETTI - ANDREA RAGGI	
SU ALCUNI ISTITUTI DEL DIRITTO ROMANO NELL'EPIGRAFIA FUNERARIA IN GRECO DALL'ASIA MINORE	99
CHIARA GALLIGANI	
QUALCHE SPUNTO DI RIFLESSIONE SUL FEDECOMMESSO NELLA GIURISPRUDENZA TOSCANA AL TEMPO DEL <i>CODE CIVIL DES FRANÇAIS</i>	111
1. Il ruolo del fedecommissio nella successione <i>mortis causa</i>	111
2. Il crepuscolo del fedecommissio in Toscana. Le riforme Settecentesche	114
2.1. La legislazione napoleonica	117
3. Il fedecommissio nei verbali di udienza della Corte di Appello di Firenze	122

pag.

ANDREA LANDI

SOCIETAS NON POTEST ULTRA MORTEM PORRIGI.

LA MORTE DEL SOCIO COME CAUSA

DI SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

FRA DIRITTO COMUNE E CODIFICAZIONE

131

1. Chiarimenti preliminari 131
2. Due passi del Digesto e uno delle Istituzioni 132
3. Nel cuore del diritto comune 135
4. Al declinare del diritto comune 141
5. Una linea alternativa: l'esperienza giuridica francese 144
6. La svolta dei Codici 146
7. Per concludere 149

FRANCESCA CRISTIANI

LA SUCCESSIONE DEL CONVIVENTE DI FATTO:

UNA REGOLAMENTAZIONE OPPORTUNA, NECESSARIA,

CONCRETAMENTE ATTUABILE?

151

1. La convivenza di fatto: sintesi della evoluzione normativa e giurisprudenziale fino alla legge n. 76/2016 151
2. La regolamentazione delle convivenze di fatto alla luce della normativa del 2016 159
3. Il regime successorio della convivenza di fatto 169
4. Strumenti di tutela del convivente di fatto in sede successoria *de iure condito* 172
5. I principi in materia elaborati dalla Commissione Europea per il diritto di famiglia: un possibile riferimento per i legislatori nazionali? 176
6. *De iure condendo*: la tutela del convivente superstite tra opportunità, necessità e concreta attuazione 178

BRUNELLA BELLÈ

IL CAMBIO GENERAZIONALE DELL'IMPRESA INDIVIDUALE

NELLA DISCIPLINA DELL'IMPOSIZIONE SUL REDDITO

185

L'analisi delle norme previste in materia di imposte sul reddito in ipotesi di atti di disposizione mortis causa o nel diverso caso di atti inter vivos (nello specifico il patto di famiglia) conferma la chiara preferenza da parte del sistema per questi ultimi avuto riguardo al trasferimento del patrimonio e delle responsabilità

1. Breve premessa 185
2. Regime fiscale dell'azienda caduta in successione: considerazioni preliminari ed esame dell'art. 58 del T.u.i.r. L'irrilevanza della prossimità parentale 188

	<i>pag.</i>
3. La continuazione dell'attività d'impresa	192
4. Il patto di famiglia ed il regime fiscale applicabile ai fini delle imposte dirette in mancanza di previsioni espresse	197
4.1. Il regime fiscale dei flussi di valore a favore degli assegnatari	201
5. Considerazioni conclusive	203

SIMONE MARINAI

LA DISCIPLINA INTERNAZIONALE PRIVATISTICA DELLE SUCCESSIONI NEL REGOLAMENTO ROMA IV: QUALE POSSIBILE INFLUENZA SULLA CULTURA GIURIDICA DEGLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA?	205
1. Premessa: l'eterogeneità delle normative sostanziali dei singoli Stati membri e le competenze dell'Unione in materia di successioni	205
2. L'uniformazione, a livello europeo, della disciplina internazionale privatistica delle successioni	208
3. La riserva ereditaria e la clausola dell'ordine pubblico	211
4. Il <i>favor</i> per i patti successori	215
5. Il regime di riconoscimento delle decisioni in materia, la creazione di un certificato successorio europeo e la circolazione dei modelli successori	219
6. Riflessioni conclusive in merito all'influenza che il regolamento Roma IV è in grado di produrre sulla cultura giuridica che sta alla base dei diversi modelli di successione seguiti dagli Stati membri dell'Unione	222

ALESSANDRO CASSARINO

PREFAZIONE

Il presente volume raccoglie i contributi delle Docenti e dei Docenti che hanno partecipato al Progetto di Ricerca dell'Ateneo pisano (PRA) del 2022-2023 (2022_68) dal titolo: *'Morte, discendenza, eredità. Una storia umana tra natura, cultura e diritto'*. Le linee di indagine si muovono, dunque, nel 'trasversale filone di studi dei fondamenti del diritto europeo'. In particolare, la scelta dei singoli temi affrontati è avvenuta mediante due seminari, che si sono tenuti a Pisa, il 31 gennaio 2023 e il 9 febbraio 2024, in cui sono emersi gli interessi di ciascuno, valorizzando al tempo stesso gli approcci interdisciplinari dei contenuti della ricerca.

Passando ad una rapida rassegna dei contributi raccolti nel presente volume, l'ordine compositivo dell'opera segue il binario dell'interpretazione diacronica delle regole successorie, partendo dall'età dei Romani, per poi passare al diritto medioevale, fino ad arrivare ai giorni nostri, trattando il tema sul piano civilistico, tributaristico e, infine, comunitario.

Il volume si apre, umilmente, con il mio contributo, dal titolo *'I vizi della volontà nel testamento: uno sguardo d'insieme rivolto alla giurisprudenza romana'*. Dunque, si affronta il tema dell'errore, del dolo e della violenza, i quali conducono, nella maggior parte dei casi, all'invalidità del testamento, essendo quest'ultimo atto sorto non da una libera determinazione del *de cuius*.

Il secondo lavoro è di Alessandro Grillone dal titolo: *'I diritti successori dei figli di fronte alla faticosa emersione della rilevanza giuridica della genitorialità materna e alle aspettative agnatizie tra tarda repubblica e primo impero'*. Esso affronta la 'spinosa tematica' della successione dei figli alla madre, la quale, come afferma correttamente l'Autore, in apertura, 'faticò non poco ad affiorare nell'esperienza giuridica romana, a cagione della non equiparabilità del rapporto di genitorialità materno e paterno, solo quest'ultimo sorretto e orientato, anche a fini successori, dalla perpetuazione della suprema *potestas* patriarcale'.

Segue il lavoro di Claudia Terreni, dal titolo: *'Curator ventri datus e custodia ventris. Le ragioni dei due istituti ed il loro destino negli ordina-*

menti moderni'. Partendo proprio dal Diritto romano, l'Autrice ricostruisce il ruolo del curatore del ventre e del custode, figure distinte tra loro, analizzando le fonti giuridiche di riferimento, fino ad arrivare ai Codici preunitari e alla Legge n. 151 del 19 maggio del 1975.

Dalla visione giuridica dei Romani, fin qui esposta, si passa ai contributi dei Colleghi di Storia romana.

Quello di Domitilla Campanile, dal titolo: *'Sofisti in età imperiale: patrimoni simbolici e patrimoni materiali da trasmettere ai discendenti'*, affronta il tema della scomparsa del capofamiglia partendo dall'opera greca *Vitae Sophistarum* di Filostrato, pubblicata nella prima metà del III secolo d.C.

Segue il lavoro congiunto di Fabio Guidetti e di Andrea Raggi, intitolato: *'Su alcuni istituti del diritto romano nell'epigrafia funeraria in greco dall'asia minore'*. Il tema della successione viene affrontato, dunque, operando su 'alcuni esempi di istituti giuridici peculiari del diritto romano nella documentazione epigrafica in lingua greca proveniente dall'Asia Minore'.

Dall'apporto scientifico offerto dalle Studiose e dagli Studiosi del mondo dell'Antichità greco-romana, si passa, poi, alle indagini di Andrea Landi e di Chiara Galligani, i quali affrontano il tema della successione in epoca medievale.

Il contributo di quest'ultima Autrice, dal titolo: *'Qualche spunto di riflessione sul fedecommesso nella giurisprudenza toscana al tempo del Code civil des Français'*, tratta il tema dell'istituto che, nato in epoca augustea grazie al giurista Trebazio Testa, ebbe una 'grande diffusione nei diversi Stati che componevano l'Italia a partire dal Sedicesimo secolo', il cui scopo precipuo fu quello di conservare la 'ricchezza familiare'.

Andrea Landi si occupa dell'argomento della: *'Societas non potest ultra mortem porrigi. La morte del socio come causa di scioglimento della società fra diritto comune e codificazione'*. L'Autore osserva, partendo dalle fonti romane, come 'si pose la scienza giuridica del diritto comune di fronte alla disciplina della morte come causa di estinzione della società e soprattutto le ragioni che hanno portato, in molti degli ordinamenti contemporanei, fra i quali il nostro, alla scomparsa del divieto per il socio di disporre che la società passi al proprio erede'.

Se fino a questo momento i contributi della Collega e del Collega medievalisti si sono mossi sulla direttrice di come due istituti del Diritto romano, quali il fedecommesso e il contratto di società, sono stati applicati nelle rispettive epoche di riferimento, le interpretazioni della dottrina che segue riguardano alcuni aspetti di ciò che oggi è l'odierno diritto.

Nella ricerca di Francesca Cristiani si affronta: *'La successione del convivente di fatto: una regolamentazione opportuna, necessaria, concretamente attuabile?'* A mio avviso, è interessante riferire le parole utilizzate dall'Autrice, la quale, nell'approcciarsi al tema, afferma che il legame di coppia,

tendenzialmente stabile, ‘non consacrato nel vincolo matrimoniale, è un fenomeno che ha subito una evoluzione estremamente significativa, che si pone nel solco dei mutamenti della stessa concezione della famiglia, alla quale, per unanime constatazione, non è più possibile attribuire un significato unitario’.

Segue, poi, l’apporto sul Diritto tributario di Brunella Bellè: *‘Il cambio generazionale dell’impresa individuale nella disciplina dell’imposizione sul reddito. L’analisi delle norme previste in materia di imposte sul reddito in ipotesi di atti di disposizione mortis causa o nel diverso caso di atti inter vivos (nello specifico il patto di famiglia) conferma la chiara preferenza da parte del sistema per questi ultimi avuto riguardo al trasferimento del patrimonio e delle responsabilità’*. Dunque, come chiaramente si evince dal titolo, il contesto è quello della successione aziendale e degli aspetti tributaristici inerenti.

Infine, a conclusione dei lavori, è posto il contributo di Simone Marinai: *‘La disciplina internazionalprivatistica delle successioni nel regolamento Roma IV: quale possibile influenza sulla cultura giuridica degli stati membri dell’unione europea?’* Come segnala l’Autore, il tema delle ‘successioni negli ordinamenti degli Stati membri dell’Unione si presenta, tradizionalmente, marcatamente eterogeneo’, poiché ogni Stato, segue delle proprie regole strutturali, partendo già da coloro che ‘beneficiano di una successione’.

Pisa, dicembre 2024

ALESSANDRO CASSARINO

I VIZI DELLA VOLONTÀ NEL TESTAMENTO: UNO SGUARDO D'INSIEME RIVOLTO ALLA GIURISPRUDENZA ROMANA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il testamento: cosa dicono le fonti. – 3. Volontà testamentaria. – 4. Il testatore che dubita del proprio *status*. – 5. Errata nomina dell'erede. – 6. Dolo e violenza. – 7. Qualche osservazione conclusiva.

1. *Premessa*

Quando si discute dell'atto *mortis causa* per eccellenza, ovvero il testamento, la prima caratteristica alla quale pensa l'addetto al traffico giuridico, ma anche colui che è estraneo a tale ambito, è l'elemento volontaristico del *de cuius*, che sceglie di destinare il proprio patrimonio, attraverso un atto scritto o mediante una dichiarazione orale, almeno nella visione, forse, più prettamente romana, ad un singolo erede o ad una pluralità di questi, per motivi che rientrano nella più intima sfera privata¹.

¹ In senso diametralmente opposto, qualora il testatore non volesse esercitare tale potere 'privato', potrebbe decidere che sia il diritto, e dunque la legge, ad occuparsi della sua successione. Appare necessario precisare che l'esercizio dell'autonomia privata viene meno nel momento in cui si introduce nel mondo del Diritto romano la c.d. legittima, originariamente conosciuta come '*portio debita*', recepita, poi, anche dalle moderne codificazioni. I molti che ritengono che essa sia un elemento legislativo essenziale per evitare qualsiasi malevola assegnazione di beni a terze persone, depauperando il patrimonio a discapito della cerchia familiare, in realtà, a mio avviso, dimenticano come sia compito dell'ordinamento, qualunque esso sia, indipendentemente dal periodo storico di riferimento, quello di distinguere tra ciò che è conforme allo *ius* (*iustum*), da ciò che da questo si allontana (*iniustum*), senza alcuna tipologia di automatismo che possa pregiudicare l'autore dell'atto, il quale – va segnalato – deve correttamente decidere per sé stesso. La regolamentazione minima di libertà, che dovrebbe essere garantita a colui che redige tristemente l'atto, non fa altro, pertanto, che eliminare quell'autodeterminazione conosciuta sul piano teorico, ma non nella portata pratica: del resto, se ci si riflette un attimo, durante la vita, l'individuo può distrarre il patrimonio a proprio piacimento. Non sarebbe il caso, allora, di risolvere tale discrasia giuridica? Dunque, una legge che impone regole che difficilmente in modo

La scelta di redigere un atto unilaterale di ultima volontà, avente natura personalissima e modificabile fino all'ultimo istante di vita², così come si suole definire il testamento, porta ad una inutile nonché fallimentare ricerca dei motivi che hanno indotto il testatore a porlo in essere, se si tiene conto del fatto che: a) se la motivazione è di natura patologica, ossia, muovendosi sul piano isagogico degli esempi, se si ascrive all'intenzione di confezionarlo al solo fine di spostare il proprio patrimonio verso terzi per creare un danno al potenziale erede, sopraggiunge il diritto, che, attraverso il ricorso al mezzo processuale, riequilibra una stortura scientemente posta dall'autore; b) se la motivazione è di natura fisiologica, cioè si tratta di un atto redatto secondo quella libertà che l'ordinamento, qualunque esso sia, concede al testatore, egli può disporre dei beni materiali e salvaguardare quegli aspetti che esulano dal normale flusso patrimoniale e che, comunque, fanno pienamente parte della sfera personale. In questo caso, l'apparato pubblico non può che 'accettare' tale decisione, non fosse altro perché un giudizio che sfocia in una sentenza di un giudice si porrebbe, in modo speculare, in contraddizione con quanto il diritto consente al singolo individuo, vale a dire la piena libertà.

La nostra ricerca si pone, pertanto, un po' a cavaliere rispetto ai punti a) e b) appena visti, trattandosi di uno studio che cerca di offrire uno sguardo sull'influenza dei vizi della volontà, seppur limitato, data la ricchezza delle fonti, e su come questi possano influenzare l'intero atto.

Qualche problema sopraggiunge, a mio giudizio, adottando la 'classica' tripartizione delle patologie della volontà, quali errore, violenza e dolo, se consideriamo come l'esercizio di una volontà malevola, atta ad arrecare un danno al potenziale successore *mortis causa*, possa essere valutato solo se emerge qualche 'sentore esterno' che li abbia percepiti, altrimenti, se qui si fa leva sulla logica, 'ciò che non si conosce, difficilmente può essere considerato un danno'.

Poiché i vizi ai quali faremo riferimento sono inseriti all'interno del testamento, appare doveroso definire e comprendere, inizialmente, cosa si intenda per atto di ultima volontà.

perfetto si inquadrano in dati che fanno riferimento ad aspetti prettamente personali, soggiace all'ovvia considerazione di paragonare comportamenti che sono imparagonabili, facendo nascere una stortura che un ordinamento non dovrebbe mai creare.

² Ancora oggi, l'art. 587, comma 1, c.c. afferma che: «Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse». Il principio della revocabilità dell'atto è talmente tanto forte che l'art. 679 c.c. sancisce che: «non si può in alcun modo rinunciare alla facoltà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie: ogni clausola o condizione contraria non ha effetto».

2. Il testamento: cosa dicono le fonti

Due sono in particolare le definizioni che, a mio avviso, lo identificano pienamente, di cui una appartenente a Modestino, giurista vissuto nel III secolo d.C., e l'altra data dalle Istituzioni giustinianee. Iniziamo dalla definizione di Mod. 2 *pand.* D. 28.1.1³:

Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

Dalle parole del giurista apprendiamo come il testamento non sia altro che un'espressione della nostra volontà (*Testamentum est voluntatis nostrae*), conforme al *ius* (*iusta sententia de eo*), in riferimento a ciò che ciascuno voglia che accada dopo la propria morte (*quod quis post mortem suam fieri velit*). La definizione, che si presta ad essere di facile lettura, si colloca perfettamente all'interno di quell'idea concettuale nonché esplicativa di come debba intendersi la sfera privata di ogni singolo individuo, il quale dispone, attraverso tale atto, delle proprie sostanze.

Degli elementi che compongono il testo di Modestino, due, in particolare, possono colpire l'interprete: uno avente natura più prettamente ascrivibile al dato etimologico e l'altro identificabile in una visione contestutistica dell'atto.

Addentrandoci all'interno di questi elementi, e seguendo lo schema compositivo del passo, il primo riferimento è '*iusta*'. Che si prediliga tale termine in luogo di *ius*, a mio avviso, non deve stupire, se teniamo presente come proprio quest'ultimo derivi dal primo. Ed è infatti in apertura del Digesto che i Compilatori hanno inserito il passo di Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr. nel quale si afferma che: '*... unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum*'⁴.

³ Un'ulteriore definizione la ritroviamo nei *Tit. Ulp.* 20.1, dove si afferma che *testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat*. L'anonimo dei *Tituli* asserisce che il testamento è attestazione della nostra 'giusta' intenzione, fatta in modo solenne, affinché valga dopo la nostra morte. Se si fa un confronto con le parole di Mod. D. 28.1.1, le due definizioni apparirebbero quasi speculari, poiché concretamente trattano di un atto che comunque produce i propri effetti solo dopo la morte del testatore. È in tale contesto che si comprende il richiamo dato dalle fonti alla valenza pubblica del testamento, da intendersi come interesse di tutti coloro che all'interno dell'atto ricevono qualcosa: tale aspetto è riportato da Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.3.2 pr., il quale dice: *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum*.

⁴ Il passo prosegue con la notissima definizione celsina di *ius* come *ars boni et aequi*. Cfr., sul tema F. GALLO, '*Ars boni et aequi*' e '*ius naturale*', in *SDHI*, 75, 2009, 15 ss. e Valore perdurante dei criteri del '*bonum et aequum*', in *TSDP*, 8, 2015, 1 ss., rispettivamente ora in

Il secondo elemento esprime la propria forza, non tanto attraverso il dato etimologico, quanto sul piano della portata sia teorica che pratica attribuita al verbo *velle*, il quale identifica, calandolo nel contesto testamentario, una consapevolezza su come si debba agire dopo la propria morte. Una scelta che si traduce nel destinare beni o apporre clausole anche non patrimoniali, senza che vi siano interferenze di terzi⁵, potendosi modificare l'atto fino all'ultimo istante di vita⁶.

L'ulteriore definizione si incontra nel passo di I. 2.10 pr., dove si afferma che:

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.

La derivazione del lemma *testamento* dall'attestazione della volontà è ritenuta, notoriamente, un'errata interpretazione filologica, se consideriamo che il termine, che definisce l'atto, è una parola 'semplice e non doppia', ricavabile da *testatio* (testimonianza), proveniente dal verbo *testor* (testimoniare), così come non manca di spiegare, con dovizia di particolari, Gell. 7.12 pr.-1⁷ (pr.: *Quod neque «testamentum», sicuti Servius Sul-*

F. GALLO, *Opuscula selecta*, II, a cura di M. MIGLIETTA-M.A. FENOCCHIO-E. SCIANDRELLO, Alessandria, 2018, 293 ss. e 475 ss.

⁵ È noto, infatti, come la Nov. 21.1 di Teodosio e Valentiano del 446 abbia derogato al principio personale dell'atto, consentendo il testamento reciproco tra i coniugi. Tale possibilità, tuttavia, non è stata accolta da Giustiniano e da certe moderne codificazioni, come quella italiana dove, all'art. 589 c.c. si afferma: «Non si può fare testamento da due o più persone nel medesimo atto, né a vantaggio di un terzo, né con disposizione reciproca». Cfr., da ultima S. LO IACONO, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui «patti successori» istitutivi*, Milano, 2019, 201 ss. La studiosa riporta che la data di emanazione del provvedimento novellare è del 426 (201). R. LAMBERTINI, *L'intangibile mutevolezza della voluntas defuncti*, in *Tesserae iuris*, I.1, 2020, 164 nt. 5, analizzando l'opera della Lo Iacono, scrive che si tratta di un «refuso».

⁶ Ciò è chiaramente riportato in un passo di Ulp. 33 *ad Sab. D.* 34.4.4 nel quale, discutendo della revoca di legati o di fedecommissi, per motivi di divergenze personali tra il testatore, il legatario ed il fedecommissario, questi ultimi vengono poi riammessi nel lascito testamentario: è in tale contesto che ritroviamo la massima *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (infatti, la volontà del defunto è mutabile fino all'ultimo istante di vita).

⁷ G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *AUPA*, 45.1, 1998, 225 ss., a conclusione della sua analisi (390 s.), suggerisce una divisione del lavoro fra i tre componenti della commissione che hanno redatto le Istituzioni: Triboniano, Doroteo e Teofilo. Proprio il libro secondo, titolo decimo, secondo l'interpretazione data, sarebbe stato redatto da Teofilo, il che, tuttavia, porrebbe l'*Antecessor* in una posizione di 'digiuno' etimologico dei termini. Per quello che a noi interessa da vicino sul significato del vocabolo, una conferma si rinviene nella Parafrasi di Teofilo, nella quale, secondo sia l'edizione di C. FERRINI, *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, Berlin, 1884, 154, che quella di J.H.A LOKIN-R. MEIJERING-B.H. STOLTE-N. VAN

picius existimavit ... duplicia verba sunt, sed a testatione productum ...).

Pertanto, il testamento si lega inscindibilmente, per sua natura, al di là del dato etimologico, al concetto stesso di *hereditas*, la cui nozione si rinviene sia nella letteratura latina che nelle stesse opere della giurisprudenza⁸, al punto che, in quest'ultimo caso, essa è stata inserita

DER WAL, *Theophili antecessoris Paraphrasis Institutionum*, Groningen, 2010, 292 s., si riporta, in lingua latina, che era chiamato dai Romani 'testamento', perché derivante da *testatio mentis* (...*Testamentum ... quod testatio mentis est*). Ma da dove nasce una tale interpretazione? Secondo quanto dice Gell. 7.12.1-6, su cui torniamo nel testo, l'errore è attribuito alla spiegazione data da Servio Sulpicio Rufo, il quale parla di una 'attestazione di volontà'. Interessante, a mio avviso, è riferire in questa sede le parole di Gellio, considerato che, se le leggiamo con attenzione, parrebbero, a mio avviso, scientemente predisposte, utilizzando un 'sarcasmo velato'. Così scrive Gell. 7.12 pr. – 6: *Quod neque «testamentum», sicuti Servius Sulpicius existimavit, neque «sacellum», sicuti C. Trebatius, duplicia verba sunt, sed a testatione productum <alterum>, alterum a sacro imminutum*. [1] *Servius Sulpicius iureconsultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro de sacris detestandis secundo qua ratione adductus «testamentum» verbum esse duplex scripserit, non reperio*; [2] *nam compositum esse dixit a mentis contestatione*. [3] *Quid igitur «calciamentum», quid «paludamentum», quid «pavimentum», quid «vestimentum», quid alia mille per huiusmodi formam producta? etiamne ista omnia composita dicemus?* [4] *Obrepsisse autem videtur Servio, vel si quis est, qui id prior dixit, falsa quidem, sed non abhorrens neque inconcinna quasi mentis quaedam in hoc vocabulo significatio, sicut hercle C. quoque Trebatius eadem concinnitas obrepsit*. [5] *Nam in libro de religionibus secundo: «'sacellum' est – inquit – locus parvus deo sacratus cum ara». Deinde addit verba haec: «'Sacellum' ex duobus verbis arbitror compositum 'sacri' et 'cellae', quasi 'sacra cella'»*. [6] *Hoc quidem scripsit Trebatius; sed quis ignorat «sacellum» et simplex verbum esse et non ex «sacro» et «cella» copulatum, sed ex «sacro» deminutum?* Di seguito, per comodità del lettore, riproduco la traduzione: Aulo Gellio. *Le notti attiche*, trad. e a cura di G. BERNARDINI-PERINI, Milano, 2017, 651: 'Né *testamentum* né *sacellum* (contro l'opinione, rispettivamente, di Servio Sulpicio e Gaio Trebazio) sono parole doppie: l'una si sviluppa da *testatio*, l'altra è diminutivo di *sacer*. [1] Il giureconsulto Servio Sulpicio, che fu l'uomo più dotto della sua epoca, ha scritto nel secondo libro *Sui riti da sopprimere*, e non capisco su che base, che la parola *testamentum* è doppia: [2] secondo lui è composta dall'espressione *mentis contestatio* «attestazione di volontà». [3] Ma allora, *calciamentum*, *paludamentum*, *pavimentum*, *vestimentum*, e mille altre parole formate con questo tipo di suffisso, dobbiamo dire che sono altrettanti composti? [4] Evidentemente Servio, o chi altro l'abbia detto per primo, ha subito la suggestione, erronea benché non fuori luogo e non priva di fascino, d'una certa attinenza alla parola in questione con la *mens*: lo stesso fascino che ha certamente suggestionato anche Gaio Trebazio. [5] Dice infatti Trebazio nel secondo libro *Sulle pratiche religiose*: «*Sacellum* è un piccolo spazio con altare, consacrato ad un dio» e aggiunge: «*Sacellum*, secondo me, è composto di due parole, *sacer* e *cella*: quasi 'sacra cella'». [6] Così Trebazio. Ma si sa bene che *sacellum* è una parola semplice, per nulla formata dall'accoppiamento di *sacer* e *cella*; è invece il diminutivo di *sacer*'. Dalla lettura del passo si comprende come l'Autore, il quale si premunisce di affermare come l'amico di Cicerone, ritenuto da molti 'l'uomo più dotto della sua epoca' (*vir aetatis suae doctissimus*), in realtà si sia fatto suggestionare dall'attinenza a *mens*, errando allo stesso modo di Trebazio che ha voluto riconoscere in *sacellum* una parola doppia.

⁸ Oltre ai due riferimenti testuali riportati nel corpo del testo, ulteriori definizioni

all'interno di D. 50.16, dedicato alla '*significatio verborum*'⁹.

Partendo dal primo riferimento testuale, è Cic. *Top.* 29 a spiegare cosa si debba intendere per eredità:

Hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure ... nec ea aut legata testamento aut possessione retenta.

L'Arpinate sostiene che l'eredità è un complesso di ricchezza che alla morte di qualcuno perviene per diritto ad altri (*Hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure ...*), specificando ulteriormente che con tale acquisto non si intende né il legato né la tipologia di *res* che il defunto ha avuto in possesso presso di sé (*nec ea aut legata testamento aut possessione retenta*).

La definizione così strutturata da Cicerone, forse più tendente al piano pedagogico, pone un interessante punto di riflessione, se si pensa al solo fatto che *hereditas* è, nei fatti, una *universitas iuris*. Essa si ferma, tuttavia, ad identificare solo quegli aspetti di carattere materiale, chiaramente indicati come *pecunia*, lasciando da parte, invece, ciò che ha natura prettamente non patrimoniale. Nel prosieguo della sua esposizione, poi, si aggiunge come esulino dalla nozione di eredità sia i legati che le situazioni possessorie. Se, da un lato, tutto ciò che è a titolo particolare non può ritenersi, perché in netta contrapposizione, a titolo universale, dall'altro, è interessante notare l'aspetto possessorio, il quale viene collocato al di fuori di ciò che '*pervenit iure*'. L'esclusione ha una ragione puramente tecnica: essendo il possesso una 'signoria di fatto sulla cosa', se non vengono raggiunti i termini per l'usucapione, mancherà al suo disponente quella titolarità che possa garantire un trasferimento proprietario a terzi.

Sulla medesima scia interpretativa si muove, in particolare, un passo di Gaio 6 *ad ed. prov.* D. 50.16.24, nel quale si dice che:

di eredità, in base all'ordine temporale dei giuristi e non compositivo del Digesto, sono date da: Iul. 6 *dig.* D. 50.17.62: *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* (L'eredità non è altro che la successione nella situazione giuridica complessiva del defunto); Pomp. 3 *ad Q. Muc.* in D. 50.16.119: '*Hereditatis*' *appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio* (Il termine 'eredità' comprende senza dubbio anche l'eredità passiva: esso, infatti, designa un'entità giuridica, così come il termine *bonorum possessio*) e Ulp. 49 *ad Sab.* D. 50.16.178.1: '*Hereditas*' *iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur* ('L'eredità' è un'entità giuridica suscettibile di aumenti e diminuzioni. Gli aumenti sono costituiti soprattutto dai frutti). Si riportano le traduzioni dell'utile 'manualetto', che raccoglie le fonti, giurisprudenziali e non, sul tema della successione sia testamentaria che legittima, di B. SANTALUCIA, *Diritto ereditario romano. Le fonti*, 2^a ed., Bologna, 1999, 9 s.

⁹ Cfr. B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in AUPA, 20, 1949, 128 ss.

Nibil est aliud 'hereditas' quam successio in universum ius quod defunctus habuit.

Il Maestro antoniniano afferma che l'eredità non è nient'altro (*Nibil est aliud 'hereditas'*) che una successione universale nel diritto di ciò che aveva il defunto (*quam successio in universum ius quod defunctus habuit*).

Se, da un lato, l'indicazione gaiana parrebbe speculare, quasi a distanza di due secoli, a quella offerta da Cicerone, dall'altro, essa mostra, a mio avviso, un'ampiezza contenutistica, anche nella sua semplicità espositiva, tale da inglobare più rapporti giuridici, non limitandosi al solo aspetto patrimoniale.

In effetti, ciò che perviene per diritto non può considerarsi limitato solo a quest'ultimo aspetto, in particolare, se si pensa a tutti quei tipi di relazioni, che rientrano pienamente all'interno di ciò che è *ius*, quali possono essere quelli aventi natura 'familiare', ad esempio, la *potestas* del defunto sui suoi sottoposti, che si trovavano in questa posizione anche al di là del diretto rapporto tra *de cuius* ed erede: basti riflettere sul legame con i nipoti.

Lo stesso Maestro antoniniano, poi, in Gai 2.14 (= Gai 2 *inst.* D. 1.8.1.1), nell'elencare le *res incorporales*, ingloba anche l'eredità:

Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ... nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur ... nam ipsum ius successionis ... incorporale est.

Anche volendo interpretare il passo in modo semplice, senza addentrarsi in speculazioni concettuali, tali da portare l'interprete a scegliere la via dei c.d. 'voli pindarici', Gaio non fa altro che spiegare ai propri studenti che l'eredità fa parte della categoria delle *res incorporales* (*Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ...*), nonostante all'interno di essa si trovino delle *res* che '*tangi possunt*' (*nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur ...*), poiché si deve guardare alla successione in sé (*nam ipsum ius successionis ... incorporale est*) e non – si aggiunge – ai singoli beni¹⁰.

Alla luce di quanto riferito sin qui, l'ambito ereditario non può limitarsi al mero aspetto patrimoniale, così come vuole Cic. *Top.* 29, poiché questo escluderebbe tutta una serie di rapporti nonché di diritti – appunto – che ne rimarrebbero fuori, per il solo fatto di non rientrare all'interno di ciò che può definirsi *pecunia*.

¹⁰ Che si tratti di eredità, anche in assenza di *res corporales*, lo dice anche Pap. 6 *quaest.* D. 5.3.50 pr.: *Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet* (Giuridicamente un'eredità esiste anche se non comprende alcuna cosa corporale), così B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 9. Sulla distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*, si rinvia, da ultimo, a M. BEGHINI-I. ZAMBOTTO, *Res corporales e res incorporales: radici romane e sviluppi contemporanei di una bipartizione*, in *TSDP*, 16, 2023, 1 ss.

3. Volontà testamentaria

Quando si affronta il tema della volontà, che è la ragione stessa del perché si pone in essere un testamento, una delle prime considerazioni che vengono in mente, se non anche la prima, è che questa debba appartenere esclusivamente al redattore dell'atto: infatti, si intende per volontà la 'facoltà propria dell'uomo di tendere con decisione e piena autonomia alla realizzazione di fini determinati'¹¹.

Per cercare di capire l'aspetto volontaristico, e dunque circoscrivere l'influenza di eventuali vizi, appare utile volgere uno sguardo incidentale ai tipi di testamento che si sono susseguiti, fin da epoca arcaica, così come li ricostruiamo attraverso le Istituzioni di Gaio, fino ad arrivare alla forma stabile del *testamentum per aes et libram*¹².

Per collegarci all'argomento che più interessa, leggiamo (Gai 2.101) che, all'inizio, i testamenti erano di due generi: uno davanti ai comizi curiati e un altro *in procinctu*¹³, identificabile in ciò che veniva pronunciato davanti all'esercito pronto e armato: infatti, uno era tipico del tempo di pace e l'altro

¹¹ Così G. DEVOTO-G.C. OLI, voce 'volontà', in *Dizionario della lingua italiana*, 16^a ed., Firenze, 1984, 2683. In dottrina si rinvia, di recente, a R. MARINI, *Prius testamentum ruptum est. Il problema della revoca del testamento in diritto romano*, Torino, 2022, 89 ss., 133 ss. e 153 ss.

¹² Sull'argomento si rinvia, nello specifico, a F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librare)*, Torino, 2011, *passim*; F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano*, Roma, 2012, 5 ss.

¹³ Il testamento *in procinctu* (Gai 2.101) era disposto in tempo di guerra (*alterum in proelium exituri*), cadendo successivamente in desuetudine. Dalla lettura del titolo I, del libro ventinovesimo, dedicato al testamento dei militari (*De testamento militis*), apprendiamo da Ulp. 45 *ad ed.* D. 29.1.1 che fu Giulio Cesare ad introdurlo, al quale erano seguite le riconferme ed ulteriori aggiunte da parte degli imperatori Tito, Domiziano, Nerva e Traiano, motivandone l'esistenza nell'impossibilità di seguire le regole proprie dello *ius civile*. Ecco dunque che si precisa che l'unico elemento fondamentale era la 'volontà' del militare, affinché si procedesse alla divisione dei beni, senza imporre alcuna forma specifica all'atto, il quale avrebbe potuto essere posto in essere in qualsiasi modo (*Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. postea vero primus divus Titus dedit: post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. caput ex mandatis: 'Cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris'*). Cfr., F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., 35 ss. e, in particolare, 567 ss.

del periodo bellico (*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant ... aut in procinctu ... est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri*)¹⁴. Se qualcuno aveva timore di una morte improvvisa, continua Gai 2.102 (... *is si subita morte urgebatur...*), nel caso in cui non avesse fatto testamento né *calatis comitiis* né *in procinctu* (*qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat*), dava in mancipio ad un amico il proprio patrimonio, in modo tale che lo stesso si occupasse di dar seguito a quanto stabilito (*amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet*). Questo porta ad un terzo genere di testamento (*Accessit deinde tertium genus testamenti*), definito *per aes et libram*, perché si fa con il bronzo e la bilancia (*quod testamentum dicitur per aes et libram*)¹⁵.

Nel prosieguito (Gai 2.103), si specifica come i primi due testamenti siano caduti in desuetudine (*Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt*), rimanendo solo questo terzo tipo (*hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est*), nel quale, tuttavia, si evolve il ruolo del *familiae emptor*: da mero esecutore delle volontà del *de cuius*, in luogo dell'erede, la sua esistenza, al tempo in cui vive Gaio, diviene solo un retaggio del diritto antico (*sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat. namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat ... alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*): infatti, l'erede è istituito all'interno del testamento medesimo (*nunc vero alius heres testamento instituitur*)¹⁶.

Si pone alla nostra attenzione, in particolare, il riferimento successivo del Maestro (Gai 2.104) allorché afferma che si procede alla *mancipatio*, alla presenza di cinque cittadini romani puberi, di un *libripens* e del *fami-*

¹⁴ *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

¹⁵ *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*

¹⁶ *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat. namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

liae emptor, dopo aver redatto le tavole testamentarie (*qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam*). L'essenza della procedura risiede nelle *nuncupationes*, derivanti dal verbo *nuncupare*, che, secondo quanto riporta l'autore, vuol dire nominare pubblicamente, facendo riferimento *generali sermone* al contenuto delle tavole (*nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare*)¹⁷.

Il passaggio alla forma scritta delle ultime volontà del *de cuius* consente, nella nostra indagine, di trattare un punto essenziale: la redazione delle tavole testamentarie rappresenta il nodo centrale su come intendere ed interpretare i vizi della volontà¹⁸.

Quest'ultima, in assenza di vizi, secondo quanto si legge in dottrina¹⁹, deve essere 'seria, effettiva e completa', nel senso, rispettivamente, che non deve essere formata per 'scherzo', che il redattore dell'atto sia consapevole, ad esempio, del proprio *status* e che il testamento non rientri in un'idea progettuale che ne infici le ragioni della redazione.

L'essenza dello schema volontaristico trova, in particolare alla luce della costituzione di Costanzo II del 339, erroneamente indicato come Costantino in C. 6.23.15 pr. – 1, allora già deceduto, la propria traduzione sul piano applicativo, in quanto è permesso al testatore di poter nominare gli eredi, utilizzando i termini che egli ritiene più opportuni, senza la necessità di adottare 'inutili formalità' (*ob inanem observationem*)²⁰ proprie dello *ius civile*.

¹⁷ *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. in qua re his verbis familiae emptor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandatela custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt, aeneaque libra, esto mihi empti; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco. deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

¹⁸ Corretta, a mio avviso, è l'interpretazione di chi ritiene che, in questa fase, si debba parlare di testamento segreto. Cfr., M.L. DE FILIPPI, *Il testamento segreto romano e il senatoconsulto neroniano*, in 'Civitas et Lex', 2(18), 2018, 31 ss. e, in particolare, 33 dove si descrive come sigillare l'atto.

¹⁹ Cfr., B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, 2ª ed., Milano, 1955, 506 e, in particolare, 507 per una descrizione delle tre 'volontà'.

²⁰ *Imp. Constantinus A. ad populum* in C. 6.23.15 pr. – 1: *Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam,*

L'esercizio della volontà, secondo i criteri appena visti, presuppone, dunque, che questa sia libera e in piena consapevolezza, senza che vi sia alcuna influenza esterna.

Ciò si traduce, innanzitutto, nel divieto dei cd. patti successori²¹, per cui, in base a quanto afferma Iul. 2 *ad Urs. Fer.* D. 45.1.61, una stipulazione contratta secondo lo schema di farsi promettere una somma di denaro, se il promittente medesimo non nominerà lo *stipulans* erede, è invalida perché *contra bonos mores* (*Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio*). Diverse appaiono, su di un piano pratico, le tipologie di disposizioni note come captatorie, cioè inserite al fine di invalidare le scelte del testatore. Queste sono differenti, secondo quanto sostenuto in dottrina²²,

utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. 1. Nec enim interest, si dicatur 'heredem facio' vel 'instituo' vel 'volo' vel 'mando' vel 'cupio' vel 'esto' vel 'erit', sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Le inutili formalità alle quali si riferisce l'imperatore Costanzo II sono riportate da Gai 2.116-117: *Ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit: nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere aut ita nuncupare testamentum, ut supra diximus. 117. Sollemnis autem institutio haec est: Titius heres esto; sed et illa iam conprobata videtur: Titium heredem esse iubeo; at illa non est conprobata: Titium heredem esse volo; sed et illae a plerisque inprobatae sunt: Titium heredem instituo, item heredem facio.* Proprio i verbi 'velle' ed 'instituere', che Gai 2.117 ritiene non potersi utilizzare per la formale designazione dell'erede, vengono inseriti all'interno dell'elenco dei costrutti grammaticali ammessi da Costantino/Costanzo II.

²¹ S. LO IACONO, *Ambulatoria*, cit., 181 ss. Al divieto di patti successori, si annette l'ulteriore impossibilità per il *de cuius* di demandare a qualcuno la nomina dell'erede: infatti, Gai 1 *test.* in D. 28.5.32 pr. spiega come ciò sia stato stabilito dai *veteres*, poiché i diritti che si trasmettono per testamento devono essere decisi dal *de cuius* e non da un terzo (*Illa institutio 'quos Titius voluerit' ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere*).

²² B. BIONDI, *Successione*, cit., 527. Altri riferimenti giurisprudenziali, oltre al passo di Pap. in D. 28.5.71(70), del quale si discute nel corpo del testo, si vedano anche in: Paul 5 *ad l. Iul. et Pap.* D. 28.5.72 (71) pr. – 1: *Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituat: 'qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maevius heres esto', quia in praeteritum, non in futurum institutio collata est. 1. Sed illud quaeri potest, an idem servandum sit quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit, veluti si ita scripserit: 'Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto', quod in sententiam senatus consulti incidere non est dubium; Paul. 9 *quaest.* D. 28.5.82(81): *Si ita scripserit testator: 'Quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitasset, ex ea parte Sempronius mihi heres esto', non est captatoria institutio: plane nullo recitato testamento ab ipso testatore inanis videbitur institutio remota suspicione captatoriae institutionis; Gai in D. 30.64: Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent.**

‘dalla *captatio hereditatis*, che consiste nel porre in essere raggi e mezzi illeciti diretti allo scopo di indurre taluno a testare o a impedire di fare o revocare il testamento; <questa infatti> rientra nella figura del dolo ..., mentre nella disposizione captatoria può anche non esserci raggiro o frode’.

L’interpretazione, che scinde le due figure di *captationes*, può trovare un utile aggancio in un passo di Pap. 6 *resp.* D. 28.5.71(70), nel quale si afferma che:

Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis.

Nel testo leggiamo che il senato non ha vietato come captatorie (*Captatorias institutiones non eas senatus improbavit*), le istituzioni di eredi fatte per reciproco affetto (*quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt*), ma solo quelle tipologie dalle quali può essere dedotta una motivazione nascosta derivante dalla volontà altrui (*sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis*).

La prima considerazione, già presente negli scritti della dottrina più risalente²³, è che, allora, prima di questo senatoconsulto, tali disposizioni, ovvero quelle nascenti da ‘accordo’ tra testatore ed erede, potevano compiersi, senza che ciò pregiudicasse la nomina di quest’ultimo.

Stabilito il divieto senatorio²⁴, l’istituzione, che si fosse fondata esclusi-

²³ Ancora B. BIONDI, *Successione*, cit., 527.

²⁴ Mi sia consentito avanzare qualche congettura sul secolo di emanazione di questo senatoconsulto di cui ignoriamo il nome. La prima è collegata alla querela di testamento inofficioso che, come sappiamo, inizia a palesarsi nel mondo processuale già dal I sec. a.C., per poi stabilizzarsi attorno al I sec. d.C. La nascita di tale rimedio processuale, ad opera dei retori, pone l’accento sull’aggredibilità del testamento, il cui unico scopo è riequilibrare dei ‘vantati e supposti’ squilibri che hanno pregiudicato un erede. Ciò potrebbe, allora, far pensare che il tanto ricercato ‘*color insaniae*’ possa essere in grado di inglobare al proprio interno anche le disposizioni captatorie, essendo queste frutto di un accordo tra testatori, al fine della più generale nomina reciproca di erede. Sul tema, mi permetto di rinviare al mio, A. CASSARINO, *Annotazioni retoriche a margine dell’inofficiosità successoria nel de invectione di cicerone e nella Rhetorica ad Herennium*, in *Ciceroniana online*, 7.1, 2023, 12 ss. La seconda considerazione riguarda l’arco temporale tra il I e il II sec. d.C., dove la produzione normativa del Senato assume un’importanza fondamentale nel settore privatistico, se consideriamo che, nel periodo repubblicano, la competenza dei *patres* era legata più a materie che possiamo definire pubblicistiche (cfr., sull’argomento F. ARCARIA, *Da Augusto ai Severi*, in F. ARCARIA-O. LICANDRO, *Diritto Romano. I. Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014, 303 ss.). Se questi due riferimenti possono indurci a considerare che, da un lato, si amplia la possibilità di aggredire il testamento e, dall’altro, la normazione senatoria ha piena competenza in materia di diritto privato, un ulteriore elemento, questa volta certo, idoneo al nostro scopo, può ricavarsi anche dai giuristi che si sono occupati dell’argomento. Abbiamo riferito nel corpo del testo del frammento di

vamente sull'*affectio* rivolta all'erede, non avrebbe prodotto alcuna conseguenza: infatti, solo la motivazione nascosta, ma poi palesemente scoperta, avrebbe comportato l'invalidità.

La seconda considerazione pone qualche dubbio²⁵, invece, sull'effettiva

Pap. in D. 28.5.71(70), il quale giustifica tali disposizioni captatorie solo in presenza di rapporti che investano l'ambito intangibile dei 'sentimenti'. Di impossibilità di porre in essere tali disposizioni parlano anche Iul. 78 *dig.* D. 34.8.1 e Gai. 15 *ad ed. prov.* D. 30.64. Nel testo giuliano si afferma che ... il senato, oltre ad aver stabilito la pena della legge Cornelia contro lo scriba che avesse inserito nel testamento l'eredità o un legato a proprio favore, aveva altresì disapprovato anche l'attribuzione di quota reciproca (... *nam senatus cum poenas legis Corneliae constitueret adversus eum, qui sibi hereditatem vel legatum scripsisset, eodem modo improbase videtur, quo improbatæ sunt illæ: 'qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto', ut perinde haberentur, ac si insertæ testamento non fuissent*): si rinvia sul tema a M. RIZZI, *Poenam Legis Corneliae ... Statuit. L'apporto della legislazione imperiale allo sviluppo del falso in età antica*, Roma, 2020, 53 ss. Persegue la medesima via Gaio in D. 30.64, il quale afferma che queste disposizioni sono vietate tanto nell'eredità quanto nei legati (*Captatoria scripturæ simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent*). Non si incorre nel divieto nel caso in cui ci si riferisca al passato, così come scrive Paul. in D. 28.5.72 (71) pr., riportando, ad esempio, 'per la quota in cui Tizio mi istituì erede, per la stessa quota Mevio sia erede' (*Illæ autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituat: 'qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maevius heres esto', quia in præteritum, non in futurum institutio collata est*). Escluso Paolo, perché più tardo temporalmente, Giuliano, Gaio e Papiniano si ascrivono, chi prima chi dopo, alla metà del II sec. d.C. Diversamente, se leggiamo il frammento di Lab. 2 *post. a Iav. epit.* D. 28.7.20.2, anteriore rispetto ai tre riportati, rinveniamo come gli accordi tra due testatori fossero valevoli, anche per quanto concerne i legati (*Si quis te heredem ita instituit, si se heredem instituisses aut quid sibi legasses, nihil interest, quo gradu is a te heres institutus vel quid ei legatum sit, dummodo aliquo gradu id te fecisse probes*): dunque, si assiste ad una evidente nomina captatoria. Sappiamo, tuttavia, da Paolo in D. 28.5.72.1 che proprio questa struttura di nomina rientrava nel divieto del senatoconsulto (*Sed illud quaeri potest, an idem servandum sit quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit, veluti si ita scripserit: 'Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto', quod in sententiam senatus consulti incidere non est dubium*). A chiosa del presente discorso, possiamo essere indotti a credere, allora, che Labeone non conoscesse il provvedimento, diversamente da Gaio, da Giuliano e da Papiniano. Alla luce di tali considerazioni, si può affermare che il II sec. d.C. risulti il periodo ideale di emanazione del senatoconsulto. Sul punto lo stesso E. VOLTERRA, voce "*Senatus consulta*", in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1969, 1075, afferma al n. 169, dell'elenco dei senatoconsulti, che 'sembrerebbe sconosciuto – *scil.* il provvedimento – a Labeone'.

²⁵ Non nego una qualche perplessità, nell'applicazione pratica del senatoconsulto, su come stabilire quando siamo in presenza di un 'sentimento'. Nei suoi risvolti concreti, infatti, esclusa l'eventuale 'costrizione' dovuta all'uso della 'violenza', naturalmente, non nella veste fisica, ma da intendersi come 'vizio' psicologico, l'accordo per ottenere l'istituzione di erede in violazione del senatoconsulto *de quo* sarebbe stato, a mio avviso, difficile da verificare in assenza di un qualsivoglia dato tangibile tra redattore del testamento ed erede medesimo. L'accordo reciproco, infatti, anche in assenza di sentimenti, sarebbe

dimostrazione che si tratti di una istituzione captatoria, considerato che, esclusa la nomina ‘fraudolenta’, tutto il resto può rientrare all’interno del più banale sentimentalismo o reciproco affetto, così come scrive il giurista severiano: basterebbe, dunque, la semplice affermazione di un sentimento per escludere già di per sé l’istituzione captatoria.

4. *Il testatore che dubita del proprio status*

Quando si affronta il tema dei vizi della volontà va considerato, *in primis*, se il redattore sia consapevole o meno della capacità giuridica che lo *ius civile* gli riconosce²⁶.

Tre sono in particolare i dati testuali che possiamo ritenere utili al fine di inquadrarne l’errata condizione giuridica²⁷. Nel riferirci ad essi, privilegiamo l’ordine compositivo del Digesto, alla luce dei corrispondenti contenuti.

Partendo dall’analisi congiunta dei passi di Paul. 2 *reg.* D. 28.1.14 e di Ulp. 12 *ad ed.* D. 28.1.15, leggiamo rispettivamente:

Qui in testamento domini manumissus est, si ignorat dominum decessisse aditamque eius esse hereditatem, testamentum facere non potest, licet iam pater familias et sui iuris est: nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest

e

rimasto valido, se a tacere fossero stati entrambi gli interessati. Ciò potrebbe far ritenere, a mio avviso, che la disposizione captatoria, se non presuppone a monte una palese violazione del senatoconsulto, lascia impregiudicata la scelta di nomina di entrambi, anche se derivante da una tale disposizione, difficilmente perseguibile. Dunque si assisterebbe ad una confusione applicativa tra ciò che è teorico, perfettamente inquadrabile, e ciò che è, invece, il dato prettamente pratico, portando a supporre che la disposizione captatoria, se non verificabile concretamente, possa essere considerata una mera riserva mentale che, come ben sappiamo, è irrilevante per l’ordinamento.

²⁶ Il richiamo in via generale, utilizzato consapevolmente nel testo, si ascrive all’evoluzione che la stessa disciplina ha subito nei vari processi storici, attraverso i quali, da un generico riferimento ai *patres familias*, si aggiungono poi le possibilità offerte ai figli in potestà di disporre delle proprie sostanze acquisite durante il servizio militare (peculio castrense), le cariche civili (quasi castrense) e i beni della madre (*bona adventicia*). Per uno studio sulla successione femminile e, in particolare, della *mater familias*, volendo qui utilizzare il termine secondo lo schema riportato da Ulp. 46 *ad ed.* D. 50.16.195.6, si rinvia a A. GRILLONE, *I diritti successori dei figli di fronte alla faticosa emersione della rilevanza giuridica della genitorialità materna e alle aspettative agnatizie tra tarda repubblica e primo impero*, nei presenti scritti.

²⁷ Per la dottrina sull’errore si rinvia, da ultimo, a I. PONTORIERO, *I vizi del consenso nella tradizione romanistica*, Torino, 2020, 3 ss.

De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt, ut divus Pius rescripsit.

I due riferimenti testuali, di facile lettura, pongono la questione nei medesimi termini. Nel frammento di Paolo in D. 28.1.14, si prospetta il caso del servo liberato nel testamento (*Qui in testamento domini manumissus est*), il quale, tuttavia, ignorando che il padrone fosse morto e che l'eredità fosse stata accettata (*si ignorat dominum decessisse aditamque eius esse hereditatem*), nonostante sia divenuto un *pater familias* e *sui iuris* (*testamentum facere non potest, licet iam pater familias et sui iuris est*), non può confezionare un testamento valido, perché l'incertezza sul proprio *status* glielo impedisce (*nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest*)²⁸.

Il dubbio o l'errore sulla propria condizione giuridica trova, poi, nel passo di Ulp. in D. 28.1.15 la sua consacrazione, mediante un rescritto di Antonino Pio (*De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt, ut divus Pius rescripsit*)²⁹.

Sulla medesima scia interpretativa si muove il terzo dato tratto da Marc. 9 dig. D. 29.7.9:

Aristo negavit valere codicillos ab eo factos, qui pater familias nec ne esset, ignorasset. Ulpianus notat: nisi veteranus fuit: tunc enim et testamentum valebit.

Secondo quanto leggiamo nel passo, Aristone, precedente di qualche decennio rispetto a Marcello, negò la validità dei codicilli di coloro che fossero incerti del proprio *status* (*Aristo negavit valere codicillos ab eo factos, qui pater familias nec ne esset, ignorasset*). L'annotazione di Ulpiano pone un freno all'invalidità, escludendola nel caso in cui fossero stati posti in essere da un veterano.

Fatta eccezione per quest'ultima ipotesi, l'invalidità delle disposizioni aggiuntive al testamento, tuttavia, non può che essere collegata, nonostante il passo non lo dica, all'atto: infatti, se così non fosse, si dovrebbe sostenere che i codicilli sono invalidi per incertezza di *status* e l'atto, da cui questi dipendono, perfettamente confezionato³⁰.

²⁸ Il richiamo all'accettazione dell'eredità trova la propria ragion d'essere nelle 'regole' paoline perché, se questa non fosse stata accettata, l'eredità medesima sarebbe stata definibile 'giacente', portando lo schiavo orcino a rimanere tale fin tanto che non si fosse palesato un erede.

²⁹ L'emanazione di un rescritto, come è noto, anche sul piano prettamente istituzionale, nasce dal quesito posto da un privato cittadino per la risoluzione di un caso personale. Cfr. M.G. ZOZ-P. FERRETTI, *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza. II. Regole generali in tema di successioni*, Trieste, 2013, 94 ss.

³⁰ Il passo di Marc. in D. 29.7.9 non è correlato, secondo la ricostruzione offerta da O.

5. Errata nomina dell'erede

Nello schema volontaristico si pone al centro uno degli errori che pregiudicano l'elemento che dà vita al testamento: ci riferiamo all'identificazione dell'erede. Di questa parla Ulp. 5 *ad Sab.* D. 28.5.9 pr., nel quale si afferma che:

Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti 'frater meus' 'patronus meus', placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est.

Riporta il giurista di Tiro che, tutte le volte in cui il testatore (*Quotiens volens*), che vuole designare per iscritto un erede (*alium heredem scribere alium scripserit*), ne nomina un altro, identificandolo in modo errato (*in corpore hominis errans*), ad esempio, in luogo di 'mio fratello' scrive 'il mio patrono' (*veluti 'frater meus' 'patronus meus'*), non saranno nominati eredi né colui che è stato indicato (*placet neque eum heredem esse qui scriptus est*), mancando l'intenzione di volerlo come erede, né colui che il testatore avrebbe voluto, considerato che non è stato scritto (*quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est*).

Che l'errata identificazione porti all'impossibilità di nomina³¹, lo ritengo

LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, rist., Graz, 1960, coll. 608, ad un ulteriore frammento del libro sui digesti del giurista, inerente alla validità del testamento. Tuttavia, sopperisce Marcian. 7 *inst.* D. 29.7.6.3, il quale riporta che può fare i codicilli solo colui che può redigere un testamento (*Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest*).

³¹ Diversa è la descrizione che il testatore detta o scrive personalmente, per aggiungere particolari che possano ulteriormente identificare a chi si riferisca la disposizione testamentaria. La divergenza tra un *error in nomine* e la c.d. *demonstratio* viene risolta, a mio avviso, con spiccato senso di conservazione dell'atto: l'errata designazione, ma la corretta *demonstratio* o viceversa, non invalidano la disposizione, se comunque è possibile identificare il destinatario. Esempi testuali possono essere Iav. 3 *ex post. Lab.* D. 34.5.28, in relazione a chi, nel legare uno schiavo alla moglie, commise l'errore di confondere il mestiere svolto da due servi di sua proprietà. In questo caso, scrive il giurista, si deve verificare se il testatore conoscesse o il lavoro svolto da entrambi oppure i loro nomi (*Qui habebat Flaccum fullonem et Philonicum pistorem, uxori Flaccum pistorem legaverat: qui eorum et num uterque deberetur? placuit primo eum legatum esse, quem testator legare sensisset. quod si non appareret, primum inspiciendum esse, an nomina servorum dominus nota habuisset: quod si habuisset, eum deberi, qui nominatus esset, tametsi in artificio erratum esset. sin autem ignota nomina servorum essent, pistorem legatum videri perinde ac si nomen ei adiectum non esset*). Da qui il principio *falsa demonstratio non nocet*, ricavabile da Iav. 2 *ex post. Lab.* D. 35.1.40.4, inerente al legato di un fondo dove si afferma in modo lapidario ... *demonstratio falsa legatum non peremit*. Cfr., in dottrina, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II. Parte speciale. *Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2^a ed., Milano, 1963, 827.

condivisibile pienamente con il giurista, se si tiene conto che l'intenzione di scelta verso l'uno o l'altro dipende da una ponderata decisione del redattore dell'atto, il quale non vuole altri che una specifica persona per beneficiare dei suoi beni o dei diritti discendenti dalla *hereditas*, quale prosiegua giuridico della propria vita.

Sulla medesima linea di invalidità della disposizione si colloca anche l'errore sulla *res* legata, così come leggiamo nel medesimo testo di Ulp. in D. 28.5.9.1, nel quale l'indicazione di una 'veste' in luogo di un 'piatto' porta alla conseguenza che non verranno attribuiti al legatario né l'una né l'altro (*Et si in re quis erraverit, ut puta dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebitur...*)³².

Le ragioni sottese, anche in questo caso, all'invalidità del legato, a causa di un *error in corpore*, si fondano sui criteri volontaristici, se consideriamo che la scelta di legare un bene può derivare da molteplici interessi, primo tra tutti il desiderio del *de cuius* che il legatario possa beneficiare di quella determinata *res*.

Prima di proseguire ulteriormente, vorrei portare all'attenzione quanto riferito *in fine* al § 1 di questo medesimo frammento, dove leggiamo:

... *sive ipse scripsit sive scribendum dictaverit.*

L'inciso, al quale abbiamo voluto attribuire una centralità sistematica nel corpo del testo rispetto ai tre quarti iniziali del paragrafo, si ascrive all'esigenza di riportarlo ai susseguenti §§ 2 e 3, nei quali si afferma:

Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si, cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus libro duodecimo quaestionum, digestorum undecimo posse defendi ait ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum: quae sententia rescriptis adiuvatur generatilibus. idemque est et si ipse testator minus scribat, cum plus vellet adscribere.

Nel § 2 Ulpiano aderisce all'interpretazione della giurisprudenza precedente, nel caso in cui si erri nell'identificazione, per una quantità maggiore o minore, della quota ereditaria.

Infatti, se non si sia caduti in errore sull'identificazione della cosa, ma sulla parte di essa attribuita, (*Sed si non in corpore erravit, sed in parte*) come, per esempio, è stato dettato di nominare un erede per la metà, mentre viene scritto un quarto (*puta si, cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus*), Celso, nel libro dodicesimo delle questioni e undicesimo dei digesti (*Celsus libro duodecimo quaestionum, digestorum undecimo*), affermava che all'erede si attribuiva la parte maggiore, come se si fosse dichiarato di più e scritto di meno (*posse defendi ait ex semisse heredem*

³² Correzione dell'edizione Mo. – Krü., *Ad h. l.* nt. 8.

fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum): tale regola era stata confermata in rescritti di carattere generale (*quae sententia rescriptis adiuvatur generalibus*). Medesima è la via interpretativa, nel caso in cui il testatore abbia scritto di meno, ma voleva attribuire qualcosa di più (*idemque est et si ipse testator minus scribat, cum plus vellet adscribere*).

Ci limitiamo ad un brevissimo commento, data la chiarezza del paragrafo: l'indicazione errata della quota ereditaria non pregiudica la nomina dell'erede, considerato che egli è stato correttamente inserito e, soprattutto, voluto, ma è necessario procedere al riequilibrio funzionale del quantitativo del lascito, nel quale, sia che si tratti di una quota minore, in luogo di una maggiore, o viceversa, la volontà del testatore deve prevalere per rendere corrispondente il suo dettato: siamo di fronte, per utilizzare una terminologia della tradizione romanistica, ad un *error in quantitate*.

Il successivo paragrafo § 3 appare muoversi sui medesimi binari di quanto affermato nel § 2:

Sed si maiorem adscripserit testamentarius vel (quod difficilius est probatione) ipse testator, ut pro quadrante semissem, Proculus putat ex quadrante fore heredem, quoniam inest quadrans in semisse: quam sententiam et Celsus probat.

Ulpiano ipotizza che, se è stata attribuita una quota maggiore (*Sed si maiorem adscripserit*) dallo scriba del testamento o dal testatore stesso (quest'ultimo un caso difficile da provare) (*testamentarius vel (quod difficilius est probatione) ipse testator*), come, per esempio, metà invece di un quarto (*ut pro quadrante semissem*), secondo Proculo il designato diveniva erede per un quarto (*Proculus putat ex quadrante fore heredem*), perché il quarto è compreso nella metà (*quoniam inest quadrans in semisse: quam sententiam et Celsus probat*). Anche Celso aveva approvato questo parere (*quoniam inest quadrans in semisse: quam sententiam et Celsus probat*).

La direttrice dei paragrafi richiamati, come anche, sostanzialmente, del resto del frammento, è quella di seguire la volontà del *de cuius* e, in caso di discrasia tra scritto e *voluntas*, quest'ultima è da ritenersi prevalente.

Intesa così la trascrizione della volontà, alla forma dell'atto³³ non può attribuirsi né un valore ad *probationem* né ad *substantiam* perché, nel primo caso, 'alla scrittura si faceva rinvio nella pronunzia orale e il contenuto era ... tutto nel documento', mentre nel secondo perché il *testamentum* per

³³ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 3^a ed., Palermo, 2006, 137 s. L'autore aggiunge, inoltre, come ulteriori motivi che avrebbero indotto il testatore a redigere delle tavole testamentarie, la «complessità delle disposizioni», «l'esigenza di segretezza» o anche, e questo, a mio avviso, è sia logico che interessante, «la memoria dei testimoni». Con Costantino/Costanzo II, poi, come abbiamo riferito, vengono eliminate le *nuncupationes*, divenendo il testamento solo scritto.

aes et libram era già di per sé un atto formale che richiedeva, per la sua validità, un rito *ad hoc*.

Nell'elenco delle tre fattispecie che si possono verificare, nei §§ 2 e 3 (metà, ma è stato scritto un quarto; meno, ma si vuole di più; metà, ma si vuole di meno), appare determinante la specifica *difficilius est probatio*, che deve necessariamente estendersi all'interezza dell'atto in sé considerato, ovvero sia la difficoltà che incontra l'interprete nel definire le quote, se il testamento è stato redatto personalmente³⁴.

Il tema dell'errore necessita, logicamente, che ci sia 'qualcuno' che conosca o, almeno, abbia contezza delle reali intenzioni del *de cuius*, altrimenti, a mio avviso, non si potrà mai parlare di inesatta attribuzione.

Una domanda va posta e mantenuta come punto fermo: su quale base si può mai supporre che il testatore abbia errato, in assenza di un qualche riscontro certo? A questa si aggiunge un ulteriore quesito: ma se anche il ricorrente³⁵ ritenesse che il testatore abbia commesso tale imprecisione/errore, su quali presupposti si può mai arrivare alla conclusione che non si possa mutare la propria volontà durante la stesura dell'atto? Del resto, sappiamo che *'ambulatoria est voluntas defuncti'*³⁶.

Se questa è la principale regola affinché, fin dall'origine, non si possa parlare di un testamento nullo, l'ulteriore elemento da tener presente è il costruito grammaticale utilizzato per la redazione dell'atto. L'essenza stessa della scrittura, da qualunque visuale la si voglia guardare, ovvero se il documento assuma una forma *ad substantiam* o *ad probationem*, pone l'accento sull'importanza delle parole impiegate, le quali, se sono chiare, non ammettono alcuna indagine sulla volontà del *de cuius*³⁷.

³⁴ Cfr., anche D. 34.8, rubricato *De his quae pro non scriptis habentur* (Sulle disposizioni che si considerano come non scritte).

³⁵ Lo specifico utilizzo del termine, così come riportato nel testo, si pone quale via necessaria per l'interpretazione dei passi della giurisprudenza. Vanno considerati, infatti, i tre *verba* che ne descrivono il ruolo, due dei quali si riferiscono, in particolare, agli schemi 'negoziali' (*cavere*) e a come agire in giudizio (*agere*): ce lo descrive Cic. Or. 1.48.212, il quale afferma, secondo la propria visione, che si può chiamare veramente giureconsulto, colui che è esperto di leggi e consuetudini, di cui si servono i privati, ed è in grado di dare responsi, indicare le azioni e redigere schemi processuali (*Sin autem quaereretur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset, et ex eo genere Sex. Aelius, M. Manilius, P. Mucius nominarem*). Cfr., A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, 2017, 218.

³⁶ Ulp. in D. 34.4.4.

³⁷ Interessante sul tema appare un frammento di Alf. 5 dig. D. 28.5.45(44), studiato, da ultimo, da R. LAMBERTINI, D. 28.5.45(44): *una soluzione giurisprudenziale contra voluntatem testantis*, in *Antologia del digesto giustiniano. Scritti in ricordo di G. Negri*, a cura di L. MAGANZANI, Napoli, 2023, 413 ss., dove si riporta il parere di Servio Sulpicio Rufo, il quale

Questo è chiaramente messo in luce da Paul. 1 Ner. D. 32.1.25.1, il quale scrive che:

Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.

L'affermazione del giurista appare, a mio avviso, rispettosa non solo della volontà del *de cuius*, ma anche conforme ai più generali criteri dell'ovvietà³⁸: se si procedesse ad una interpretazione di tutti i termini correttamente utilizzati e collocati strutturalmente all'interno di frasi compiute, l'indagine sulla volontà del testatore comporterebbe una intromissione non consentita nella sfera privata di chi, nei fatti, non può giustificare se ciò si rendesse proprio necessario in un atto dove si riportano le proprie scelte³⁹.

Da questi brevi stralci della giurisprudenza, si nota come l'elemento della scrittura, comunque la si voglia guardare, sia determinante nel poter valutare tutti quei casi in cui sia possibile parlare di errore, altrimenti difficilmente inquadrabili in uno schema giuridico di 'vizio'.

L'effettiva volontà del *de cuius*, come è logico che sia, appare l'unico mezzo idoneo per potersi muovere nel complicato mondo delle successioni

si muoverebbe in senso opposto alle parole utilizzate dal testatore. Lambertini chiarisce quale siano i termini della questione prospettata al giurista ed offre al lettore una propria interpretazione ampliando l'aspetto più prettamente pratico del caso.

³⁸ Una disciplina indicativa di come andasse letto il testamento, nel caso in cui il redattore avesse apportato delle modifiche mediante raschiamento delle parole, cancellazioni o riscrittura dello stesso, si ricava dal titolo IV, del libro ventottesimo, rubricato '*De his quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur*'. Tuttavia, a mio avviso, se rapportiamo sia l'espressione paolina che la disciplina che ricaviamo dal titolo IV, ora richiamato, collocandole all'interno del periodo storico di piena vigenza della querela di testamento inofficioso, il cui fine è di riequilibrare assetti ritenuti violati dal potenziale erede, ci accorgiamo come, a volte, nonostante la chiarezza dei termini, non si impedisca al ricorrente di dar vita ad un processo.

³⁹ E ciò che può essere dedotto anche da I. 2.20.2 dove, parlando di legati, Giustiniano richiama una propria costituzione (C. 6.43.1 del 529, in particolare, segnalo il § 3), attraverso la quale, dopo l'intervento di Costantino/Costanzo II del 339 rivolto al popolo (C. 6.37.21: *In legatis vel fideicommissis verborum necessaria non sit observantia, ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit aut quis loquendi usus effuderit*), si ribadisce ulteriormente l'importanza della volontà del *de cuius* rispetto alle parole (I. 2.20.2: *Sed olim quidem erant legatorum genera quattuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem: et certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur. sed ex constitutionibus divorum principum sollemnitas huiusmodi verborum penitus sublata est. nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit...*; C. 6.43.1.3: *Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat, et praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata*).

testamentarie, tanto è vero che, Ulp. 15 *ad Sab.* D. 28.4.1 pr. *in fine*, afferma che quanto è stato scritto senza l'autorizzazione del testatore è come se fosse inesistente (... *id vero quod non iussu domini scriptum*⁴⁰ *est, pro nihilo est*)⁴¹.

6. Dolo e violenza

Su di un piano diametralmente opposto si muovono il dolo e la violenza/*metus*, considerato che tali vizi percorrono i binari di una condotta attiva da parte dell'agente, il cui scopo principe, pertanto, è quello di arrecare ad altri un danno volontariamente.

Prima di procedere ad un qualche richiamo testuale che ne descriva le applicazioni pratiche, appare preliminare ribadire come il testamento rientri tra gli atti formali dello *ius civile*. Osservazione che possiamo ritenere pressoché lineare, nella sua veste, ma che, parlando dei vizi della volontà all'interno di tale atto, pone un quesito dalla risposta assai certa: se il testatore abbia patito una qualche forma di 'violenza' - sarebbe necessario comprendere se fisica o mentale⁴² - o delle macchinazioni tali che lo hanno indotto a redigere il testamento, l'atto può ritenersi valido? La risposta, come avevo già tendenzialmente supposto, non può che essere positiva, almeno per l'antico *ius civile*.

Il *testamentum per aes et libram*, l'unico rimasto, prevedeva espressamente che si seguisse un determinato rito e si pronunciassero *certa verba*, al fine di poter ritenere efficace il documento⁴³. Lo stesso Gai 2.104, come abbiamo riferito nelle pagine precedenti, accennando ai generi di testamento, specifica come *nuncupare* identifichi il dichiarare pubblicamente il contenuto posto all'interno del testamento, ma senza che ciò conduca ad una elencazione minuziosa. La distruzione delle tavole, infatti, non ne determina l'invalidità, almeno al tempo del Nostro⁴⁴, per il solo fatto che, concluso il

⁴⁰ Correzione dell'edizione Mo. – Krü., *Inductum deletumve del. Ad h. l.* nt. 9.

⁴¹ B. BIONDI, *Successione*, cit., 509.

⁴² Secondo quanto riferisce Gai 4 *ad ed. prov.* D. 4.2.6, ubicato dai Compilatori all'interno dell'apposito titolo '*Quod metus causa gestum erit*', che nei fatti è la clausola di apertura dell'editto del pretore sull'argomento, sulla base di quel che leggiamo in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.1 pr. (*Ait praetor: 'quod metus causa gestum erit ...'*), la tutela offerta a chi abbia fatto qualcosa per timore non riguarda la persona facilmente impressionabile, ma coloro che posseggono una ragione sensata (*Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus*).

⁴³ Cfr. nt. 12.

⁴⁴ Tale regola è chiaramente messa in luce da Gai 2.151, dal cui riferimento testuale

rito di confezionamento, l'atto si considera 'voluto'; da ciò consegue che, anche in presenza di dolo e violenza, il testamento risulta valido.

Tali tipologie di vizi trovano la loro collocazione all'interno del libro quarto del Digesto, *sedes materiae* di molti rimedi processuali contro quei comportamenti che inglobano una diminuzione patrimoniale e la susseguente tutela di 'reintegra' nello *status quo ante* di colui che abbia subito un pregiudizio⁴⁵.

apprendiamo che il taglio del filo di unione, la distruzione o l'incendio delle tavole non ne pregiudicano il contenuto (*Potest, ut iure facta testamenta nuda voluntate infirmantur. apparet non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. quin etiam si deleverit quoque aut conbusserit tabulas testamenti, non ideo minus desinent valere, quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit*). Se questo può considerarsi veritiero, almeno in origine e fino al II sec., la situazione parrebbe porsi in modo diametralmente opposto successivamente: già nella rubrica '*De his quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur*' in D. 28.4, della quale abbia fatto riferimento *supra* (nt. 38), vediamo che, nel caso in cui a raschiare o, addirittura, distruggere le tavolette del testamento fosse stato lo stesso testatore, sarebbero state negate le azioni a coloro che avessero voluto far valere quanto riportato in esso, mentre sarebbe stato diverso, se ciò fosse avvenuto in modo involontario, come sottolinea Ulp. in D. 28.4.1.3 (*Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt sive non possunt, quoniam, si totum testamentum non exstet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt. et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur*). Ancora più interessante è il testo di Pap. 6 *resp.* D. 28.4.4, annotato da Paolo. Leggiamo che il testatore che abbia fatto più copie delle sue ultime volontà e le abbia depositate in un luogo pubblico, qualora ne prenda una e ne raschi il contenuto, non determina la invalidità del testamento, essendo stato questo confezionato secondo il diritto (*Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus sollemniter complevit. si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quae iure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis quas non abstulit res gesta declaratur, non constituentur irrita*). Dalle parole di Papiniano si conferma, pertanto, la regola che solo 'un medesimo procedimento' può avere la forza di revocare un testamento. Tuttavia, nel passo si riporta un'annotazione di Paolo, secondo la quale, se il testatore abbia rotto i sigilli, per morire intestato, ed è provato dagli eredi *ex lege*, coloro che sono stati designati nel testamento non concorreranno all'eredità (*PAULUS notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas*). Da una rigidità papiniana, perfettamente ascritta all'interno delle regole dello *ius civile*, linea già seguita anche da Gaio, assistiamo ad una interpretazione di Paolo che è conforme a quanto appena visto in Ulpiano. Ciò potrebbe indurre a credere, allora, che, a partire dal III sec., assistiamo ad una perdita di quella formalità strutturale che domina lo *ius civile*, portando, poi, in un crescendo, alla costituzione di Costantino/Costanzo II in C. 6.23.15.1 (... *nec necessaria sint momenta verborum* ...) della quale abbiamo a nt. 20. Cfr., sulla prassi documentale testamentaria, il contributo di L. MIGLIARDI ZINGALE, «Il testamento romano attraverso la prassi documentale» di Mario Amelotti, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, 23, 2020, 297, ed ivi gli studi citati di M. Amelotti.

⁴⁵ Basta qui richiamare le singole rubriche, per comprendere i motivi per i quali abbiamo volutamente parlato della 'reintegra nello *status quo ante*': D. 4.1: '*De integrum restitutioni-*

Ciò che a noi interessa più da vicino, invece, è l'apposito titolo VI, del libro ventinovesimo del Digesto, la cui rubrica si riferisce alla condotta attiva di qualcuno che abbia impedito o costretto un altro a fare testamento (*Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*).

Dai richiami testuali molto limitati, considerando che il loro numero è di soli tre frammenti, tuttavia, parrebbe non potersi determinare in che cosa consista la costrizione (*coegerit*)⁴⁶, essendo il loro contenuto digiuno di tale comportamento.

I casi prospettati, riproducendo qui la ricostruzione offerta da Voci⁴⁷, sono i seguenti: «a) l'erede designato impedisce la redazione, o il rifacimento, del testamento, impedendo al *testamentarius* di giungere alla presenza dell'ereditando; b) l'erede impedisce l'entrata dei testimoni; c) il *dominus*, o il *pater*, impediscono che venga mutato il testamento, in cui è istituito lo schiavo, o il *filius*».

Dall'elenco proposto manca il caso trattato da Pap. 15 *resp.* D. 29.6.3 e, dal canto nostro, preferiamo non apportare ad esso alcun commento nel corpo del testo, mentre ci riserviamo qualche critica in nota, tenuto conto che il responso di colui, che viene posto in una posizione di superiorità rispetto agli altri giuristi nella c.d. Legge delle citazioni, a mio avviso, dà più spazio ad un giudizio personale, molto discutibile, se si guarda con gli occhi di un moderno, al quale segue una 'limitata' interpretazione giuridica⁴⁸.

bus'; D. 4.2: '*Quod metus causa gestum erit*'; D. 4.3: '*De dolo malo*'; D. 4.4: '*De minoribus viginti quinque annis*'; D. 4.5: '*De capite minutis*'; D. 4.6: '*Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur*'; D. 4.7: '*De alienatione iudicii mutandi causa facta*'; D. 4.8: '*De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*'; D. 4.9: '*Nautae caupones stabularii ut recepta restituant*'.

⁴⁶ Di costrizione, proprio in materia ereditaria, parla Paul. 11 *ad ed.* D. 4.2.21.5, nel quale rinveniamo il noto principio, secondo cui, se un atto è stato posto in essere, benché non voluto, comunque rimane valido. Sarà poi il pretore, nel caso di specie in tema di accettazione dell'eredità, a concedere lo *ius abstinendi* all'erede costretto (*Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur*). Cfr., da ultimo. I. PONTORIERO, *I vizi*, cit., 53 s.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, P. VOCI, *Diritto ereditario romano, I. Introduzione. Parte generale*, 2^a ed., Milano, 1967, 471.

⁴⁸ L'ultimo dato testuale, a chiosa del titolo, che riporto volutamente in nota, è il responso di Pap. in D. 29.6.3, nel quale, nella sua composizione strutturale, risalta più una dimensione di palese 'misoginia' interpretativa. Il giurista nega che il marito di una donna 'malata' incorra in un crimine se, senza alcuna violenza o dolo, sia intervenuto per placarne l'ira ed evitare che ella disponesse dei codicilli contro di lui (*Virum, qui non per vim nec dolum, quo minus uxor, contra eum mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed ut fieri adsolet, offensam aegrae mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse respondi, nec ei quod testamento fuerat datum auferendum*). I dubbi che si pongono, dal mio personale punto di vista, naturalmente, investono principalmente due fronti: uno di

Venendo dunque all'analisi del titolo VI, fruiremo dell'utile puntualizzazione così predisposta dalla dottrina, al solo fine di commentare i due testi della giurisprudenza rimasti: quello di Ulp. 48 *ad ed.* D. 29.6.1 e di Paul. 44 *ad ed.* D. 29.6.2⁴⁹.

Il primo riferimento è al *principium* di Ulp. in D. 29.6.1, nel quale leggiamo:

Qui dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire volente eo facere testamentum vel mutare, divus Hadrianus constituit denegari ei debere actiones denegatisque ei actionibus fisco locum fore.

Secondo quanto riporta il giurista di Tiro, a colui che ha cercato di ottenere una eredità legittima o testamentaria (*Qui dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento*), proibendo allo scriba del testamento (*prohibuit testamentarium*) di recarsi da chi voleva confezionarne uno o mutare quello esistente (*introire volente eo facere testamentum vel mutare*), l'imperatore Adriano aveva stabilito che fossero negate le azioni (*divus Hadrianus constituit denegari ei debere actiones*), subentrando il fisco (*denegatisque ei actionibus fisco locum fore*).

natura giuridica e l'altro più strettamente legato ad una interpretazione sociale-familiare. Nel primo caso, non riesco a comprendere il perché della specifica della malattia: se fosse stata di natura psichica, sarebbe necessario valutare se: a) il testamento è stato redatto da una persona incapace, allora il medesimo è invalido; b) se è stato redatto prima della patologia, allo stesso modo non può essere cambiato e sarebbe impensabile ritenere validi i codicilli. Qualora la sua malattia sia di natura fisica, non ne capisco l'esigenza di specifica, considerato che la moglie ha la piena capacità, soprattutto nel periodo nel quale scrive Papiniano, di poter compiere atti validi. Venendo al secondo caso, che ho collocato nell'ambito 'socio-familiare', a me sembra che la vera domanda da porsi, ma impossibile nella risoluzione, è perché la moglie si sia adirata nei confronti del marito. Forse che il marito abbia commesso 'un qualcosa' che ha indotto la moglie a rivedere le proprie scelte? Del resto, l'atteggiamento vile dell'inganno non è mai mutato nella storia, solo che, al giorno d'oggi, sembra in realtà garantire una migliore posizione.

⁴⁹ Si noti come i testi selezionati dai Compilatori di entrambi i giuristi severiani, menzionati nel corpo del testo, siano per Paolo, il libro quarantaquattresimo all'editto e il quarantottesimo per Ulpiano. Se osserviamo i titoli II e III del libro IV del Digesto, rispettivamente, rubricati '*quod metus causa gestum erit*' e '*de dolo malo*', possiamo agevolmente comprendere come i commenti di Paolo ed Ulpiano all'editto siano tratti dal loro libro undicesimo, dunque, ponendosi 'sistematicamente' agli antipodi rispetto ai due riferimenti siti nel titolo VI, libro ventinovesimo. Riferendoci ai frammenti di quest'ultimo libro del Digesto, interessante è vedere come il Lenel li inserisca all'interno della sua Palingenesia. Se ricerchiamo il passo di Paul. in D. 29.6.2 in *Palingenesia Iuris Civilis*, I, rist., Graz, 1960, col. 1053 e quello di Ulp. in D. 29.6.1, in *Palingenesia Iuris Civilis*, II, rist., coll. 724 s., constatiamo che entrambi sono ricostruiti riportando, rispettivamente, la dizione nonché la collocazione all'interno dell'editto perpetuo: [*Clausulae generales* (E. XXV. C)] – [*Quibus non competit b.p.* (E. 163)] e [*De bonorum possessionibus: de clausulis generalibus* (E. XXV. C) 1.] – [*Quibus non competit b.p.* (E. 163)]. Per l'editto, cfr., da ultimo, C. GIACHI, *Per una storia dell'editto (I-III secolo). Note preliminari*, in TSDP, 16, 2023, 1 ss.

Il caso appare chiaro nella costruzione sintattica: il potenziale erede, nella sua veste sia di legittimo che di testamentario, non ha alcuna tutela processuale⁵⁰, così come stabilito da Adriano, se, mediante un comportamento attivo, abbia fatto in modo da influenzare le ultime volontà del disponente a proprio favore. L'interesse dell'erede, dunque, è l'ottenimento dell'universalità dei beni del testatore, il quale non è in grado di confezionare personalmente l'atto, ma sente, tuttavia, l'esigenza di porre un freno agli effetti che la 'legge' gli impone o di cancellare le decisioni prese in precedenza, poiché – e questo va supposto necessariamente – le condizioni che lo hanno portato a quel tipo di scelte, non sono più confermate, forse alla luce degli eventi della vita.

Nella struttura del passo in analisi, proseguiamo con il riferimento indicato da Voci *sub c*), tenuto conto che la situazione intermedia trova una trattazione nel successivo frammento del giurista Paul. in D. 29.6.2 pr.

Continua Ulp. in D. 29.6.1.1:

Si dominus dolo fecerit, ne testamentum mutaretur, in quo servus eius scriptus erat, quamvis manumissus adierit hereditatem, actiones ei denegantur, cum et liberis eius si quid fuerit datum, denegari debeat, etsi non fuerint in potestate. sed si legatum ei relictum sit idque restituere sit rogatus, consequens erit dicere admitti eum ad legatum, quod non ipse habuisset, sed ad alium sit translaturus.

Secondo quanto riferisce il giurista di Tiro, se un padrone abbia commesso del dolo (*Si dominus dolo fecerit*), affinché non fosse mutato il

⁵⁰ Identica soluzione è stabilita nel medesimo passo di Ulp. in D. 29.6.1.2, ma si tratta di una pluralità di eredi che abbiano agito con dolo, al fine di impedire che il testamento venisse mutato (*Si plures heredes instituti sint et omnes dolo fecerint, quo minus testamentum mutaretur, dicendum est actiones omnibus denegari, quia omnes dolo fecerunt*). In quest'ultimo caso, allora, vi è un accordo tra gli agenti per non far modificare un testamento già confezionato, altrimenti lesivo, dobbiamo supporre, dei diritti vantati da loro. Naturalmente, a mio giudizio, può estendersi anche la previsione vista nel *principium*, ovvero che la pluralità degli interessati impedisce con dolo anche il mero confezionamento: se si trattasse, infatti, di eredi legittimi, questi avrebbero tutto l'interesse ad ottenere l'eredità nella sua interezza. La *denegatio actionis* e la susseguente attribuzione al fisco dell'eredità si ascrive, a mio giudizio, all'interno della politica di riforme in materia ereditaria, che prende avvio già con Augusto. A quest'ultimo si deve, con l'emanazione delle due leggi, conosciute come *lex Iulia et Papia*, l'attribuzione alle casse dello Stato di tutti quei beni ereditari di coloro che non avessero contratto matrimonio nei tempi e nei modi previsti. Nel caso di Adriano sappiamo, inoltre, che attraverso, ad esempio, il Senatoconsulto Giuvenziano, si ampliano le tutele per coloro che abbiano posseduto l'eredità senza averne titolo e non solo. Cfr., su quest'ultimo argomento, Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari, 2014, *passim*. Da quanto riferito, allora, si deve supporre che l'assenza di una qualsiasi forma di *denegatio actionis*, prima del 117 d.C., avrebbe comportato che venisse respinta la pretesa ereditaria solo dopo l'avvio del processo. Cfr., M.G. ZO-P. FERRETTI, *Le costituzioni*, cit., 153 s. e sul dolo, cfr., I. PONTORIERO, *I vizi*, cit., 79 ss.

testamento (*ne testamentum mutaretur*), nel quale era scritto come erede il proprio servo (*in quo servus eius scriptus erat*), a quest'ultimo, una volta manomesso e accettata l'eredità (*quamvis manumissus adierit hereditatem*), devono essere negate le azioni (*actiones ei denegantur*), così come anche si deve fare per i discendenti, se abbiano avuto qualcosa (*cum et liberis eius si quid fuerit datum, denegari debeat*), benchè non siano stati in potestà (*etsi non fuerint in potestate*). Ma se gli sia stato lasciato un legato e gli sia stato chiesto con fedecommesso di darlo a terzi (*sed si legatum ei relictum sit idque restituere sit rogatus*), si dovrà dire che è ammesso a tale legato (*consequens erit dicere admitti eum ad legatum*), perché non lo avrebbe egli stesso (*quod non ipse habuisset*), ma lo trasmetterà ad altri (*sed ad alium sit translaturus*).

Anche in questo caso, si tratta dell'interesse sotteso dell'ex padrone, il quale, attraverso la manomissione del servo e la conseguente accettazione dell'eredità, vuole ottenere dei vantaggi di natura economica, da identificarsi o negli 'alimenti', che il liberto dovrà corrispondergli in quanto patrono, o nella futura partecipazione ai lasciti del servo liberato: in tale ultima ipotesi, tuttavia, a mio avviso, dobbiamo necessariamente supporre che si stia parlando di una persona, la cui possibilità di avere figli sia da considerarsi remota⁵¹. Come è noto, se non fosse, in particolare, un liberto privo di prole, il patrono non potrebbe partecipare alla sua eredità, nel caso in cui fosse stato redatto un testamento valido, come riferisce Gai 3.41 quando afferma *prosunt autem liberto ad excludendum patronum naturales liberi*⁵².

Se quanto detto fin qui si ascrive perfettamente alle comuni regole del diritto, ovvero la necessaria manomissione del servo per poter accettare l'eredità di cui è stato investito, ciò che, a mio avviso, appare interessante è la negazione delle *actiones* anche nei confronti dei discendenti dell'autore del dolo, malgrado questi non si fossero più trovati sotto la sua patria *potestas*: detta in altri termini, si assiste ad una 'sanzione' per il fatto di un terzo.

Diverso appare l'ultimo caso, a chiosa del §1, dove il servo liberato assu-

⁵¹ Oltre agli obblighi economici, ve ne sono ulteriori, la cui natura è più 'sociale': cfr., sul tema, le due opere di C. MASI DORIA, *Civitas operae obsequium: tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli, 1993, *passim.*; EAD., *Bona libertorum: regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, *passim.* Inoltre, il senatoconsulto Ostoriano consentì la cd. *adsignatio libertorum*, e cioè la possibilità concessa al patrono di dividere tra i suoi figli il diritto di patronato. Sul tema si rinvia a R. SIGNORINI, *Adsignare libertum. La disponibilità del patronatus tra normazione senatoria e interpretatio giurisprudenziale*, Milano, 2009, *passim.*

⁵² Per la successione del patrono ai beni del liberto, cfr., C. MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., *passim.*; G. FINAZZI, *La successione ab intestato*, in *XII tabulae. Testo e commento*, I, a cura di M.F. CURSI, Napoli, 2018, 263 ss.

me la veste di 'mero tramite testamentario' al solo fine di attribuire ad un fedecommissario un legato da parte del *de cuius*: la *ratio* sottesa è la validità della disposizione, perché non si può nuocere a persone che sono viste totalmente estranee al nucleo familiare dell'autore del dolo.

Veniamo al terzo riferimento che il Voci colloca all'interno del gruppo b), identificato nel dolo dell'erede, sia legittimo che testamentario, il quale impedisce ai testimoni di presentarsi da colui che vuole redigere un testamento *iure civili* valido.

Ne parla Paul. in D. 29.6.2 pr., il quale afferma:

Si quis dolo malo fecerit, ut testes non veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi, denegandae sunt actiones ei qui dolo fecerit, sive legitimus heres sit sive priore testamento scriptus.

Secondo quanto riporta il giurista, se qualcuno abbia agito con dolo (*Si quis dolo malo fecerit*), al solo fine di non far assistere i testimoni (*ut testes non veniant*), e per questo viene meno la facoltà di fare testamento (*et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi*), sono negate le azioni a chi abbia commesso il dolo (*denegandae sunt actiones ei qui dolo fecerit*), sia che egli sia erede legittimo (*sive legitimus heres*) o che sia stato designato nel testamento precedente (*sit sive priore testamento scriptus*).

Il caso riportato da Paolo può essere letto come un mero completamento di quanto riferito da Ulp. in D. 29.6.1 pr. Infatti, in quest'ultimo si tratta di un comportamento attivo impeditivo che non consente al *testamentarius* di recarsi da colui che vuole confezionare l'atto (*prohibuit testamentarium introire volente eo facere testamentum vel mutare*), mentre nel passo paolino l'erede medesimo pregiudica la presenza dei testimoni (*Si quis dolo malo fecerit, ut testes non veniant*).

Così esaminati i riferimenti testuali del titolo VI, a me sembra, dunque, che la costrizione (*si quis ... coegerit*), il cui significato è «obbligare, con la forza o la suggestione, a sottomettersi all'altrui volontà»⁵³, possa essere interpretata come, *de facto*, una violenza, quale conseguenza naturale dell'elemento volontaristico di arrecare un danno (dolo), poiché essa va riscontrata non tanto in un comportamento attivo, sia esso fisico o psichico, posto in essere dall'erede e diretto al testatore, quanto in una subdola condotta che, attraverso un mero impedimento dello scriba o dei testimoni, portano ad una 'costrizione' del lascito: del resto, a mio avviso, isolare qualcuno può essere definita una forma di violenza.

⁵³ G. DEVOTO-G.C. OLI, v. *costringere*, cit., 609.

7. Qualche osservazione conclusiva

Da quanto siamo venuti discorrendo fin qui, abbiamo avuto modo di vedere come il testamento, per chi decida di confezionarlo, assuma un'importanza fondamentale perché con esso dispone del 'destino' dei propri beni.

I vizi della volontà, sui quali abbiamo concentrato la nostra trattazione, si muovono esclusivamente su un concetto teoricamente semplice, ma in realtà piuttosto complesso nel suo significato reale: la scelta del redattore deve essere pienamente 'libera' e, soprattutto, svincolata da qualsiasi intervento di terzi. È per tale motivo che anche l'incertezza di *status*, rientrando all'interno del genere 'errore', solo per fare un esempio, avrebbe comportato l'invalidità dell'atto, non essendo stato confezionato in piena consapevolezza, come abbiamo avuto modo di vedere in Paul. in D. 28.1.14 e Ulp. in D. 28.1.15. Tuttavia, non tutte le varie forme di errore conducono alla nullità del testamento, potendo l'interprete sanarne il contenuto attraverso una verifica delle conoscenze avute dal *de cuius* quando questi era in vita, come riferito da Iav. in D. 34.5.28.

Per quanto concerne le conseguenze derivanti dal dolo e dalla violenza/*metus* o costrizione, in realtà, si tratta di tipologie di vizi da riferirsi, in particolare, più all'intervento di terzi, e nel caso di specie agli eredi, i quali cercano di evitare che il testatore rediga un atto o modifichi quello esistente, impedendo l'ingresso o del *testamentarius* o dei testimoni, necessari al perfezionamento, come menzionato da Ulp. in D. 29.6.1.1 e Paul. in D. 29.6.2.

Arrivati a questo punto, a chiosa del presente discorso, mi preme precisare come, in realtà, l'errore, il dolo o la costrizione, a mio avviso, possano essere considerati rilevanti, solo nel caso in cui un qualcuno sia a conoscenza della loro esistenza, perché altrimenti, anche nelle ipotesi più gravi, l'atto non può che rimanere valido: come è possibile, infatti, ritenere 'ingiusto' ciò che risulta 'formalmente giusto'? Se si perseguisse la via puramente interpretativa, perché quel qualcuno ritiene di aver subito un torto, anche irrisorio, si potrebbe cadere in un giudizio di merito sulla vita del *de cuius* e sulle sue scelte, nate da ponderazioni meditate e solitarie, ciò che un ordinamento non può permettersi di sindacare, se non solo in presenza di reali, verificabili e verificate patologie del testamento, e non su mere illazioni da parte di chi vuole ottenere esclusivamente vantaggi economici.

ALESSANDRO GRILLONE

I DIRITTI SUCCESSORI DEI FIGLI
DI FRONTE ALLA FATICOSA EMERSIONE
DELLA RILEVANZA GIURIDICA
DELLA GENITORIALITÀ MATERNA
E ALLE ASPETTATIVE AGNATIZIE
TRA TARDA REPUBBLICA E PRIMO IMPERO

SOMMARIO: 1. L'originaria posizione dei figli nella successione civile e pretoria materna. – 2. La genitorialità madre-figli nella percezione sociale. – 3. Madri e figlie di fronte alla *lex Voconia*. – 4. Il *SC Orphitianum*.

1. *L'originaria posizione dei figli nella successione civile e pretoria materna*

La storia che segue è la rievocazione dell'iter d'affermazione di quello che per noi oggi è un diritto incontroverso: quello dei figli, di qualsiasi sesso, a succedere per legge al primo posto (*ex artt. 565-567 c.c.*), e a prescindere dalla particolare posizione ricoperta dal coniuge (*ex artt. 581 e 582 c.c.*), alla madre, così come al padre, in parti uguali, escludendo per converso tutti gli altri parenti ascendenti e collaterali. Eppure questa circostanza, che suona per noi così scontata, faticò non poco ad affiorare nell'esperienza giuridica romana, a cagione della non equiparabilità del rapporto di genitorialità materno e paterno, solo quest'ultimo sorretto e orientato, anche a fini successori, dalla perpetuazione della suprema *potestas* patriarcale. In sostanza, in quanto la madre era esclusa dall'esercizio di detto potere sui figli, costoro erano altresì esclusi, al momento della morte di lei, dal novero dei suoi successibili¹.

Ma procediamo con ordine.

Senza tediare il lettore in preamboli troppo lunghi e per certo, nelle

¹ Già in A. GRILLONE, *Una strada a metà: tratti essenziali della posizione giuridica della donna nel diritto successorio romano dall'età arcaica ai primi secoli dell'Impero*, in *L'osservatorio sul diritto di famiglia*, Diritto e processo, 6, 2022, I, 55 s.

loro linee essenziali, già largamente noti², corre nondimeno qui l'onere e l'imbarazzo di condensare in poche frasi gli antefatti plurisecolari della svolta, che la presente ricerca si propone d'indagare e che condurrà i figli, non senza difficoltà e ritorni, ad assumere una posizione prioritaria tra i successibili delle loro madri.

Come già in altra sede si è avuto occasione di dire³, sebbene non radican-
dosi in fonti anteriori all'età classica, sembra oggi aver prevalso l'opinione
per cui la donna *sui iuris*, *ab antiquo*, cioè fin dagli albori più remoti della
Civitas, sarebbe stata chiamata alla successione in posizione di perfetta egua-
glianza con i soggetti di sesso maschile legati al *de cuius* dal medesimo gra-
do di parentela⁴. Sopraggiunta la morte, ella, essendo *caput et finis familiae*

² Per una disamina più ampia di questa evoluzione, fin da ora rinvio ad A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, Madrid, 2017, 27-95.

³ Cfr. A. GRILLONE, *Una strada*, cit., 56 s.

⁴ L'opinione contraria risaliva a P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni*, Roma, 1930, 96, fu seguita parimenti da G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 172 e, pure, con alcune variazioni, una decina di anni più tardi, da E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a far testamento*, in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1991, 78 s.; più recentemente, è stata condivisa da G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino, 1989, 36 ss.; L. MONACO, 'Hereditas' e 'mulieres'. *Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, 42 ss. e, da ultimo, da G.M. OLIVIERO NIGLIO, *Hereditas e Tutela. Testimonianze di un legame antico*, in *TSDP*, 12, 2019, 5. Per la capacità succes-
soria *ab intestato* originaria, per lo meno a decorrere dal tempo delle XII Tavole, cfr. J.A. CROOK, *Women in Roman Succession*, in *The Family in Ancient Rome. New Perspectives*, a cura di B. RAWSON, Ithaca, 1986 (ed. 1992), 58 ss.; E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma. 4. Caratteri e morfologie*, a cura di E. GABBA-A. SCHIAVONE, Torino, 1989, 600 ss.; EAD., *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*², Milano, 1998, 63 ss.; EAD., *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*¹⁰, Milano, 2020, 178 ss.; F. CENERINI, *La donna romana*, Bologna, 2002, 33; C. VENTURINI, *Ereditare ed ereditande (Appunti a margine di una recente ricerca)*, in *BIDR*, 39, 1997 (pubbl. 2003), 617 ss.; ID., *Variazioni in tema di tutela mulierum*, in *El Derecho de Familia: de Roma al Derecho Actual*, a cura di R. LÓPEZ-ROSA-F.J. DEL PINO TOSCANO, Huelva, 2004, 810-817; A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos*, cit., 19 ss., 75 ss.; più di recente, a margine del suo ultimo lavoro, anche A. MCCLINTOCK, *La ricchezza femminile e la 'Lex Voconia'*, Napoli, 2022, 43 ss., nt. 44, ha posto in luce come, a fronte delle perplessità che ancora permangono in dottrina, negare che le donne succedessero, a partire dal testo decemvirale, in posizione di parità rispetto ai maschi, significa comunque tradire la lettera delle fonti (sebbene tarde) a noi giunte, da Gaio fino all'ancora più esplicito *Paul. Sent.* 4.8.20 = *Coll.* 16.3.20 (*Lex XII tabularum nulla discretione sexus adgnatus*). Del resto, come si dirà *infra* §. 3, neanche il provvedimento di precipuo interesse dell'Autrice avrà quale esito pratico quello di escludere le donne dalla successione, ma piuttosto quello di impe-
dire che costoro potessero ricevere, per tramite della delazione testamentaria, più di metà dell'asse (per mezzo di legati). Pure il recentissimo, G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *La emancipación jurídica privada de la mujer romana: un antecedente histórico de "liberación de género"*, in

*suae*⁵, avrebbe poi rimesso *ab intestato*, in base alla lettera del testo decemvirale, il proprio patrimonio agli agnati⁶ e, dopo una quantomeno sostanziale segregazione dalle più antiche forme di testamento pubblico, *calatis comitiis* e *in procinctu*, in quanto soggetto alieno a dette adunanze popolari⁷, sarebbe stata ammessa dall'*interpretatio* post-decemvirale a confezionare, sebbene sotto le strette maglie della tutela, per lo più in origine agnatizia⁸, un valido testamento nelle forme della *mancipatio familiae* ovvero nella sua evoluzione, affermata non più tardi del II secolo a.C., il *testamentum per aes et libram*⁹.

RIDROM, 30, 2023, 400, nella sua storia dell'emancipazione femminile nell'evoluzione del diritto privato romano parte da questo dato acquisito almeno già al tempo delle XII Tavole.

⁵ Ulp. 46 *ad ed.* D. 50.16.195.5. Su cui, tra gli altri, cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 213; W. WOŁODKIEWICZ, *Attorno al significato e alla nozione di Mater familias*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milano, 1983, 735 ss.; E. CANTARELLA, *La vita*, cit., 558; EAD., *Passato prossimo*, cit., 65; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994, 18 s.; Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in *Storia delle donne. L'antichità*, a cura di P. SCHMITT PANTEL, trad. it. Roma-Bari, 1995, 111 ss.

⁶ Per cui qui basti il rinvio a G. FINAZZI, *La successione ab intestato*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di M.F. CURSI, I, Napoli, 2018, 231 ss.

⁷ Così in buona sostanza C. VENTURINI, *Variazioni*, cit., 815, nt. 35, il quale pure solleva un parallelismo ostativo con l'*adrogatio*, in quanto entrambi istituti deputati alla perpetuazione della *familia*, che (cfr. *supra* ntt. 4-5) la donna *sui iuris*, del resto, non aveva; l'esclusiva virilità del comizio curiato e dell'*exercitus* è la ragione di detta esclusione anche per L. MONACO, *'Hereditas'*, cit., 151 e 157. La *testamenti factio* attiva sarebbe stata preclusa alle donne in epoca arcaica dal loro non essere di fatto mai *sui iuris*, passando dalla potestà paterna, all'eventuale *manus* maritale e, alla morte di loro, ad una forma primordiale di tutela a carattere potestativo degli agnati, secondo l'opinione di E. VOLTERRA, *Sulla capacità*, cit., 78 s., negando, invece, l'Autore la rilevanza del fatto che le donne non facessero parte delle assemblee, dal momento che neppure le Vestali, delle quali *ab antiquo* è riconosciuto il diritto di testare, ne facevano parte. In una direzione simile, P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. I. Profili funzionali*, Torino, 1976, 178 s., 190 s., propendeva, dal canto suo, per una sostanziale impossibilità pratica, stante l'originario rigore della tutela agnatizia. Che, quale che fosse l'appiglio per questa sostanziale esclusione, vi fossero stati pochi casi, proprio per questo meritevoli di essere ricordati, in cui una donna avesse praticato in concreto questa sua supposta prerogativa, è la constatazione di A. MCCLINTOCK, *La ricchezza*, cit., 45 s., nt. 46: se non preclusa, la facoltà muliebre di confezionare un testamento, fino all'affermarsi medio-repubblicano del collegamento tra atto librare e *coemptio* fiduciaria, deve essere stata di certo eccezionale.

⁸ Cfr. P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. I*, cit., 147 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 529 ss.; G. FRANCIOSI, *Famiglia*, cit., 92 ss.; E. CANTARELLA, *La vita*, cit., 568; EAD., *Passato prossimo*, cit., 65; O. TELLEGEN, *Tutela mulierum*, in *Mulier. Algunas historias e instituciones de derecho romano*, a cura di M.J. BRAVO BOSCH-R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Madrid, 2013, 407 ss. e A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos*, cit., 78 s. Circa l'allentarsi di queste maglie, in epoca post-decemvirale, quale conseguenza del progressivo distanziamento delle prerogative tutorie da quelle patriarcali, cfr. O. SACCHI, *L'antica eredità e la tutela. Argomenti a favore del principio di identità*, in *SDHI*, 68, 2002, 621 ss.

⁹ Secondo la tesi che fu già, dopotutto, di P. BONFANTE, *Corso*, cit., 96.

Tutto ciò implica che con il noto cadere in disuso dei matrimoni *cum manu*, i quali producevano la trasmigrazione della donna *loco filiae* sotto la *potestas* del marito, ella conservasse intatto ogni suo vincolo parentale con la famiglia di origine e così le aspettative successorie degli agnati sul suo patrimonio, restando giuridicamente un'estranea nel nuovo nucleo familiare, con l'unica possibilità, qualora avesse voluto deviare dalle suddette aspettative e convogliare *post mortem* i propri beni verso i figli, di recidere i vincoli agnatizi preesistenti mediante una *coëmptio*¹⁰, autorizzata dal tutore, ad un fiduciario, il quale la mancipava ad un terzo, che, manomettendola, ne diveniva tutore per la confezione dell'atto testamentario.

Un sistema complessivo che, ancora al principio dell'Impero, vedeva la successione legittima *ex iure civili* regolata da un testo normativo di cinque secoli più antico, che modellava il diritto delle successioni secondo il dogma della *patria potestas*, riconoscendo quali eredi *ex lege*, nell'ordine, *sui*, agnati e gentili, e che si giovava dell'unico correttivo pretorio della *bonorum possessio unde cognati*¹¹, per quanto paradossale oggi possa sembrare, a quest'ultimo rimedio vedeva confinata la successione tra madre e figlio, la quale, ancora, cedeva il passo di fronte al vincolo di agnazione¹². Così,

¹⁰ Sulle forme dell'istituto qui rinvio alle sezioni degli studi a ciò appositamente dedicate da P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*. I, cit., 154 ss.; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana*, Milano, 1984, 52 ss.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto della Roma preclassica*, Napoli, 2018, 342 ss.; ma pure a contributi recenti: M. SALAZAR REVUELTA, *Hacia el ius testandi de la mujer: el complejo instrumento de la coemptio testamenti faciendi gratia*, in *Fundamentos del derecho sucesorio actual*, a cura di M.T. DUPLÁ MARÍN-P. PANERO ORIA, Barcelona, 2018, 671 ss.; da ultimo, in breve, personalmente in A. GRILLONE, *Una strada*, cit., 57. Per taluni autori ella era radicalmente incapace di testare prima dell'ideazione di questa forma di auto-alienazione fittizia; non le sarebbe bastata l'*auctoritas* del tutore; nella manualistica, cfr. i classici M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, 604 e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 721 s., ma così pure C. FAYER, *La familia*, cit., 545 e C. VENTURINI, *Variazioni*, cit., 816 e 829 ss. Per lo Zannini (*ibidem*, 156 s.) trattavasi di un caso di impossibilità fattuale, il tutore agnatizio non avrebbe prestato la sua *auctoritas* per la confezione dell'atto, per questo alla donna serviva prima acquisire uno strumento onde liberarsi dal controllo della famiglia di origine. Anche P. VOCI, *Diritto ereditario romano. I. Introduzione. Parte generale*², Milano, 1960, 393, riteneva teoricamente capaci le donne di testare, se avessero ottenuto l'assenso del tutore agnatizio. Di questo fastidioso intralcio alla propria libertà di testare la donna si libererà soltanto in età adrianea: Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari, 2014, 25 ss.

¹¹ Sul quadro delineato dalla successione pretoria P. VOCI, *Diritto ereditario romano*. I, cit., 169 ss. e O. DILIBERTO, voce *Successione legittima (diritto romano)*, in *ED*, XLIII, Milano, 1990, 1304 ss. Per gli effetti benefici del nuovo sistema in rapporto alla posizione femminile: E. CANTARELLA, *La vita*, cit., 601 s.

¹² Per la struttura dei vincoli di parentela romana nel secolare evolversi della loro rilevanza giuridica, qui basti il rinvio a P. VOCI, *Diritto ereditario romano. II. Parte spe-*

collocandosi il rapporto madre-figli al terzo posto nelle gerarchie successive *ex lege*, la via, per altro verso perigliosa e sottoposta al seppur progressivamente più tenue controllo tutorio, di redigere un valido testamento pareva la sola da seguire, qualora la madre avesse inteso beneficiare i figli di lasciti *mortis causa*, fino, almeno, in buona sostanza, all'epocale svolta, di cui nel seguito si dirà¹³, al crepuscolo del II secolo d.C.

2. La genitorialità madre-figli nella percezione sociale

Se per comprendere la preannunciata svolta dovessimo collocarci in un tempo più antico, dovrebbe essere quello della tarda repubblica, il tempo – potremmo dire – in cui vennero alla luce i suoi due primi destabilizzatori. Sulla statua eretta in onore della madre, come universalmente noto, lapidariamente si ricordava di lei che fu “Cornelia, madre dei Gracchi”¹⁴.

Di Cornelia anche Cicerone rammentava, oltre al ruolo procreativo, i meriti educativi, assolti grazie ad un'eloquenza e ad una capacità di scrittura, sostenute da solida preparazione intellettuale:

Cic., *Brut.* 58.211. *Legimus epistulas Corneliae matris Gracchorum: apparet filios non tam in gremio educatos quam in sermone matris...*

Seconda figlia di Scipione l'Africano, moglie di Tiberio Sempronio Gracco, madre di dodici figli, di cui pochi giunti alla pubertà¹⁵, aveva ottenuto il plauso dell'Oratore, colpito dalla lettura delle sue epistole, le quali, in certo

*cialè*², Milano, 1963, 5 ss.; G. FRANCIOSI, *Famiglia*, cit., 31 ss.; R. SALLER, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare*, in *Storia di Roma*. 4, cit., 515 ss., praec. 546 ss. e W. WOŁODKIEWICZ, *Iura consanguinitatis*, in *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato. Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano*, Copanello, 4-7 Giugno 2008, a cura di F. MILAZZO, Milano, 2014, 409 ss.

¹³ *Infra* §. 4.

¹⁴ Cfr. CIL VI 1043; Plut., *Tib. Gracc.* 1.3-7 e *Cai. Gracc.* 4.3-4. E in dottrina, recentemente, A. MCCLINTOCK, *La ricchezza*, cit., 88 ss.; sulla complessa figura di Cornelia, più in generale, rinvio a C. PETROCELLI, *Cornelia, la matrona*, in *Roma al femminile*, a cura di A. FRASCHETTI, Roma-Bari, 1994, 21 ss.; S. DIXON, *Cornelia. Mother of the Gracchi*, London-New York, 2007; M.P. IRIGOYEN TROCONIS, *Semblanza de Cornelia, una matrona ejemplar*, in *Ars Iuris*, 41, 2009, 153 ss.; M.B. ROLLER, *Models from the Past in Roman Culture. A World of Exempla*, Cambridge, 2018, 197-232 e, da ultimo, P. BOTTERI, *L'importanza di essere Cornelia: Africani filia o mater Gracchorum?*, in *Gaia. Revue interdisciplinaire sur la Grèce archaïque*, 25, 2022, 1 ss., praec. 6 s. (dell'estratto in formato elettronico).

¹⁵ Plin., *Nat. Hist.* 7.57. e Plut., *Tib. Gracc.* 1.5. Cfr. C. PETROCELLI, *Cornelia*, cit., 28 s.; E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., 195; F. CENERINI, *La donna*, cit., 25 e P. BOTTERI, *L'importanza*, cit., 6 s.

senso, lo avevano indotto a riflettere sul fatto che quella celebre progenie le apparteneva non tanto e soltanto come frutto del proprio grembo, ma bensì, piuttosto, quale esito di uno sforzo educativo, cui ella, certo, doveva aver atteso in prima persona¹⁶.

La donna romana, del resto, aveva di fatto un duplice fondamentale ruolo all'interno della famiglia del marito che la accoglieva: quello di custode domestica, della casa familiare e delle sue eventuali pertinenze, che per i contesti di rango più elevato poteva includere anche compiti non trascurabili di amministrazione finanziaria e di conduzione del personale servile, e quello, ancor più importante, di educatrice dei figli procreati, che, dopotutto, costituivano da parte sua un vero e proprio lascito alla famiglia del marito e il suo più intimo contributo al futuro perpetuarsi della stirpe di lui¹⁷.

E se le fonti letterarie attestano la concezione e il ruolo della donna nel contesto delle classi sociali più elevate, le epigrafi funerarie rappresentano, da questo punto di vista, un supporto evidentemente più neutro, sebbene, quanto ai contenuti, non sembrino discostarsi di molto, per lo meno sul piano ideologico-culturale¹⁸, dal quadro sociologico di riferimento descritto dalle prime.

¹⁶ Sull'elevato grado di cultura di Cornelia, le sue capacità di eloquio e scrittura e la sua influenza educativa sui figli, diffusamente, C. PETROCELLI, *Cornelia*, cit., 41 ss., F. CENERINI, *La donna*, cit., 26 s., ma pure P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale tra discriminazione e riconoscimento*, in *Ubi tu Gaius*, cit., 107 s.; più recentemente, A. MCCLINTOCK, *La ricchezza*, cit., 88 s. e P. BOTTERI, *L'importanza*, cit., 6.

¹⁷ Cfr. L. PEPPE, *Posizione*, cit., 10 ss., 74 ss.; R. SALLER, *I rapporti*, cit., 534 ss.; E. CANTARELLA, *La vita*, cit., 606 ss.; EAD., *L'ambiguo malanno*, cit., 194 ss.; F. CENERINI, *La donna*, cit., 11 ss.; F. MERCOGLIANO, *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in *TSDP*, 4, 2011, 14 ss.; P. GIUNTI, *Il ruolo*, cit., 95 ss. e, da ultimo, G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *La emancipación*, cit., 389 s. Sulla faticosa e tarda inversione di rotta circa il ruolo della donna in ambito commerciale nei secoli II e III d.C., mi si consenta qui il rinvio ad un mio precedente contributo: A. GRILLONE, *La "parità di genere" nella realtà imprenditoriale romana tra II e III secolo d.C.*, in *L'osservatorio sul diritto di famiglia. Diritto e processo*, 5, 2021, III, 86 ss. e alla bibliografia in quella sede citata.

¹⁸ Cfr. F. CENERINI, *La donna*, cit., 11; Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 111 ss. e P. GIUNTI, *Il ruolo*, cit., 96 s. e 102. Sarebbero comunque una fonte piuttosto inattendibile per la ricostruzione delle reali condizioni di vita delle donne di medio-bassa condizione sociale, come del resto emergerebbe dagli studi che hanno, nella moderna storiografia, evidenziato il più generale progressivo coinvolgimento delle donne nel mondo del lavoro romano a partire dalla tarda repubblica e fino a epoca severiana, cfr. S. TREGGIARI, *Jobs for Women*, in *AJAH*, 1, 1976, II, 76 ss.; EAD., *Lower Class Women in the Roman Economy*, in *Florilegium*, 1, 1979, 65 ss.; H. BECKER, *Roman women in the urban economy: occupations, social connections, and gendered exclusions*, in *Women in Antiquity: Real Women Across the Ancient World*, a cura di J. TURFA-S. BUDIN, London, 2016, 915 ss. e S. MEDINA QUINTANA, *El trabajo de las mujeres en la Roma antigua. Reflexiones sobre género y economía*, in *Dialogues d'histoire ancienne*, 43, 2017, II, 153 ss.

Si consideri infatti l'iscrizione sepolcrale catalogata in CIL I² 1211 e databile al II secolo a.C.:

Hospes, quod deico, paullum est, asta ac pellege. Heic est sepulcrum hau pulchum pulcrai feminae. Nomen parentes nominarunt Claudiam. Suom mareitum corde dilexit sovo. Gnatos duos creavit: horunc alterum in terra linquit, alium sub terra locat. Sermone lepido, tum autem incessu commodo. Domum servavit, lanam fecit. Dixi. Abei.

Il testo si sostanzia in un'invocazione rivolta ai passanti a prestare attenzione al non bel sepolcro di una donna bella, della quale dopo averne ricordato il nome, Claudia, si rammenta del suo profondo amore per il marito, del fatto poi che mise al mondo due figli e del loro diverso destino, infine, in una rapida carrellata, del piacevole modo di parlare, del suo portamento, della sua attitudine alla custodia della casa e alla filatura.

Centrale e interclusa tra il ricordo della sua dedizione di moglie e la menzione delle spiccate abilità domestiche risulta la posizione rivestita, nell'epitaffio, dal ruolo di procreatrice e di madre, che uno dei due figli aveva lasciato, come peculiare traccia dell'assolvimento dei suoi doveri coniugali, su questa terra, mentre l'altro il fato avverso le aveva strappato prima del tempo. Se c'è, dopotutto, un lascito *mortis causa* che ogni donna deve al marito sono i figli¹⁹. Se c'è un *quid pluris* a cui ella può votarsi è la loro migliore educazione di base. L'assolvimento della funzione educativa

¹⁹ La filiazione era diritto del marito, da vantare nei confronti della moglie, ad una legittima discendenza: E. CANTARELLA, *La vita*, cit., 595 s. Il procurato aborto è, del resto, secondo l'opinione di R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 244, «ribellione alla *maiestas viri* e, più in generale, all'ordine familiare». In ogni caso è primariamente lesione di una legittima aspettativa maritale più che atto contro la vita futura. In tema la bibliografia è vastissima e mi limito a rammentare alcuni contributi recenti: M.P. BACCARI, *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino, 2004, 56 ss.; P. FERRETTI, *In rerum natura esse / in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008, 13 ss., 137 ss.; M.V. SANNA, voce *Aborto*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, I, Napoli, 2009, 20 ss.; EAD., *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 75, 2009, 147 ss.; EAD., *Spes animantis, da una lex regia ad Adriano*, in *RGDR*, 18, 2012; EAD., *Spes nascendi-spes patris*, in *AUPA*, 55, 2012, 519 ss.; F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta Iuridica. Scritti dedicati dalla facoltà di Giurisprudenza a Francesco Grelle*, I, Napoli, 2011, 362 s.; D. ANNUNZIATA, *Il procurato aborto in diritto romano. Brevi cenni su D. 48.8.8*, in *LR*, 7, 2018, 136; P.L. CARUCCI, *Sulla tutela del concepimento e della gioventù dalle origini al Principato. Principi e politiche*, in *TSDP*, 11, 2018; C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, 271 ss.; EAD., *Il procurato aborto: ragioni di un'indagine romanistica e problematiche attuali*, in *ReA*, 40, 2019, 433 ss.; M. BEGGIATO, *Sulla condizione giuridica del concepito, con speciale riguardo al procurato aborto*, in *D@S*, 18, 2021, §§. 2-3.

da parte delle madri è ricordato nostalgicamente da Tacito come tradizione fondativa della *Civitas* ai suoi tempi desueta a causa dell'intromissione nel consorzio domestico di nutrici retribuite²⁰:

Tac., *Dial. de or.* 28.4-5: *Nam pridem suus cuique filius, ex casta parente natus, non in cellula emptae nutricis, sed gremio ac sinu matris educabatur, cuius praecipua laus erat tueri domum et inservire liberis... Sic Corneliam Gracchorum, sic Aureliam Caesaris, sic Atiam Augusti matrem praefuisse educationibus ac produxisse principes liberos accepimus.*

Nel contesto del tradizionalismo tacitiano è verosimilmente da riferirsi all'età d'oro repubblicana il nostalgico richiamo a valori antichi esplicitato nel passo. Fin, dunque, da questi tempi gloriosi una prole a dovere educata, custode dei valori che la madre le ha trasmesso e pronta a ricoprire il proprio posto all'interno della comunità, integra la più importante testimonianza dell'assolvimento fedele al proprio peculiare ruolo sociale e il più prezioso lascito di una donna al mondo futuro, qualcosa che, come i più lussuosi ornamenti familiari, suprema fonte di distinzione matronale, si sarebbe perpetuato nelle generazioni. E, allora, non è un caso che un celebre episodio narrato da Valerio Massimo finisca per legare questi due elementi, apparentemente così distanti tra loro, in maniera indissolubile:

Val. Max. 4.4. *Maxima ornamenta esse matronis liberos apud Pomponium Rufum collectorum libro sic invenimus: Cornelia Gracchorum mater, cum Campana matrona, apud illam hospita, ornamenta sua pulcherrima illius saeculi ostenderet, traxit eam sermone, donec e schola redirent liberi, et: «Haec, inquit, ornamenta sunt mea».*

L'adagio, tratto dall'opera di Pomponio Rufo, per cui i figli sarebbero i più grandi ornamenti di ogni matrona, viene qui suffragato da Valerio Massimo, attraverso il racconto di un aneddoto tratto dalla vita della già citata Cornelia, madre dei Gracchi.

Un'altra matrona, di origini campane, un giorno le avrebbe fatto visita, facendo sfoggio e lungamente vantandosi, durante l'incontro, dei propri gioielli, a suo dire, i più belli in assoluto del tempo. Oltre a tradire una smodata vanità, l'atteggiamento celava in sé un'irridente allusione alla circostanza che Cornelia fosse rimasta del tutto priva, nonostante il rango e il prestigio della propria famiglia, del corredo muliebre che avrebbe dovuto ereditare dai genitori a causa di un'intricata vicenda successoria che l'aveva vista pregiudicata nelle sue aspettative. Infatti, a cagione dei divieti intro-

²⁰ Cfr. F. CENERINI, *La donna*, cit., 27 s.; P. GIUNTI, *Il ruolo*, cit., 103; M.B. ROLLER, *Models*, cit., 204 e, da ultimo, P. BOTTERI, *L'importanza*, cit., 6.

dotti dalla *lex Voconia*, sulla quale a breve ci soffermeremo, unico erede della madre Emilia era stato Scipione Emiliano, il quale aveva anche ricevuto, incluso nell'asse, l'intero corredo ornamentale della donna e, sebbene grazie all'avvedutezza di lei, questi fosse stato onerato nei confronti delle figlie della corresponsione delle più esorbitanti doti che la romanità avesse conosciuto, costoro ricevertero molta liquidità e pochi beni di prestigio, senza, soprattutto, mai potersi fregiare dei gioielli che avevano, per tutta la vita, ornato la madre in processione. In coerenza con la logica del discorso dell'ospite e in risposta all'inopportuna allusione, Cornelia, additando i figli tornati da scuola, li appellava come suoi gioielli: erano loro, nelle intenzioni, il suo ornamento, i segni viventi della sua prestigiosa ascendenza e il lascito che, privata ormai dei preziosi simboli del proprio prestigio, avrebbe trasmesso nel tempo futuro²¹.

Se lo scopo ultimo, nonché l'unico *honor* della vita di una donna era quello di dare alla luce dei figli, che ella, in certo senso, lasciava come sua eredità alla stirpe del marito, se l'adempimento a tale onere era sublimato dal suo personale cimento nella loro prima formazione, dal suo condurli, accompagnarli con attenta devozione, alla maturità, di certo sorprende, in una direzione diametralmente opposta, la marginalità dei loro diritti successori *ex lege* nei confronti della madre, non constando in alcun modo, dalla secondaria posizione ricoperta da costoro tra i successori pretori, una finalizzazione del patrimonio di lei al loro futuro sostentamento. Da un lato, l'esigenza non era avvertita, in quanto l'onere di mantenimento economico della filiazione legittima si presumeva dovesse gravare per intero sul padre, dall'altro, in ogni caso, collideva con l'aspettativa agnaticizia di veder tornare alla famiglia d'origine le sostanze di cui la donna aveva goduto in vita e che, con buona probabilità, da quell'originario nucleo parentale si erano solo temporaneamente allontanate al tempo della costituzione di dote.

Anche per questo il legame socialmente riconosciuto tra madre e figli, un rapporto di genitorialità, cioè, che non si autoregolava per corollario della *patria potestas*, pur essendo materia di riflessione letteraria e distintamente percepito in ogni strato della popolazione romana, fece non poca fatica ad assurgere, al netto della non risolutiva regolamentazione pretoria, ad un'autonoma rilevanza sul piano giuridico e, come si diceva, sul piano successorio, restò per lungo tempo rimesso alla buona volontà delle madri di contemplare, con non meno sforzo di mediazione delle aspettative tutorie, i propri figli quali eredi testamentari.

²¹ C. PETROCELLI, *Cornelia*, cit., 45 ss.; F. CENERINI, *La donna*, cit., 25; P. GIUNTI, *Il ruolo*, cit., 107; M.B. ROLLER, *Models*, cit., 205; P. BOTTERI, *L'importanza*, cit., 8, più diffusamente, sull'episodio e suoi antefatti: A. MCCLINTOCK, *La ricchezza*, cit., 86 ss.

Un'ulteriore circostanza avrebbe contribuito a rendere particolarmente scomoda la posizione delle figlie femmine. Nell'anno 169 a.C., fortemente voluta da Catone il Censore, entrava in vigore la *lex Voconia*²².

3. Madri e figlie di fronte alla *lex Voconia*

A circa un trentennio dal fallimento del suo tentativo di difendere dall'abrogazione la *lex Oppia* sul lusso femminile²³, Catone il Censore, questa volta con successo, aveva patrocinato (Cic. *Cat. Maior* 5.14) l'approvazione di un nuovo provvedimento estremamente iniquo nei confronti delle donne della classe possidente romana²⁴ (*de rep.* 3.17²⁵): il plebiscito Voconio (Gell. *noct. Att.* 20.1.23²⁶), conosciuto più comunemente come *lex Voconia*, nella sua accezione di *lex, quam plebes, non populus accipit*²⁷.

Secondo quanto Gaio, a tre secoli dalla sua emanazione, ci racconta dei suoi contenuti, il plebiscito Voconio, esposto comunque alla sua epo-

²² La bibliografia su questo provvedimento è sterminata; senza pretesa di esaustività: G. LONGO, *Lex Voconia*, in *NNDI*, IX, Torino, 1963, 825 ss.; A. GUARINO, *Lex Voconia*, in *Labeo*, 28, 1982, 188 ss.; R. VIGNERON, *L'antiféministe loi Voconia et les 'Schleigwege des Lebens'*, in *Labeo*, 29, 1983, 140 ss.; L. MONACO, 'Hereditas', cit., 185 ss.; G. MELILLO, *La 'media iurisprudencia' e le limitazioni alla legittimazione successoria delle donne*, in ID., 'Personae' e 'status' in *Roma antica. Saggi*, Napoli, 2006, 67 ss.; M. BALESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni sulla Lex Voconia*, Milano, 2008 e A. MCCLINTOCK, *La ricchezza*, cit., 1-106, che incorporano i contenuti di precedenti saggi delle due Autrici.

²³ Su cui cfr. L. MONACO, 'Hereditas', cit., 188 ss., in precedenza, A. GUARINO, *Il lusso delle donne*, in *Pagine di diritto romano*, II, Napoli, 1993, 351 ss. e, da ultimo, F. GUIDETTI, *Veicoli cerimoniali nell'antica Roma. Contributo a una storia sociale dello spazio urbano*, Pisa, 2022, 57 ss. Sulla natura eminentemente fiscale del provvedimento, cfr. L. PEPPE, 'Civis romana'. *Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica*, Lecce, 2016, 356 ss.

²⁴ R. VIGNERON, *L'antiféministe loi Voconia*, cit., 145 ss.; E. CANTARELLA, *Passato prossimo*, cit., 89 ss.; L. MONACO, 'Hereditas', cit., 186 ss.; M. BALESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni*, cit., 13 ss., 58 ss. e A. MCCLINTOCK, *La ricchezza*, cit., 34 ss.

²⁵ ...*quae quidem ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae*.

²⁶ ...*quid utilius plebiscito Voconio de coercendis mulierum hereditatibus?*; così Gellio tesseva le lodi dell'atto normativo del 169 a.C., il quale doveva il suo nome a *Quintus Voconius Saxa*, tribuno in quell'anno, come anche ricorda Cicerone in *pro Balbo* 21: *Tulit apud maiores nostros legem C. Furius de testamentis, tulit Q. Voconius de mulierum hereditatibus, innumerabiles aliae leges de civili iure sunt latae*.

²⁷ Gell. *noct. Att.* 10.20.6. Sulle contingenti ragioni politiche che avevano determinato l'alleanza tra il tribuno e il Censore e che assecondavano, nel complesso, la volontà della plebe più ricca, dedita al commercio, di difendere la posizione sociale raggiunta contro gli eccessi dell'intraprendenza femminile: M. BALESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni*, cit., 82 ss.

ca a facile elusione mediante fedecommeso²⁸, sanciva che una donna non sarebbe potuta essere istituita erede da chi era stato censito per un valore di 100.000 assi:

Gai. 2.274. *Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconia heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*

La disciplina limitava la *testamenti factio* di coloro che appartenevano alla prima classe di censo, così sembrerebbe da altro passo di Gellio, *Noctes Atticae*, 6.13.1-3, che tuttavia riporta un diverso ammontare patrimoniale al fine di identificare la nozione di *classici*, che doveva essere stata al centro delle argomentazioni del Censore durante l'orazione pronunciata a sostegno dell'approvazione della *lex Voconia*:

XIII. *Quem "classicum" dicat M. Cato, quem "infra classem". 1. "Classici" dicebantur non omnes, qui in quinque classibus erant, sed primae tantum classis homines qui centum et viginti quinque milia aeris ampliusve censi erant. 2. "Infra classem" autem appellabantur secundae classis ceterarumque omnium classium, qui minore summa aeris, quod supra dixi, censebantur. 3. Hoc eo strictim notavi, quoniam in M. Catonis oratione, qua Voconiam legem suasit, quaeri solet, quid sit "classicus", quid "infra classem".*

‘Classici’ – dice Aulo Gellio – venivano detti non tutti coloro che rientravano nelle cinque classi del comizio centuriato, ma solo gli uomini della prima classe, cioè coloro che erano censiti per 125.000 assi o più; gli appartenenti alle restanti classi erano invece detti ‘sotto classe’. Solo al primo gruppo si sarebbe applicato, secondo le intenzioni del Censore, il divieto di istituire eredi le donne previsto dal plebiscito Voconio.

A prescindere dalla questione, di ardua soluzione e che tutto sommato interessa solo marginalmente la presente trattazione, relativa all'ammontare del patrimonio familiare necessario ad iscriversi alla prima classe di censo²⁹, al vaglio di queste prime fonti, potrebbe sembrare, soprattutto dal passo di Gellio, il quale definisce ‘classici’ gli uomini della prima classe di censo, che i contenuti della summenzionata legge non si attaglino più di tanto al tema oggetto qui di nostro interesse. La legge avrebbe regolato e limitato, in buona sostanza, il diritto delle figlie di ricevere, in qualità di eredi, da padri appartenenti alla prima classe di censo.

²⁸ Non invece all'epoca della sua approvazione dal momento che il fedecommeso ebbe tutela giurisdizionale solo al tempo di Augusto, tra gli altri, di recente, cfr. S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur*. *Il regime romano delle successioni*, Torino, 2016, 149.

²⁹ L. MONACO, *'Hereditas'*, cit., 185, nt. 1, e 192 ss.; A. MCCLINTOCK, *La ricchezza*, cit., 27 ss.

Ma se questo dovesse essere il precipuo obbiettivo della *suasio* catoniana, tuttavia, un celebre passo del *De republica* ciceroniano acclara come la disposizione dovesse essere applicata anche a donne censite per un equivalente ammontare patrimoniale, vietando l'istituzione in qualità di eredi delle figlie e limitando, in un tempo anteriore alla raggiunta coercibilità giuridica dei fedecommissi, alle disposizioni patrimoniali a titolo particolare la successibilità testamentaria di costoro alle madri. Si interroga, infatti, uno dei protagonisti del dialogo, Lucio Furio Filo, sui fisiologici mutamenti del diritto ereditario romano dal tempo dell'approvazione della legge Voconia:

Cic., *de rep.* 3.17-18: 17. *Genera vero si velim iuris, institutorum, morum consuetudinumque describere, non modo in tot gentibus varia, sed in una urbe, vel in hac ipsa, milliens mutata demonstrarem, ut hic iuris noster interpres alia nunc Manilius iura dicat esse de mulierum legatis et hereditatibus, alia solitus sit adulescens dicere nondum Voconia lege lata; quae quidem ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae. Cur enim pecuniam non habeat mulier? Cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae? Cur autem, si pecuniae modus statuendus fuit feminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris milliens salva lege, mea triciens non posset ...*
 18. *... sanxisset iura nobis, et omnes isdem et iidem non alias aliis uterentur. quaero autem, si iusti hominis et si boni est viri parere legibus, quibus? An quaecumque erunt? At nec inconstantiam virtus recipit, nec varietatem natura patitur, legesque poena, non iustitia nostra comprobantur; nihil habet igitur naturale ius; ex quo illud efficitur, ne iustos quidem esse natura. An vero in legibus varietatem esse dicunt, natura autem viros bonos eam iustitiam sequi, quae sit, non eam, quae putetur?*

Le istituzioni di ogni popolo sono in perpetuo mutamento sotto la spinta della legge, dei costumi e della consuetudine, così – argomenta Filo – oggi Manilio, qui presente, non potrebbe dire della capacità successoria femminile le stesse cose che avrebbe potuto dire prima dell'approvazione della legge Voconia. Essa è senza dubbio una legge approvata a vantaggio del genere maschile e ricolma di ingiustizie verso le donne, ma tant'è essa vige e, sebbene il diritto della città di Roma, sia mutato e muterà ancora mille volte, il giurista non potrebbe che tenerla in conto nel tempo presente. Eppure – e veniamo qui al centro focale del discorso che a noi precipuamente interessa – non si intende la ragione per cui una donna dovrebbe poter essere erede testamentaria di una Vestale e non di sua madre, né quella per cui, se questa legge era nata per limitare la ricchezza femminile, anche non volendo entrare nel merito della sua ingiustissima *ratio*, la figlia unica di un Crasso, potrebbe ereditare per via di successione legittima il suo sconfinato patrimonio, ma nessuna figlia avrebbe potuto ricevere alcunché come erede per testamento se il genitore fosse appartenuto alle classi di censo colpite dalla summenzionata *lex*. Nondimeno, l'uomo retto

– Filo giunge così a chiusura della propria riflessione – non obbedisce alle leggi valutandone singolarmente l'equità, la coerenza e la stabilità in base al proprio senso di giustizia, ma in quanto, comunque, nel loro insieme e nella loro varietà, esse presidiano e tendono a tale ideale.

E se è vero che le donne *sui iuris*, *viduae*, *orbae* e *pupillae*, erano censite in liste speciali³⁰, una donna della prima classe non avrebbe potuto istituire eredi le sue figlie, avendo come unica via per eludere la normativa quella di non partecipare al censimento, come attesta, tra l'altro, il caso di Annea citato da Cicerone nel seguente passo delle Verrine:

Cic. Verr. II, 1.43.111: ... *in his nuper Annaea de multorum propinquorum sententia, pecuniosa mulier, quod censa non erat, testamento fecit heredem filiam.*

L'Oratore menzionava il caso di Annea per dimostrare il volontario travisamento da parte di Verre, in qualità di pretore, del contenuto della legge che non giustificava la sua pretesa di privare d'effetto le istituzioni d'eredità dei non censiti³¹. Dopo di lui, nessun pretore aveva preso in considerazione la possibilità di estendere il divieto della *lex Voconia* anche a costoro, come provava il caso di questa ricchissima e non meglio nota signora, con un patrimonio sicuramente ascrivibile alla prima classe di censo, la quale, dopo aver assunto numerosi pareri legali a proposito, non essendo censita, aveva potuto senza conseguenza negativa alcuna istituire erede la figlia³².

Quanto inoltre alle disposizioni patrimoniali a titolo particolare, non essendo, come detto, al tempo dell'approvazione del suddetto plebiscito coercibili i lasciti fedecommissari³³, la possibilità di beneficiare le figlie da parte delle loro madri, era altresì limitata dal secondo capitolo della *lex*, che impediva a chiunque di ricevere a titolo di legato più di quanto avrebbero ricevuto gli eredi (Gai. 2.226³⁴). E se ciò aveva, come più sopra si diceva, comunque consentito alle figlie di Emilia di ricevere le più eccezionali doti che la romanità avesse conosciuto³⁵, escludeva nondimeno le donne della classe dirigente romana, da un punto di vista sia formale che sostanziale,

³⁰ A. McCLINTOCK, *La ricchezza*, cit., 33.

³¹ A. McCLINTOCK, *La ricchezza*, cit., 20 s., 35.

³² Sugli aspetti sanzionatori della legge e lo sconfinato dibattito dottrinario circa la sua natura di *lex perfecta*, *minus quam perfecta* o *imperfecta*, qui basti il rinvio ad A. GUARINO, *Lex*, cit., 190 s.

³³ Sull'uso del legato di partizione e del legato d'usufrutto come primi strumenti volti all'elusione almeno parziale della disposizione, cfr. L. MONACO, 'Hereditas', cit., 197.

³⁴ *Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.* Cfr. L. MONACO, 'Hereditas', cit., 192 s. e A. McCLINTOCK, *La ricchezza*, cit., 38 ss.

³⁵ Cfr. *supra* §. 2.

dall'*honor* della perpetuazione familiare, ponendo inoltre un nuovo ostacolo di genere, oltretutto di classe, al naturale ordine prioritario di trasmissione ereditaria tra una madre e la sua progenie.

4. Il SC Orphitianum

La sovversione di un tale paradosso è collegata, nell'esperienza giuridica romana, all'entrata in vigore di una specifica disposizione senatoria, ovvero il SC *Orphitianum*, propiziato, nell'anno 178 d.C., da una *oratio* degli imperatori Marco Aurelio e Commodo e che deve il suo nome a Scipione Orfiziano, console di quell'anno³⁶. Si legge a tal proposito nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26.7:

Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventionem matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis.

L'eredità delle madre morta senza aver confezionato un valido testamento, secondo la legge delle XII Tavole, già lo si anticipava ad *incipit* di questa trattazione³⁷, non sarebbe spettata ai figli, in quanto le donne non erano dotate di eredi propri, cioè discendenti sottoposti a potestà, ma

³⁶ Cfr. A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos*, cit., 309 ss., 346 ss.; EAD., *Las expectativas hereditarias de los hijos de la liberta y de la ingenua emancipada*, in RIDROM, 2018, 567. Per datazione e paternità del provvedimento, si veda anche F. MATTIOLI, *Un tentativo di messa a punto riguardo alla più recente dottrina sui Tituli ex corpore Ulpiani. Ipotesi e prospettive di ricerca*, in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusiniani (FIRA). Studi preparatori*, II. *Auctores-Negotia*, a cura di G. PURPURA, Torino, 2012, 105 s. e F. NASTI, *I senatus consulta nella Historia Augusta. Provvedimenti senatori e opere giurisprudenziali*, in *Rappresentazione e uso dei senatus consulta nelle fonti letterarie del principato*, a cura di P. BUONGIORNO-G. TRAINA, Stuttgart, 2019, 270 s. Più in generale, in tempi più risalenti, la disposizione senatoria è stata oggetto di notevole attenzione in dottrina: A. MOSCATELLI, *I Senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano*, in AGS, XL, 1888, 193-240; G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 188 ss.; G. LAVAGGI, *La successione della liberta e il SC. Orfiziano*, in SDHI, 12, 1946, 175 ss.; E. VOLTERRA, *Il senatoconsulto Orfiziano e la sua applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.*, in *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, Milano, 1966, 553 ss.; M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Grätz-Wien-Köln, 1967; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*. I, cit., 689 ss.; ID., *Rec. a M. MEINHART, Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, in SDHI, 34, 1968, 397 ss.

³⁷ Cfr. *supra* §. 1.

questo stato di cose sarebbe mutato per iniziativa dell'imperatore Marco Aurelio Antonino, il quale, con il figlio Commodo, avrebbe fatto approvare al senato una disposizione per cui le eredità legittime delle madri, che non fossero, come era ormai consuetudine al tempo, sposate in mano e dunque a loro volta sottoposte alla potestà del marito, sarebbero state devolute ai figli con preferenza rispetto a tutti gli altri gradi di parentela³⁸.

E la portata di questa innovazione dovette essere tale che, secondo quanto con buona probabilità contribuì ad acclarare l'interpretazione prudentziale successiva del testo, la disciplina non discriminò le donne che avevano acquisito la libertà da quelle ingenuae, cioè nate libere³⁹, come risulta attestato da Ulpiano, nel suo commentario *Ad Sabinum*, che è compilato in apertura del titolo XVII, del libro trentottesimo dei Digesta, rubricato appunto 'Al senatoconsulto Tertulliano e Orfiziano':

Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.17.1 pr. *Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto Orphitiano.*

Si era, da questo punto di vista, di fronte ad un passo in certo senso epocale per la centralità dei vincoli successori che la nuova disciplina andava ad incidere: da un lato, quello agnatizio⁴⁰, a difesa del quale la donna era stata tenuta per secoli sotto tutela e che solo recentemente aveva visto allentarsi le sue spire, prima attraverso la concessione graziosa dello *ius liberorum*, poi della abolizione claudiana della tutela legittima, tipicamente agnaticia⁴¹, dall'altro, quello di patronato, che aveva avuto da tempo imme-

³⁸ Cfr. O. DILIBERTO, voce *Successione*, cit., 1307 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 355; Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 132; Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto*, cit., 197 s.; A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos*, cit., 369 ss.; EAD., *Mater intestata: la herencia de la madre desde la etapa arcaica al Gobierno de Marco Aurelio*, in *Fundamentos*, cit., 415 s.; F. NASTI, *I senatus consulta*, cit., 270 s. e A. GRILLONE, *Una strada*, cit., 59.

³⁹ Per quanto concerne la posizione della donna libertina rispetto alla nuova disposizione senatoria la dottrina si è divisa sulle sorti dei diritti del patrono, tra chi come M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum*, cit., 69-85, ha radicalmente escluso, secondo quanto pure a chi scrive pare preferibile, la concorrenza del patrono con i figli della liberta; chi, invece, come G. LAVAGGI, *La successione della liberta*, cit., 176 ss., credeva a tale concorrenza per una quota virile; e chi, dal canto suo (cfr. F. SAMPER, *De bonis libertorum, sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del libertus*, in *AHDE*, 41, 1971, 149 ss., *praec.* 170), ha proposto una soluzione mediana che attribuisce rilevanza allo *ius liberorum*, eliminando con la procreazione del quarto figlio ogni diritto del patrono alla virile (ipotesi che recentemente è stata condivisa da A. LÓPEZ GÜETO, *Las expectativas hereditarias*, cit., 598 s.).

⁴⁰ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. II*, cit., 22 s.; Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 133 ss. e P. GIUNTI, *Il ruolo*, cit., 131.

⁴¹ In tema, P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. I*, cit., 15 s.; ID., *Studi sulla tutela mulierum. II. Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*, Milano, 1979, 5 ss.; B.

more un'intensa connotazione fiduciaria e, *ab origine*, addirittura, carattere sacrale. La forza di questi vincoli atavici veniva superata nella neonata legislazione senatoria dal riconoscimento di un nuovo naturale legame⁴²: il rapporto di genitorialità materna, della cui centralità in punto di educazione e formazione dei figli, come più sopra si diceva⁴³, non si era dubitato a livello sociale, assumeva per la prima volta rilevanza giuridica predominante in sede successoria⁴⁴. Lo attesta nitidamente il commento ulpiano ad uno dei pochi frammenti "certi" del testo senatorio giunto fino a noi, che è contenuto nel §. 9 del medesimo frammento sopra citato:

«SI NEMO FILIORUM EORUMVE, QUIBUS SIMUL LEGITIMA HEREDITAS DEFERTUR, VOLET AD SE EAM HEREDITATEM PERTINERE, IUS ANTIQUUM ESTO». *Hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio ad crescat. Et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*

Affermava infatti il testo del senatoconsulto che, solo se nessuno dei figli a cui l'eredità della donna era stata devoluta per successione legittima avrà voluto che questa gli appartenesse, si sarebbe fatto ricorso all'ordine di successione stabilito dal diritto previgente. Chiariva poi Ulpiano in sede di commento che di più figli era sufficiente che uno fosse disposto ad acquistare l'eredità per escludere tutti gli altri successibili *ex lege* e che solo nel caso in cui tutti i figli della liberta si fossero astenuti dall'e-

ALBANESE, *Le persone*, cit., 532; R. SALLER, *I rapporti*, cit., 834; E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., 206 s.; F. CENERINI, *La donna*, cit., 35; Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 159 ss.; C. VENTURINI, *Variazioni*, cit., 841 ss.; O. TELLEGEN, *Tutela mulierum*, cit., 415 e, ancora, V. HALBWACHS, *Women as Legal Actors*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, a cura di P.J. DU PLESSIS-C. ANDO-K. TUORI, Oxford, 2016, 448 s. A margine di altri temi, anche personalmente sul punto in A. GRILLONE, *La "parità di genere"*, cit., 89, e in *Una strada*, cit., 59.

⁴² Cfr. J.A. CROOK, *Women*, cit., 79 e P. GIUNTI, *Il ruolo*, cit., 131. Sulla *cognatio* come legame di parentela naturale: Paul. *sing. de grad. et adfin.* D. 38.10.10.4. *Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est.*

⁴³ Cfr. *supra* §. 2.

⁴⁴ Così F. MERCOGLIANO, *La condizione giuridica*, cit., 39 e, nello stesso senso, si legga Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 132-135. A tal proposito, infatti, deve tenersi in conto anche quanto sostenuto da P. GIUNTI, *Il ruolo*, cit., 131, con riguardo al precedente SC Tertulliano, che regolava la successione delle madri ai figli: «emerge come in realtà la normativa sancita dal *senatusconsultum Tertullianum* finisse per creare una situazione equipollente, se non addirittura peggiore ... rispetto a quella prevista dal regime della *bonorum possessio unde cognati*».

redità di lei si sarebbe potuto dar corso alla successione del patrono⁴⁵.

La donna, oggetto d'interesse del senatoconsulto, doveva logicamente essere scevra da qualsivoglia vincolo potestativo e, dunque, *sui iuris*, non sottoposta al potere paterno e neppure alla *manus* del marito, conformemente alla finalità stessa del senatoconsulto, esplicitata nel sopra citato estratto dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26.7, quella cioè di rimediare alla condizione delle madri che non si fossero venute a trovare, per mezzo di quest'ultimo istituto, *sororis loco* rispetto ai figli e, dunque, agnate dei loro discendenti⁴⁶. Del resto, in caso contrario, le sarebbe venuto a mancare, per poterne trasferire, l'ineludibile presupposto dell'essere, a sua volta, titolare di diritti.

In una società fortemente esposta alle calamità della guerra, sovente impegnata nello sforzo bellico, dovette divenire consuetudine, come pare suggerire la collocazione prioritaria del tema all'interno del titolo giustiniano a ciò dedicato, l'insorgere di un'incertezza circa lo *status familiae* della donna, quando l'avente potestà si trovasse in condizioni di prigionia presso i nemici:

Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.17.1.1. *Si ea sit mater, de cuius statu dubitatur, utrum mater familias sit an filia familias, ut puta quoniam pater eius ab hostibus captus sit: si certum esse coeperit matrem familias esse, liberi admittentur. Unde tractari potest, an medio tempore, dum status pendet, succurri eis per praetorem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant: et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit.*

⁴⁵ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*. II, cit., 23. Sebbene vi sia stato chi, anche recentemente, ha letto la chiusa del testo nel senso di una concorrenza abituale tra figlio e patrono, tra i quali si sarebbe divisa l'eredità per quote uguali a meno della morte dell'uno o dell'altro: A. LÓPEZ GÜETO, *Las expectativas hereditarias*, cit., 592 s., interpretazione che tuttavia mi pare contrasti apertamente con le parole tràdite del senatoconsulto, che danno luogo allo *ius antiquum* solo *si nemo filiorum... volet*. In tal senso, invece, cfr. M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum*, cit., 85, il quale, a sostegno della lettura qui proposta, richiamava il contenutisticamente sovrapponibile passo paolino, compilato in D. 38.17.6.1, e in particolare l'allusione, in quella sede, alla necessaria interpretazione estensiva delle parole edittali: *Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel adgnatus adierit, videndum propter haec verba «SI NEMO FILIORUM VOLET HEREDITATEM SUSCIPERE», quia extensiva sunt. Et cum verba extensiva sint, paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est*. In nessuno dei due passi è fatto riferimento al diritto di accrescimento di altri concorrenti al di fuori della cerchia dei figli, a questi l'eredità sarà delata solo nell'impossibilità di devolverla ad alcuno di loro. A suffragio di tale tesi si veda la recensione dell'opera di Meinhart: R. QUADRATO, *I senatusconsulti Tertulliano e Orfiziano* (rec. a M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Hermann Böhlau Nachf, Grätz-Wien-Köln, 1967), in *Labeo*, 15, 1969, 362-377.

⁴⁶ Cfr. P. GIUNTI, *Il ruolo*, cit., 130 e A. LÓPEZ GÜETO, *Mater intestata*, cit., 409 ss.

Se si dubiti di quale sia lo stato della madre – afferma il giurista di Tiro – se quello di madre di famiglia, cioè di persona giuridicamente indipendente, o di figlia in potestà, nella misura in cui il padre di lei si trovasse in stato di prigionia presso i nemici, nel momento in cui avrà cominciato ad essere certo che non fosse più sottoposta alla sua potestà, perché, ad esempio, presso i nemici costui aveva trovato la morte, i figli sarebbero stati ammessi alla successione ereditaria della madre al primo posto. E, nondimeno, Ulpiano si interrogava circa il destino dei figli nel caso in cui fosse rimasto in dubbio che il padre di lei potesse un giorno tornare: il giurista era dell'opinione che il pretore dovesse venire loro in soccorso attraverso la concessione, sul modello della soluzione che egli stesso propugnava per gli eredi del prigioniero fatti salvi *per legem Corneliam* (12 *ad Sab.* D. 38.16.1 pr.⁴⁷), di una *bonorum possessio provisoria* a favore dei discendenti, per evitare che, qualora nel frattempo fossero deceduti, non trasmettessero nulla ai loro eredi⁴⁸.

Come detto, se la funzione del senatoconsulto era quella di beneficiare la donna non sottoposta alla *manus* del marito di una linea successoria, alternativa a quella potestativa, nei confronti dei figli, sia maschi che femmine⁴⁹, più incerto è se in origine la disposizione dovesse fare riferimento alla legittimità della filiazione, escludendo dal nuovo regime i figli extramatrimoniali. In dottrina⁵⁰, anche in tempi recenti, è parso poco verisimile che l'opinione netta espressa da Ulpiano, in 12 *ad Sab.* D. 38.17.1.2 (*sed et vulgo quaesiti admittuntur ad matris legitimam hereditatem*), a favore dell'ammissione alla successione ereditaria legittima della madre dei figli nati fuori da giuste nozze derivasse dall'esplicita adozione del principio di non discriminazione nella lettera del testo approvato dal senato di Marco Aurelio. Più probabile è che la disposizione non facesse menzione espressa dei

⁴⁷ *Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. Sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non improprie dicitur decessisse. Plane qui testari non potuit proprie non est intestatus, puta impubes furiosus vel cui bonis interdictum est: sed hos quoque pro intestatis accipere debemus: eum quoque, qui ab hostibus captus est, quoniam per legem Corneliam successio his deferretur, quibus deferretur, si in civitate decessisset: nam et eius hereditas fuisse creditur.*

⁴⁸ A. LÓPEZ GÜETO, *Las expectativas hereditarias*, cit., 575 ed EAD., *Mater intestata*, cit., 415 s. Si tratterebbe in entrambi i casi di esempi di trasmissione provvisoria della delazione ereditaria, su cui cfr. J. M. RIBAS ALBA, *La transmissio de la delación en Derecho Romano clásico*, in *BIDR*, 94-95, 1991-1992, 289-307.

⁴⁹ Cfr. M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum*, cit., 139 s. e O. DILIBERTO, voce *Successione*, cit., 1307.

⁵⁰ Cfr. A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos*, cit., 395 ss. e, in precedenza, M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum*, cit., 139 ss.

figli nati fuori da *iustae nuptiae* e che, in questa incertezza, l'interpretazione prudentiale successiva, abbia contribuito a disambiguare il testo nel senso dell'equiparazione dei figli *spurii* agli *iusti procreati*. Un'opinione, questa, che non dovette probabilmente essere accolta in maniera del tutto pacifica tra i *sapientes*, se ancora Modestino, sente la necessità di precisare che:

Mod. 9 reg. D. 38.17.4. *Matris intestatae defunctae hereditatem ad omnes eius liberos pertinere, etiamsi ex diversis matrimoniis nati fuerint, iuris est.*

È conforme a diritto che l'eredità della madre defunta senza aver confezionato un valido testamento appartenga a tutti i suoi figli, anche se siano nati da diversi matrimoni⁵¹. Dato che, come si può facilmente arguire, sarebbe del tutto superfluo rimarcare a fronte dell'adozione incontroversa della sopra esposta sentenza ulpiana. Quello che è più probabile è che proprio nel pensiero del giurista di Tiro e della sua scuola dovesse essere maturata l'equiparazione universale di tutti i figli rispetto al loro diritto di essere primi eredi alla madre, indipendentemente dalla costanza del matrimonio legittimo, nonché, poi, anche, della sua antecedente esistenza⁵².

Un simile quadro di massima inclusività della disposizione deve essere completato con riferimento ai discendenti diretti della donna che non potessero dirsi giuridicamente indipendenti (*sui iuris*), in quanto ancora sottoposti all'autorità del *pater*. È fondamentale in questo caso un passo escerpito dal libro unico *Ad senatus consultum Orphitianum* di Gaio, compilato in D. 38.17.9:

Sacratissimi principis nostri oratione cavetur, ut matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate erunt, pertineat.

Il frammento gaiano attesta, per mezzo del riferimento all'orazione imperiale che l'aveva preceduto, che già nella lettera del senatoconsulto dovevano essere contemplati tra i figli cui sarebbe spettata l'eredità della madre morta intestata anche quelli ancora sottoposti alla potestà altrui⁵³, i quali, però, acquistando all'avente potestà, forse previo *iussum*, avrebbero al più

⁵¹ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*. II, cit., 22 e O. DILIBERTO, voce *Successione*, cit., 1307.

⁵² Cfr. A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos*, cit., 309 ss., 394 ss., la quale Autrice non ha dubitato che tale equiparazione sia stata acquisizione della giurisprudenza successiva e, dunque, che il testo originario del senatoconsulto si riferisse più o meno esplicitamente alla circostanza che i figli interessati dalla disposizione fossero soltanto quelli procreati all'interno di una legittima unione matrimoniale, secondo quanto suggerirebbe, del resto, il modello familiare tradizionale, del quale Marco Aurelio, sulla scia di Augusto, si sarebbe fatto sostenitore lungo il corso del suo mandato imperiale.

⁵³ Cfr. O. DILIBERTO, voce *Successione*, cit., 1307 e A. LÓPEZ GÜETO, *Las expectativas hereditarias*, cit., 578.

potuto mantenere una qualche forma di controllo su tali beni nell'ambito di un peculio, quali lasciti pervenuti per via ereditaria dalla madre o dalla famiglia materna⁵⁴: patrimonio separato, che da età costantiniana, divenendo pienamente disponibile al figlio, anche per via ereditaria, avrebbe preso il nome di *adventicium*.

È quanto del resto anche risulta, in modo del tutto conforme, da un passo paolino, tratto dall'omonimo libro di commento *Ad senatus consultum Orphitianum*, che di poco precede nell'ordine espositivo dei Digesta giustinianeî al fr. 6 del medesimo titolo, nel cui *principium* è ribadito che, in base a questo senatoconsulto, un figlio, anche se si trovi sotto la potestà altrui, è ammesso all'eredità della madre:

Filii mater ex hoc senatus consulto, etiamsi in aliena potestate sit, ad hereditatem admittitur.

Da un lato, questa importante deroga all'incapacità patrimoniale dei sottoposti a potestà, venendosi a sommare nel tempo alla capacità di gestione, prima, e di trasferimento *mortis causa*, poi, dei beni contenuti nel *peculium castrense* e, in seguito, *quasi castrense*, contribuirà ad aprire, nei secoli tra l'impero di Costantino e l'era giustiniana, anche ai figli *alieni iuris* la via verso l'acquisizione piena di un diritto di proprietà sui beni materni; dall'altro, in un certo senso, ponendo per espressa previsione di legge un'invasiva deroga ad un principio cardine dell'ordinamento romano, spianava la strada alla successiva interpretazione prudentiale estensiva della disposizione, come nel seguito del §. 1 è lo stesso Paolo a suggerire (*propter haec verba* «SI NEMO FILIORUM VOLET HEREDITATEM SUSCIPERE», *quia extensiva sunt*), nella misura in cui, infatti, le parole «se nessuno dei figli vorrà ricevere l'eredità» ammettono, in ogni possibile direzione, la più inclusiva delle interpretazioni.

⁵⁴ A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos*, cit., 401-406.

CLAUDIA TERRENI

CURATOR VENTRI DATUS E CUSTODIA VENTRIS.
LE RAGIONI DEI DUE ISTITUTI ED IL LORO DESTINO
NEGLI ORDINAMENTI MODERNI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *curator ventris* nelle fonti romane. – 3. Le osservazioni di Siro Solazzi. – 4. Il ruolo del custode. – 5. Dai Codici preunitari alla legge n. 151 del 19 maggio del 1975. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

È pacifico che l'ordinamento giuridico romano collegava al concepimento determinati effetti in materia di *status* ed assegnava al nascituro (termine, questo, che assumo come equivalente a 'concepito', ma in rapporto al quale può essere colta una certa, seppur imperfetta, corrispondenza semantica con la locuzione *qui nasci speratur*¹) una tutela diretta a favorire lo svolgersi della gestazione ed a preservare integri i diritti di natura patrimoniale che, nella prospettiva della nascita, erano a lui riconosciuti. A tal fine era prevista, su richiesta della gestante, la nomina pretoria di un *curator*, al quale potevano far capo tali compiti e che veniva scelto *aut ex his qui tutores dati sunt postumo, aut ex necessariis adfinibusque aut ex substitutis aut ex amicis defuncti aut ex creditoribus* ovvero, *si de personis eorum quaestio moveatur*, limitandosi ad individuarlo in un *vir bonus*².

¹ Rimando sul punto a C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, 36, 150, 152, 173, 211, Più recentemente, risultano interessanti le osservazioni di M.V. SANNA, *Spes nascendi – spes patris*, in *AUPA*, 4 2012, e il compianto studioso A. PALMA, *Il nascituro come problema "continuo" nella storia del diritto*, in *TSDP*, 7, 2014, 32 s., con relativa bibliografia.

² D. 37.9.1.23 nel quale vengono minuziosamente descritte le caratteristiche che la persona incaricata di ricoprire il ruolo di *curator* doveva possedere. In proposito: A. SACCHI, voce *Curator ventri datus*, in *Dig. it.*, 8 (1899-1903), 912 s.; L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, 297; G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. CORBINO-M. HUMBERT-G. NEGRI), Pavia, 2010, 720. Inol-

Infatti, nell'ambito del diritto privato una particolare rilevanza assume il curatore assegnato a determinati soggetti tra i quali il giovane postpubere (non sottoposto alla tutela di altri)³, l'insano, il furioso il fatuo, il prodigo, il muto, il debole e, appunto, il *curator ventris*⁴, definito nelle fonti

tre, M. PADOVAN, *Il corpo e la sua condizione giuridica in Roma Antica*. Tesi dottorale a.a. 2015/16, fruibile on line, 89.

³ Mentre al giovane, non soggetto alla tutela di altri, che abbia raggiunto l'età postpuberale viene assegnato il curatore fino al compimento del venticinquesimo anno, alla custodia del bambino pubere viene preposto il tutore fino al compimento dell'età puberale.

⁴ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1978, 11; F.F. DE BUJAN, *La vida. Principio rector del derecho*, Madrid, 1999, 130 nt. 210 che richiama il *curator ventris* «como administrador de los bienes hereditarios entregados a través de la *missio in possessionem* decretada *ventris nomine*». Il concetto di fondo che si rinviene nelle fonti è la *missio in possessionem* del *venter* stesso, inteso questo nel senso di nascituro *propter spem nascendi* o di nascituri, così come previsto in D. 37.9.1.3 ... *quia filia nasci potest, vel plures, vel filius et filia, venter in possessionem mittetur*, con la giustificazione che *satiis est enim sub incerto eius, qui edetur, ali etiam eum, qui exheredatus sit. quam eum, qui non sit exheredatus, fame necari: raturumque esse debet, quod deminutum est: quamvis is nascatur, qui repellitur*. A ciò risulta consequenziale, in assenza di diseredazione di *id quod in utero est* D. 37.9.1.2; 6-7. l'indirizzarsi previa eventuale *cognitio* D. 37.9.7.1. Sul valore della *cognitio pretoria* si veda: R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, 152, secondo il quale, in relazione al testo, ritiene che la «*causae cognitio* non fosse sempre necessaria». Inoltre M. KASER-K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 190 s. del provvedimento pretorio alla *mulier: rectissime autem praetor nusquam uxoris fecit mentionem, quia fieri potest, ut mortis tempore uxor non fuerit, quae se ex eo praegnatem dicit*. D. 37.9.1.10 e, ove questa avesse formulato la relativa istanza, *nisi manifesta sit calumniatrix*. D. 37.9.1.14. Sul testo, R. MARTINI, *Il problema*, cit., 150 s., parla di «significativo esempio di applicazione analogica dell'editto Carboniano». Sull'argomento risultarono interessanti le osservazioni di K. HACKL, «*Controversiam movere*», in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982, 230 s. Questa espressione valorizza fino in fondo il rescritto Adrianeo, poiché in caso di contestazione o sul grado di parentela, o sullo stato di gravidanza, il pretore concede un decreto *ex Carboniani edicti*. È la manifesta calunnia l'esimente del provvedimento, lo stesso Ulpiano, (D. 37.9.1.14) infatti, fornisce la *ratio* giustificativa sottolineando che *Divus Hadrianus Claudio Proculo praetori rescripsit, ut summam de re cognosceret et, si manifesta calunnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. idemque est et si status mulieri controversia fiat*. Il frammento venne da F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 1, trad. C. FERRINI, Milano, 1888, 475 posto in relazione a D. 25.4.2 e, respingendo poi la teoria di Cuiacio, osservò che «qui non si tratta dell'editto Carboniano, ma dell'*Edictum de ventre in possessionem mittendo*. Ciò risulta chiarissimamente dal fatto che Giuliano dopo, autorizza il Pretore ad usare indulgenza, quando l'omissione di ciò che prescrive l'editto *de ventre inspiciendo et custodiendo partu*, sia avvenuta non per malizia, ma per ignoranza e semplicità della donna. E questo *Edictum de ventre in possessionem mittendo* ben a ragione Giuliano diceva *quod AD CARBONIANI DECRETI EXEMPLUM compara-*

romanistiche in via generale come *qui alicuius rei publicae vel privatae vel personae curam agit*.⁵

2. Il curator ventris nelle fonti romane

Risalta, infatti, con chiarezza l'orientamento giurisprudenziale volto a cogliere alla base della *cura ventris* la finalità di tutelare, in caso di mancata diseredazione, la creatura *in utero* suscettibile di rientrare nel novero dei

tum est. Perché per esso il Pretore concedeva alla vedova incinta l'immissione nei beni del marito defunto per attingervi, durante il tempo della gravidanza, gli alimenti, e conservare l'eredità al futuro erede del sangue del marito, ma solo nel caso in cui il fanciullo, ch'essa porta nel seno, potesse crescendo, chiedere l'immissione secondo l'*edictum Carbonianum*. Laonde, ove si contesti che la donna sia gravida, o lo sia ad opera del marito, ben può dirsi che il Pretore interviene con un decreto *ad exemplum Carboniani Edicti*. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1², München, 1971, 346 prospetta una situazione molto discussa per la *missio in possessionem ventris nomine* e prospetta tre ipotesi per far luce sulla fattispecie del frammento, ovvero il caso che la donna richieda la *missio* e l'erede ponga in discussione lo *status* di gravida o che lo sia ad opera del testatore coniuge. In primo luogo se la *mulier* ha giurato su delazione dell'erede lo stato gravidico, il giuramento è vincolante, la donna ottiene la *missio*, non può essere punita per calunnia e viene protetta con l'interdetto *Ne vis fiat ei, quae ventris nomine missa fuerit in possessionem*, in secondo luogo se la donna non ha giurato ma ha respinto il giuramento deferitole, o ha differito il giuramento e la controparte ha giurato che la donna non è incinta, allora le viene negata la *missio*, anche qualora la donna sia realmente incinta; in terzo luogo, secondo l'autore, qualora non sia stato prestato alcun giuramento, si procede secondo le indicazioni contenute nel nostro frammento (D. 37.9.1.14) per cui qualora il pretore accerti *summatim cognoscere* che la donna ha richiesto la *missio* da una manifesta calunnia, la nega; in caso contrario, in caso di semplici dubbi la concede nell'ottica della protezione del nascituro. Anche se le fonti non si esprimono chiaramente, Kaser, individua il contesto funzionale tra *missio in possessionem ventris nomine* e *edictum Carboniani* dall'*exemplum Carboniani edicti* previsto dal frammento e da D. 43.4.3.3 e forse anche D. 37.9.1pr. secondo cui la *missio ventris nomine* sostituisce la *datio in possessionem*. Recentemente A. PUGLIESE, *Da moglie a madre. Mutamenti normativi ed identità femminile a roma tra il III e il I sec. D.C.*, tesi dottorale, 2023 on line, 43 e s. Un'ampia monografia dedicata all'editto Carboniano è di S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, Napoli, 2007, in cui l'A. evidenzia le problematiche insite alla ricostruzione, alla natura e financo alla data di tale strumento pretorio.

⁵ Nell'accezione più comune del termine si intendevano i custodi di animali (Varr. *Rust.* 3.97; *Column.* 8.11.2; 9.5.2; 9.7.3), coloro che sono preposti alla coltivazione dei prodotti dei campi e degli orti (Fest. pag. 48; D. 50.1.21), il soprintendente ai giochi (Plaut. *Poen.* 32; Cic. *leg.* 3.7; Suet. *Cal.* 27), il magistrato dell'annona (D. 49.1.21.2; Cic. *leg.* 8.7), i deputati alla manutenzione delle strade (Cic. *Att.* 1.1.2), alla sorveglianza di fiumi e delle acque pubbliche (Suet. *Aug.* 37), gli amministratori civici (D. 2.14.37; D. 1.22.6; D. 43.24.3.4) e delle rendite pubbliche (D. 50.4.18.5; 9-10), gli amministratori di beni e delle proprietà private (C. Th. 5.15.20; D. 46.3.90; D. 4.6.15pr.; 42.5.22.1; Gai. 1.199) e alla cura alimentare (D. 37.9.5)

*sui heredes*⁶, presentandosi come strumentali, rispetto a questo obiettivo, i diritti riconosciuti alla madre in corso di gravidanza⁷. Una tale impostazione traspare dal fatto che il concetto di fondo che si rinviene nelle fonti è la *missio in possessionem* del *venter* stesso (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1 pr.; Ulp. 47 *ad ed.* D. 37.9.7 pr.; 2; Paul. 7 *quaest.* 37.9.10)⁸, cioè del nascituro o (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.3) dei nascituri. A ciò risulta conseguenziale l'indirizzarsi, previa eventuale *cognitio* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.7.1), del provvedimento pretorio alla *mulier praegnans*⁹, nei confronti della quale era prevista, *ventris nomine*, l'immissione nei beni ove avesse formulato la relativa istanza, *nisi manifesta sit calumniatrix* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.14).

Si può osservare, al riguardo, che Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.17 configura nella *missio in possessionem* del *venter* un provvedimento pretorio preliminare rispetto alla nomina di un *curator*, alla quale il magistrato poteva procedere, anche in questo caso, solo in seguito a conforme richiesta della donna.

Combinando, comunque, tra loro le indicazioni contenute, in particolare, nel lungo frammento tratto dal commento ulpiano *ad edictum* conservato in D. 37.9.1¹⁰, si può ritenere che, in assenza del *curator ventris* (circostanza

⁶ Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.2, dov'è significativa l'indicazione *et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo qui editur suus futurus sit, ventrem mittemus*, giustificandosi questa scelta sulla base del principio secondo cui *aequius est vel frustra nonnumquam impendia fieri quam denegari aliquando alimenta ei qui dominus bonorum aliquo casu futurus est*, ovvero al fatto che *satius est ... sub incerto eius qui edetur ali etiam eum qui exheredatus sit, quam eum qui non sit exheredatus fame necari* (§ 3), e che, conseguentemente, *sane benignorem esse praetorem in hanc partem oportebit, ne qui speratur ante vitam necetur* (§ 9), presentandosi la complessiva disciplina orientata ad evitare *praetudicium partui* (§ 14), con riferimento al quale, anche nell'interesse della *res publica*, *in hoc favetur, ut in lucem producat* (§ 15).

⁷ Decisamente limitativo il punto di vista del E. NARDI, *Il procurato aborto nel mondo greco-romano*, Milano, 1971, 448 nt. 350, secondo cui «la *bonorum possessio* è in effetti accordata perché la madre ne tragga, e fino a tanto che ne trae, gli alimenti».

⁸ Giusti rilievi sul punto in E.M. POLO ARÉVALO, «*Conceptus nondum natus*» in *el Derecho Romano: Régimen Sucesorio*, Albacete, 2002, 212 s., con critica della tesi (per la quale cfr. F. BETANCOURT, *La defensa pretoria del "missus in possessionem"*, in *AHDE*, 52, 1982, 427; 487) orientata a configurare nella giurisprudenza classica un'evoluzione per effetto della quale la *missio in possessionem*, in un primo tempo concessa direttamente al nascituro, sarebbe stata, in prosieguo di tempo, ammessa a favore della gestante.

⁹ Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.10: *Rectissime ... praetor nusquam uxoris facit mentionem, quia fieri potest, ut mortis tempore uxor non fuerit, quae se ... praegnantem dicit*, con implicito riferimento al caso della divorziata. Destinatari del medesimo provvedimento potevano, perciò, essere anche più donne, *si quis prima uxore praegnanter facta mox aliam duxerit eamque praegnantem fecerit diemque suum obierit* (Ulp. 41 *ad ed.* 37.9.1.16).

¹⁰ *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. 1. nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

indicata come frequente *quia plerumque aut non petitur aut tardius petitur aut serius datur*), il patrimonio, in conformità al parere di Servio¹¹, venisse assegnato alla gestante (§ 24), spettando all'*heres institutus vel substitutus* di affiancarle un *custos* incaricato di provvedere *ad custodienda ea, quae sine custodia salva esse non possunt* (§ 25). In tale eventualità, sembra che alla donna fosse possibile attingere dal patrimonio *ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit* (ossia gli *alimenta*)¹², per i quali, ancorché somministrati a donna personalmente provvista di mezzi finanziari, la corrispondente diminuzione patrimoniale era in ogni caso giustificata, *quia videntur quae ita praestantur ipsi praestari qui in utero est*: Gai.14 ed. prov. D. 37.9.5 pr.; cfr. Ulp. 15 ad Sab. D. 37.9.9), a differenza di ciò che poteva esserle concesso dal *curator*. Risulta, infatti, che egli dovesse fornirle, *quandiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnantem* (D. 37.9.1.27), *cibum potum vestitum tectum ... pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris* (§ 19), provvedendo, se del caso, alla conduzione di idonea *domus*, nonché al mantenimento degli schiavi della donna *qui necessarii sunt ad ministerium eius* (Paul. 41 ad ed. D. 37.9.4), facendo gravare sul patrimonio, in conformità a precisi criteri (D. 37.9.1.20), i relativi *sumptus*,¹³ che sarebbero andati, viceversa, a carico di lei solo nel caso in cui ella *sciens prudensque se non esse praegnantem consumpserit* (§ 28).

La finalità dell'istituto della cura *ventris*¹⁴ veniva ravvisata, dunque, come abbiamo sottolineato, in primo luogo, nella prestazione al *venter* del sostegno alimentare¹⁵ comprensivo, se del caso, della conduzione di ido-

¹¹ *Quod si nondum sit curator constitutus (quia plerumque aut non petitur aut tardius petitur aut serius datur), Servius aiebat res hereditarias heredem institutum vel substitutum obsignare non debere, sed tantum pernumerare et mulieri adsignare.*

¹² Ovvero i cibi somministrati *vescendi causa*, secondo la terminologia ritenuta propria dell'editto pretorio dal O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1907, 348 sulla scorta di Ulp. 41 ad ed. D. 37.10.5.3.

¹³ Il che comportava, inevitabilmente, una parallela attività di amministrazione del patrimonio, spiegandosi, probabilmente, su questa base il successivo fondersi delle due figure.

¹⁴ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 1 (Introduzione parte generale), 2^a ed., Milano, 1967, 191; E. NARDI, *Procurato*, cit., 447 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 12 e nt. 23; L. DESANTI, *De confirmando*, cit., 296 s. Recentemente: M. CASOLA, *Man, family and society: from the experience of Ancient Rome up to Nowadays*, in *Quaderni del Dipartimento Ionico*, 12, 2019, 181 s.

¹⁵ D. 37.9.1.15. Sul testo si veda l'attenta esegesi di A. BELLODI ANSALONI, *Partus alendus est*, in *Tesserae Iuris*, 3.2, 2022, 68 e segg. la quale ritiene che «in sostanza, proprio gli interessi collettivi connessi alla filiazione fungono da imperativo criterio ermeneutico, orientando l'interpretazione degli istituti in rilievo verso una tutela dei *cives* doverosamente anticipata sin dal concepimento. Tali esigenze dovevano essere tanto radicate nel contesto sociale e ordinamentale da portare il giurista severiano ad affermazioni assertive, tali da

nea *domus*, nonché del mantenimento degli schiavi della donna, secondo quanto riferito in D. 37.9.4:

Habitatio quoque, si domum defunctus non habuit, conducenda erit mulieri. Servis quoque mulieris, qui necessarii sunt ad ministerium eius secundum dignitatem, cibaria prestanda sunt,

e tale da abbracciare, quindi, come si è detto poc'anzi, sulla base di D.37.9.1.19 ... *cibum, potum vestitum tectum* da prestare alla donna *pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris*, ovvero, anzitutto i mezzi di sussistenza che dovevano essere messi a disposizione della donna e, contestualmente anche la determinazione degli alimenti da assicurare a lei e al *venter*.

Erano da considerarsi *rata* gli *impendia* sostenuti al riguardo¹⁶, mentre sarebbero rimaste a carico della donna le spese che fossero risultate erogate a favore di colei che

*... sciens prudensque se praegnantem non esse conumpserit*¹⁷.

La previsione mirava, infatti, ad evitare che ... *qui speratur ante vitam necetur*,¹⁸ essendo ritenuto ... *aequissimum partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est*¹⁹ *ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur* ...²⁰ A ciò si accompagnava il più generale intento di provvedere *ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est* ovvero *partui*²¹.

Su queste previsioni si innestava il possibile intervento di un *curator* che poteva risultare indicato dal testatore:²²

... Si mulier ventris nomine in possessione sit, aperiendae sunt secundae tabulae ...

ma la cui nomina era, in ogni caso, deferita al magistrato²³ e sul quale gra-

non lasciare spazi a contestazioni o elucubrazioni dissenzienti, come emerge dalla stessa struttura del passo».

¹⁶ D. 37.9.1.2-5; cfr., D. 37.9.9.

¹⁷ D. 37.9.1.28.

¹⁸ D. 37.9.1.9.

¹⁹ D. 37.9.1.11.

²⁰ D. 37.9.6.

²¹ D. 37.9.1.14.

²² D. 29.3.9.

²³ D. 26.5.20. Sull'argomento si veda L. DESANTI, *De confirmando*, cit., 296. Dal frammento sembrerebbe potersi dedurre che il *curator ventris*, fosse stato istituito successiva-

vava un *personale munus*²⁴.

L'esame di questa articolata disciplina conduce, a questo punto, in forma stringente a concludere nel senso che non appare giustificato cogliere nell'osservazione ulpiana

sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit (D. 37.9.1 pr.),

che menziona l'uno a fianco dell'altro il già nato ed il concepito (posti tra loro in un rapporto di contrapposizione riflesso, con chiarezza, nell'alternativa tra individui che *iam in rebus humanis sunt* e *nondum nati*²⁵),

mente al *curator* prodigi, furiosi, *minorum*, di nomina pretoria, in ossequio a quanto previsto nell'editto. Cfr., inoltre, D. 27.1.45. 2: *Si a pretore detur curator mente capto aut muto sive ventri, excusatur iure liberorum*, il cui maggiore interesse sembra essere suscitato dal fatto che il *curator ventris* di nomina pretoria può operare la *excusatio* per il numero dei figli. Il passo è ritenuto interpolato E. LEVY-E. RABEL, *Digestorum libri XXI-XXXV*, Weimar, 1929, 152 relativamente all'*etiam ventri* ma S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma 1912, 90 e O. LENEL, *Edictum*, cit., 335, ammettono l'*excusatio* per il *curator ventris*. D. DALLA-R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 2001, 127, in cui si afferma che «contro l'obbligo di gestione della tutela, imposto dal potere pubblico, reagiscono gli onerati, facendo valere motivi di esenzione (*excusationes*). Queste scusanti, nate per la tutela Atiliana, si estendono poi agli altri tipi. Il loro regime si cristallizza alla fine in una serie di casi determinati: altri oneri, figli numerosi, età, salute, stato sociale, professione».

²⁴ D. 50.4.1.4: *Aequae personale munus est tutela, cura adulti, furiosive, item prodigi, muti, etiam ventri, etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum et similia*. Si vedono le diverse opinioni di E. ALBERTARIO, *Lo sviluppo delle "excusationes" nella tutela e nella cura dei minori*, Pavia, 1912, 45-64; = *Studi di diritto romano*, I. *Persone e famiglia*, Milano, 1933, 425 ss.; e S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1913, 288. Secondo il primo nel Digesto ci sono molti testi che parlano al tempo stesso di *excusatio* della tutela e, in generale, di tutti i *munera*, e non una volta, in tutti questi testi è ricordata la cura. L'A. analizza una serie di testi che dimostrano che si ha *excusatio* tutte le volte che si ha un *munus*, e che la tutela è espressamente considerata un *munus*. Ecco dunque che il frammento del Digesto risulta per lo studioso interpolato sia con riferimento alla cura dei minori che alla *cura ventris*. Inoltre, Albertario sostiene che la *cura ventris* e *bonorum* sono due *officii* volontari, ed una conseguenza ovvia di questa loro natura, è che per essi non occorre alcuna procedura di *excusatio*. La tesi è condivisa da C. FERRINI, *Appunti sulla dottrina romana della negotiorum gestio*, Milano, 1929, 748. S. SOLAZZI, *La minore età*, cit., 288 ritiene la *cura ventris* un *munus* alla quale è applicabile il regime delle *excusationes* e respinge il criterio interpolazionistico a cui Albertario sottopone i passi. Inoltre D. 27.4.1.2: *sed et si curator sit vel pupilli, vel adulescentis, vel furiosi, vel prodigi, dicendum est, etiam his contrarium dandum. Idem in curatore quoque ventris probandum est*. La figura del curatore al ventre emerge nelle fonti assumendo una netta caratterizzazione rispetto alle figure tipiche di *curatores* (prodigi, furiosi, *minorum*). Nelle due fonti riferite, una certa disciplina che di regola viene applicata alle generiche categorie di *curatores*, viene applicata al *curator ventris* in funzione di analogia. Recentemente, A. BELLODI ANSALONI, *Partus alendus*, cit., 76.

²⁵ Che "*nondum nati*" è il contrario di "*iam in rebus humanis*" fu già osservato dal E.

l'affermazione di un'artificiale equivalenza normativa instaurata nell'editto tra le due categorie²⁶, né, tanto meno, valutarla come espressione del tentativo di far convivere «il concetto stoico che il feto ancora non è uomo ... e ... l'opportunità della tutela del nascituro»²⁷. Quest'ultima posizione si presenta, infatti, frutto di una tesi preconcepita, mentre la prima non trova, almeno così mi sembra, alcun appoggio testuale. Ulpiano non ascrive, infatti, in alcun modo all'attività pretoria un'equiparazione concettuale tra nato e concepito idonea a supportare l'applicazione ad entrambi di un'analoga disciplina, ma si limita, semplicemente, ad affermare l'esistenza, a fianco di previsioni edittali dedicate al primo, di altre concernenti il secondo²⁸.

Mi sembra, dunque, corretto osservare che Ulpiano richiama la contemplazione nell'editto pretorio, di individui ancora non nati a fianco dei già nati, tra loro differenziandoli in rapporto all'intervento o meno della nascita²⁹ e senza parlare affatto di un'applicazione ai membri di un gruppo della disciplina propria di quelli dell'altro, ma, anzi, sottolineando la loro distinta e, pur tuttavia, paritetica, considerazione.

3. *Le osservazioni di Siro Solazzi*

L'analisi della figura del curatore al ventre che, come abbiamo detto, presenta qualche tratto di ambiguità credo non possa prescindere dalle condivisibili considerazioni autorevolmente formulate da Siro Solazzi³⁰, nel supporre che la disciplina contenuta nel Digesto costituisca il risultato della fusione di due uffici, distinti in epoca classica, del *curator ventris* e

NARDI, *Procurato aborto*, cit., 448, il quale, peraltro, dedusse da questa giusta considerazione il discutibile rilievo secondo cui «il feto ancora non è uomo». Questa impostazione, per alcuni aspetti accentuata dalla F. LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, 1, Napoli, 1996 77 51 ma già contraddetta da G. FONTANA, *Qui in utero sunt*, Torino, 1994, 22, può considerarsi definitivamente superata dopo la monografia di P. FERRETTI, *'In rerum natura esse. In rebus humanis nondum esse'. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008, 158), 165 ss.

²⁶ Nel qual senso si veda, in particolare: F. LAMBERTI, *Studi sui "postumi"* cit., 49.

²⁷ Così E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 448.

²⁸ Da segnalare le considerazioni sul tema che si leggono in M. P. BACCARI, *Curator ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012, 173 s.

²⁹ Il che ben si armonizza, mi sembra, con il rilievo di P. FERRETTI, *'In rerum natura esse'*, cit., 166, il quale ritiene che «la giustapposizione ulpiana possa essere ben spiegata solo assumendo a centro della medesima lo stesso fatto, il nasci».

³⁰ S. SOLAZZI, *"Curator ventris"* (1915), in *Scritti di diritto romano*, 3, Napoli 1957, 67 ss.

del *curator bonorum*, suscettibili di far capo alla medesima persona come precisa un frammento di Ermogeniano in D. 26.7.48:

*Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur,*³¹

ma formalmente distinti.

Lo Studioso enuncia la propria tesi prendendo come base D. 37.9.1.17 ed ammettendo che Ulpiano, e quindi i giuristi classici, distinguessero tra *curator ventri datus* e *curator bonis datus*³², mentre ai compilatori giustinia-

³¹ Il testo merita di essere avvicinato a D.50.16.161 *non est pupillus qui in utero est* che sottolinea l'inapplicabilità al nascituro dell'istituto della tutela e D. 26.5.20 pr. in cui si esclude la possibile concessione di un *tutor ventris*. Dai testi richiamati traspare il classicismo giustiniano relativo alla puntualizzazione della non applicabilità dell'istituto della tutela al concepito. Le ragioni che suggerirono di esplicitare la circostanza ai giuristi posti a profitto possono essere connesse alla dazione del tutore testamentario e specificatesi in rapporto al possibile esplicarsi del suo ufficio già durante la gravidanza. Solo in questa prospettiva, infatti, trova una precisa ragion d'essere l'univoca risposta negativa da parte della Giurisprudenza, preoccupata evidentemente, di tenere distinta la figura di lui da quella del *curator ventris* e di assegnare all'ufficio del secondo, anche rispetto ai *curatores* dall'ordinamento previsti a diverso proposito, una specifica fisionomia. Questa è colta da Ermogeniano identificando il compito di lui nella *sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio*, cioè considerandolo finalizzato all'obiettivo di preservare integra la massa patrimoniale in attesa della nascita, con esclusione della *rerum administratio*. La caratterizzazione è senza dubbio limitativa, non tenendo conto alcuno dei compiti del *curator ventris* relativi al sostegno economico che egli era tenuto a garantire alla madre nell'interesse del nascituro. Sul richiamato testo di Ermogeniano e, in generale, sulla relativa tematica, rinvio a M. P. BACCARI, *Curator ventris*, cit., 230.

³² D. 37.9.1.17: *Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permitendum in custodia bonorum esse: si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, cum periculum ad curatorem pertineat. idcirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet, oportet creditores curare vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret*. L'accostamento del *curator bonorum* al *curator ventris* è piuttosto frequente nelle fonti. Cfr: D. 28.5.23; D.42.7.1.2; D. 42.4.7.10, tanto che una evidente differenza si trova proprio accostando due brani situati uno vicino all'altro D. 42.5.22 e 24 dove si parla del privilegio sui beni del curatore che è dovuto nel caso del curatore al ventre (infatti il ventre ha sia diritto che privilegio sui beni del suo curatore) e non lo è nel caso di quello ai beni. Il privilegio infatti cessa se il parto non viene alla luce. Sul testo si vedano B. ALBANESE, *Le persone* cit., 12 nt. 23; E.M. POLO ARÉVALO, *Conceptus*, cit., 254 (la quale avvicina, opportunamente, il testo ad Ulp. 41 ad ed. D. 39.9.1.21 ed a Gai. 14 ed prov. D. 37.9.5.1) e M.P. BACCARI, *Concetti ulpiane per il "diritto di famiglia"*, 1, Torino, 2000, 110 ss., con citazione bibliografica. Sul *curator bonorum* si vedano le osservazioni di F. VAI, *Finalità e possibili riletture della cura ventris*, Scuola di dottorato di ricerca in Giurisprudenza ciclo XXV, Padova, 61, tesi dottorale anno 2013 con relativa bibliografia.

nei si sarebbe dovuta la riunione delle due figure, secondo quanto risulta dai successivi §§ 18-22.³³

Pur non escludendo sulla base di D 23.2.67.4³⁴ e D. 26.10.3.11³⁵, che una «stessa persona» potesse essere investita di ambedue gli uffici cioè «la cura del ventre e dei beni», Solazzi dimostra altresì che interpolazioni relative ad esempio al *ventri bonisque* di D 23.2.67.4 («il dubbio che *bonisque* sia stato sostituito a *bonisve*³⁶») o il rimaneggiamento del §18 di D. 37.9.1 confermino i suoi sospetti tanto da portarlo ad affermare che «nell'opera originale Ulpiano dedicasse i §§ 19-20 al *curator ventris*, e i §§21 e 22 al *curator bonorum*».

Stessa sorte, secondo Solazzi,³⁷ avrebbe subito D. 37.9.5pr. – 1, un testo di Gaio di commento all'editto provinciale:

Curator ventris alimenta mulieri statuere debet. nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur quae ita praestantur ipsi praestari qui in utero est. 1. Curator ventri datus solvendi debiti rationem habere debet, utique eius, quod sub poena aut pignoribus pretiosis debetur.

Inoltre, sul tema: P.L. CARUCCI, *Sulla tutela del concepimento e della gioventù dalle origini al Principato. Principi e politiche*, in TSDP, XI, 2018, 11 e 11 nt. 11.

³³ D. 37.9.1.18-22: *Hoc autem iure utimur, ut idem curator et bonis et ventri detur: sed si creditores instant vel qui sperat se successurum, diligentius atque circumspectius id fieri debeat et plures, si desiderentur, dandi sunt. 19 Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris. 20. Deminutio autem ad hos sumptus fieri debet primum ex pecunia numerata: si ea non fuerit, ex his rebus, quae patrimonium onerare magis impendio quam augere fructibus consueverunt. 21. Item si periculum est, ne interim res usucapiantur, ne debitores tempore liberentur, idem curare debet. 22. Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum.*

³⁴ D. 23.2.67.4: *Et si quis curator ventri bonisque datus sit....*

³⁵ D. 26.10.3.11: *Si curator ventri bonisque datus ...* Cfr. 26.10.3.3: *Sed et si quis curam ventris bonorumve administrat ...* Con ragione il Solazzi denuncia l'uso nelle fonti indifferentemente (pur se cambia di molto il significato) di *ventris bonorumve* e *curator ventri bonisque*. Il sospetto di interpolazione, in concreto, è forte.

³⁶ Le fonti effettivamente usano più spesso *ventri bonisque*, per cui il dubbio di una interpolazione, avanzato da Solazzi è giustificato, specie nell'ambito di uno stesso titolo il 10, del ventiseiesimo libro dedicato ai tutori e curatori sospetti. Se volessimo escludere l'interpolazione dovremmo pensare ad una differenziazione in chiave di responsabilità del curatore. Nel paragrafo 3 del frammento 26.10.3 *quis curam ventris bonorumve administrat* viene per analogia assimilato, in chiave di responsabilità al curatore dell'adolescente, del furioso e del prodigo e risponde per sospetto, sia esso un curatore al ventre o ai beni. Nel paragrafo 11 dello stesso frammento viene usata l'espressione *ventri bonisque* forse perché il curatore ha fraudolentemente assunto le funzioni di un tutore?

³⁷ S. SOLAZZI, *Scritti.*, cit., 68.

Secondo lo Studioso, infatti, «se nel §1 si fosse ragionato dello stesso curatore, di cui parla il pr., non sarebbe stato necessario ripeterne il nome (*curator ventris* – *curator ventri datus*), ma poteva bastare un pronome. Ciò rende verosimile che, come il pr. discorre di atti che competono indubbiamente al *curator ventris*, il §1 si occupasse del *curator bonis datus*». Secondo quanto disposto in D. 26.5.20 pr., per Solazzi, dunque, «l'editto contemplava solo la nomina del *curator ventris*»³⁸.

Effettivamente dal passo, dal quale Solazzi prende le mosse, si ricava che, mentre la nomina del *curator ventris* dipendeva da conforme richiesta della donna e poteva non venire formulata né essere soddisfatta tempestivamente

... quia pleremque aut non petitur, aut tardius petitur, aut serius datur: Servius aiebat, res hereditarias heredem institutum vel substitutum obsignare non debere, sed tantum pernumerare et mulieri adsignare,³⁹

quello del *curator bonorum* poteva aver luogo anche su istanza dei creditori del defunto.

Questo comportava come conseguenza il diverso contenuto delle due funzioni, giacché al *curator bonorum ventris nomine* faceva capo una responsabilità che comportava a suo carico, ove la nomina non fosse conseguita ad *inquisitio*, la prestazione di idonea *satisfactio*⁴⁰.

³⁸ *Ibidem*, 68 s.

³⁹ D. 37.9.1.24.

⁴⁰ D. 27.10.8: *Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet: eumque, rem salvam fore, viri boni arbitrato satisfacere proconsul iubet: sed hoc si non ex inquisitione detur: nam si ex inquisitione, cessat satisfactio*. In proposito, le considerazioni di L. DESANTI, *De confirmando*, cit., 296 nt. 2. Cfr. anche D. 42.5.24 in cui si afferma il principio che il ventre ha il *privilegium exigendi* sui beni del curatore e tale privilegio cessa se ovviamente il parto non viene alla luce. A fronte delle responsabilità del *curator* le fonti (D. 27.4.1.2) concedono anche al *curator ventris* l'azione contraria di tutela. Brevemente un cenno credo si possa fare richiamando i concetti di *satisfactio*, *inquisitio*. Due i passi D. 37.9.17 e D. 27.10.8. Nel primo troviamo la parola *inquisitio* e deduciamo che dovesse essere un qualcosa come una garanzia di solvibilità, dato che c'era solamente nel caso in cui il curatore assolvesse ad entrambe le funzioni, il ventre ed i beni. Nel caso in cui vi fosse solamente il curatore *ventris*, i creditori potevano ingerirsi direttamente nella custodia dei beni, non essendo affatto necessaria la procedura della *inquisitio*, che invece tornava ad essere necessaria in ogni caso di nomina di un *curator bonorum*. Nel secondo si pone una alternativa tra la *satisfactio* e la *inquisitio* riferendola al *curator bonorum ventris nomine*. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman law*, Philadelphia, 1953, s.v. *inquisitio* che ci delucida sulla procedura, il termine *inquisitio*, così come il verbo *inquirere*, sarebbe contrapposto all'indagine sommaria e superficiale, costituendo una analisi approfondita e scrupolosa. Inoltre, l'espletamento della *inquisitio* fa presumere la veridicità dei fatti accertati, costituendo garanzia di autenticità. Potendo ragionare per analogia con la tutela e considerando che al *curator ventris* spettava l'*administratio* con ogni probabilità si voleva evitare che un soggetto del tutto inadatto potesse amministrare l'ufficio di *curator ventris* tanto che l'*inquisitio* doveva muoversi in tre direzioni accertando la disponibilità economica,

Il compito del *curator ventris* era invece colto, essenzialmente nell'*alimenta statuere* nell'interesse del nascituro,⁴¹ utilizzando a questo scopo prima la *pecunia numerata*, poi le *res* facenti parte della massa ereditaria

... *quamdiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnantem*.⁴²

Ciò comportava, peraltro, inevitabilmente, una parallela attività di amministrazione del patrimonio e, poiché la nomina del *curator bonorum* non precludeva alla gestante il diritto di richiedere gli *alimenta*, si spiegherebbe, per Solazzi, con ogni probabilità su questa base il successivo fondersi delle due figure.

È da dire, però, che l'istituto viene valutato come retaggio romanistico in una prospettiva decisamente parziale. Infatti, risale già ad Albertario⁴³ il convincente rilievo secondo cui altro era la *cura ventris*, altro la larga diffusione della *cura bonorum* che vennero a far capo al medesimo soggetto solo per effetto di una evoluzione compiuta ormai nel *Corpus Juris*. La ragione della fusione risiedeva nel fatto che la richiesta del *curator* proveniva dalla madre e non poteva (come nel caso dell'individuo *apud hostes* provenire da un'imposizione d'ufficio). Quindi si può supporre che mentre la vedova in attesa aveva una verosimile preoccupazione di salvaguardare la quota ereditaria che al figlio *in utero* sarebbe spettata, ne aveva assai meno di proteggere la gestazione stessa (per la quale il diritto romano prevedeva autonome modalità di tutela) salvo il caso di situazioni fortemente conflittuali o di donna priva di mezzi. Ciò spiega l'insistenza sulla tutela delle esigenze della gestante, evidente relitto della *cura ventris*.

In rapporto così al *captivus* come al nascituro trovava applicazione la *cura bonorum*, pur contrassegnata, nei due casi, da una diversa evoluzione⁴⁴.

le qualità morali, la capacità psico-fisica. Per quanto concerne la *satisfatio* A. BERGER, cit., s.v. *satisfatio e cautio*, 690 e 384, dove alla voce *satisfatio* troviamo un rimando alla *cautio* con una elencazione di varie tipologie ma non di una specifica per il *curator ventris* al quale per via analogica potremmo ipotizzare l'applicabilità della *cautio de rato* e la *cautio rem pupilli salvam fore*. La L. DESANTI, *De confirmando*, cit., 217 nt. 163 riferisce espressamente l'alternativa *inquisitio-satisfatio* al *curator ventris* e al *curator Kalendarii*. Si vedano sul tema le osservazioni di L. CASAROTTI, *L'amministrazione dei tutori nel XXXV libro ad edictum: un esempio nel metodo di Ulpiano*, Tesi dottorale in diritto privato, diritto romano e cultura giuridica europea, a.a. 2017/2018 57 e 57 nt. 5; B. BISCOTTI, *Curatore e "amministrazione intermistica" dell'eredità giacente. Spunti per una riflessione storico-comparatistica*, in *Scritti in onore di A. Corbino*, 1, a cura di I. PIRO, Lecce, 2016, 19 ss.

⁴¹ D. 37.9.5

⁴² D. 37.9.1.20; 27.

⁴³ E. ALBERTARIO, *Lo sviluppo delle excusationes*, cit., 427 ss.

⁴⁴ Ho approfondito la tematica in C. TERRENI, *Me puero*, cit., 45 ss., e relativa bibliografia.

È infatti indubbio che, in entrambe le ipotesi, si cercava di preservare integra una massa di beni sprovvista di titolare attuale ma suscettibile di acquisirlo in dipendenza dal realizzarsi di una *spes*, costituita dalla *spes postliminii* o dalla *spes nascendi*: trovava, dunque, la propria *ratio* nella protezione dell'interesse economico del prigioniero e di quello dell'essere *in utero*.

Si può aggiungere che la diversità delle fattispecie non sembra aver inciso in misura significativa sulle modalità di funzionamento dell'istituto, ove si ammetta che esso restò sempre provvisto, per lo meno in epoca classica, di carattere facoltativo e collocato in diretto rapporto con la *missio in possessionem* del patrimonio reso oggetto di tutela.

La prima circostanza, sostenuta dalla dottrina più autorevole, non appare in contrasto con la chiusa di Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26.1.6.4, dove, una volta affermata la nullità della *datio tutoris* all'impubere *cuius pater in hostium potestate est*, si legge

... *immo curator substantiae dari debet, ne in medio pereat*.

La proposizione, ritenuta interpolata e, in effetti, redatta in forma tale da tradire un rimaneggiamento, può infatti essere posta in armonia con le regole classiche ove in essa si legga, in primo luogo, un riferimento alla *substantia* del quale era proprietario il padre prima di cadere in prigionia e si rinunzi, poi, a scorgervi una regola esposta «in una forma imperativa e quasi aggressiva»⁴⁵ per leggere, piuttosto, nella nomina di un *curator* l'indicazione di un rimedio predisposto, appunto, per la salvaguardia del patrimonio e suscettibile di applicazione nel caso concreto. Una tale interpretazione non è resa, d'altra parte, insostenibile dalla presenza di *debet*, che, se posto in rapporto con l'*immo* iniziale e con il complessivo contesto, può intendersi non nel senso dell'inderogabilità della nomina stessa, ma in quello dell'indicazione di quest'ultima come unico strumento utilizzabile al fine di evitare il depauperamento del patrimonio in oggetto.

Meno ancora appare probante in senso contrario Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.6.15 pr., dove la nomina del *curator bonis constitutus* nell'interesse del *captivus* (indicato come colui *qui hostium potitus est*: cfr. Iul 62 *dig.* D. 49.15.22.1) risulta destinata a verificarsi *plerumque*, ossia nella maggior parte dei casi e, dunque, come non obbligatoria.

⁴⁵ Mi sembra aprioristico valutarla come aggiunta postclassica secondo quanto osservato da U. RATTI, *Studi sulla 'captivitas' e alcune repliche in tema di postliminio*, Napoli, 1981, 54 ; 125 (= in *BIDR*, 35 1927) Più in là si spinse l'Amirante, 'Captivitas' e 'postliminium', cit., 55 nt. 6, che, aderendo alla radicale critica del Solazzi (esposta in *Il concetto del «ius postliminii»* [1947], in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, 573 s.), considerò non genuina la quasi totalità del passo, salvando solo la parte iniziale *ei cuius pater in hostium potestate est tutorem dari non posse palam est*. Si veda anche L. D'AMATI, *A proposito del 'curator bonorum captivi'* in *BIDR*, terza serie, 42 – 43, 2000 – 2001, 241 ss.

D'altra parte, nel diritto moderno, è da considerare che la situazione della vedova in attesa trovava ampi spazi di difesa essendo la donna stessa titolare di precise aspettative ereditarie ed esistendo una generalizzata presunzione di paternità⁴⁶. Si spiega così il concentrarsi dell'attenzione dei Codici sulle aspettative patrimoniali da tutelare.

4. Il ruolo del custode

«Nelle fonti giuridiche romane sono presenti istituti che spesso la dottrina odierna ...erroneamente confonde con la *cura ventris*»⁴⁷ ed un esempio lo ritroviamo nell'apposizione del custode.

Per quanto riguarda, appunto, il *custos*, il diritto romano ha previsto una disciplina declinata a finalità diverse rispetto a quelle del *curator ventris*. Ho già in passato analizzato i testi concernenti la figura del custode che in tale sede ripropongo⁴⁸. I testi chiave si possono indicare in alcuni frammenti del III e IV titolo del venticinquesimo libro del Digesto nei quali la figura del custode assume via via la forma di una sorveglianza garantista nelle diverse fattispecie concrete esaminate dai giuristi.

Di seguito, in Dig. 25.3.1 – 16⁴⁹, Ulpiano richiama la disciplina sul riconoscimento dei figli e sugli alimenti a favore dei discendenti, o dei genitori, o dei patroni, o dei liberti e sottolinea il fatto che il senatoconsulto che fu

⁴⁶ La presunzione era comunque nota anche al diritto romano in D. 2.4.5:...*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*. Si vedano sulla nota massima le osservazioni della A. LEFEBVRE TEILLARD, "Pater is est quem nuptiae demonstrant" jalons pour une histoire de la présomption de paternité, in RHDfE, 69, 1991, 331 ss. e F. LANFRANCHI, D. 2,4,5 "Pater is est ...: regula o definitio?", in AG 1968, 262 s. Lo studioso, in altra opera, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. II. La cd. presunzione di paternità*, Bologna, 1964, 47 s., ritiene genuino D.2.4.5 e citando anche Ulp. 4.2 conclude che «evidentemente la madre è giuridicamente certa perché all'accertamento iure della materialità del parto nulla osta, il padre è incerto (cioè accertabile iure come tale) non perché eventualmente ignoto o dubbio, ma perché non esistendo *iustae nuptiae* non possono scattare gli elementi presuntivi che fondano la regola *pater is est...*».

⁴⁷ M.P. BACCARI, *Cura ventris*, cit., 270.

⁴⁸ La differenza tra i due istituti ben si coglie nella disciplina riferita in D. 25.3.1-16 e 25.4.1-10 che ho avuto modo di approfondire, tenuto conto della maggioritaria dottrina sull'argomento, in C. TERRENI, *Me puero venter erat*, cit, 236 ss. Di recente, sull'argomento si vedano le osservazioni di A. PETRUCCI, *Lo status giuridico della donna nel diritto romano della tarda Repubblica e del Principato (II secolo a.C. – inizi del III secolo d.C.)*, in AA.VV., *The reality of women in the Universe of the Ancient Novel*, Amsterdam, 2023, 27.

⁴⁹ P.L. CARUCCI, *Tutela della madre dopo il divorzio nel I sec. D. C. Spunti di riflessione*, in *IURA & Legal Systems*, 6, 2018, 62 ss.

fatto relativamente al riconoscimento dei figli comprende due fattispecie: la prima relativa agli uomini che riconoscono, l'altra alle donne che presentano in modo falso un figlio come proprio⁵⁰. Esso, dunque, permette alla donna, o al padre nella potestà del quale ella si trova, o a colui che da loro ricevette mandato, se ella si reputi incinta, di notificare la cosa allo stesso marito, o al padre di lui, nella cui potestà quegli si trovi, entro trenta giorni da contare dopo il divorzio; o di notificarla presso la casa di lui, se non abbia nessuna delle precedenti possibilità⁵¹.

⁵⁰ Tutto il prosieguito del titolo sembra dedicato al problema dell'uomo *qui agnosceret* mentre la supposizione di parto finisce per uscire di scena. Si afferma perciò comunemente una sorta di lacuna imputabile ad Ulpiano; lacuna d'altra parte facilmente spiegabile perché l'inesistenza della gravidanza fa cadere qualsiasi problema, mentre la sua esistenza fa scattare la disciplina del riconoscimento. D'altra parte il Senatoconsulto parla di *duas species* e non di due situazioni intrecciate e [o ?] speculari concernendo l'uno il riconoscimento, l'altro il *subiciere falsum partum*, dove con locuzione ambigua si abbraccia evidentemente non so il *falsum partum* = (inesistenza della gravidanza) che non si vede a qual fine avrebbe interesse a simulare entro certi limiti) ma che può ben essere simulato ai fini della *bonorum possessio*, di immissione nei beni, ma anche il parto frutto di relazione con uomo diverso.

⁵¹ *Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt. 1 Permittit igitur mulieri parentive in cuius potestate est vel ei cui mandatum ab eis est, si se putet praegnatem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito vel parenti in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullus eorum copiam habeat... 3 Denuntiare autem hoc tantum esse mulierem ex eo praegnatem. non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus: sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas. mariti est iam aut mittere custodes aut ei denuntiare... quod non sit ex se praegnas: hoc autem vel ipsi marito vel alii nomine eius facere permittitur. 4 Poena autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes praemiserit aut contra denuntiaverit non esse ex se praegnatem, cogatur maritus partum agnoscere: et, si non agnoverit, extra ordinem coercetur. debet igitur respondere non esse ex se praegnatem aut nomine eius responderi: quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit. 5 Illud notandum est, quod denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere: 6 Sed si maritus ultro custodes offerat et ea non admittat, vel si non denuntiaverit mulier, aut si denuntiaverit quidem, custodes autem arbitrio iudicis non admiserit, liberum est marito parentive eius partum non agnoscere. ... 11 Quemadmodum per contrarium si maritus uxore denuntiante custodes miserit, nullum praeiudicium sibi facit. licebit igitur ei partum editum ex se negare nec ei nocebit, quod ventrem custodierit: et ita Marcellus libro septimo digestorum scripsit: ait enim, sive quis neget uxorem sive ex se praegnatem, sine praeiudicio recte mittet custodes, maxime si missurus id ipsum protestetur. 12 Iulianus libro nono decimo digestorum scripsit: quod senatus consulto comprehensum est, si mulier viro denuntiaverit se ex eo concepisse et is cui denuntiatum erit custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque non miserit neque contestato dixerit eam ex se praegnatem non esse, ut ei id quod editum sit agnoscere sit necesse, non eo pertinet, ut, si quis agnoscere se filium diceret, suum heredem haberet, quamvis ex alio conceptus sit: quandoque enim, inquit, coepit causa agi, grande praeiudicium adfert pro filio confessio patris ... 16 Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnatem, tametsi custodes non miserit, non evitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnas sit. quae causa si fuerit acta apud iudicem et pronuntiaverit, cum de hoc agatur quod ex eo praegnas fuerit nec ne, in ea causa esse, ut agnosci debeat: sive filius non fuit sive fuit, esse suum.*

Nel testo viene sottolineata l'esigenza della *denuntiatio*,⁵² su cui si incentra tutta la procedura come onere a carico della donna (D. 25.3.1.5: *denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere*) oppure del padre esercente la *potestas*: poteva, comunque, venire compiuta anche da diversa persona *cui mandatum ab eis est*.

Doveva essere indirizzata all'ex marito, al padre di cui egli fosse *in potestate* o, semplicemente, *domum*, in caso di difficile reperibilità dell'uno e dell'altro.

La *denuntiatio*, traducendosi in una formale dichiarazione di gravidanza e di attribuzione unilaterale della paternità, costituiva, infatti, l'atto pregiudiziale necessario per fruire della tutela disposta dal *senatus consultum*⁵³ notoriamente diretto a regolamentare l'*agnoscere partum* dei nati dopo il divorzio (cioè in situazione spesso conflittuale) e si tratta della testimonianza di un

⁵² Questa disposizione riecheggia nell'art. 43 dell'ALR, in cui però, era prevista l'obbligatorietà della denuncia da parte di ogni donna che, vivendo separata dal marito, avesse consapevolezza della propria gravidanza: "Eine Frau, welche schon vor der Scheidung von dem Manne abgesondert gelebt hat, muss, sobald sie nach dieser Absonderung eine Schwangerschaft verspürt, dem Manne davon sofort gerichtlich Anzeige machen".

⁵³ Si tratta del *senatusconsultum Plancianum*, altrove evocato come *factum ... de liberis agnoscendis*, in corrispondenza con il tenore di Pauli *Sent.* 2,24. Plinio, nel carteggio con Traiano (*Epist.* 10,72), accenna al *senatus consultum*, mostrandosi dubbioso circa la propria competenza a conoscere *de agnoscendis liberis restituendisque natalibus*: ciò in quanto il documento *de iis tantum provinciis loquitur, quibus proconsules praesunt*, mentre egli svolgeva l'ufficio di governatore in veste di *legatus Augusti pro praetore Ponti et Bithyniae* (R.P. LONGDEN, in "CAH", 11², 1965, 219). A ciò consegue la (secca) richiesta dell'imperatore (Plin. *Epist.* 10,73) di trasmettergli il testo del *senatus consultum* in oggetto, probabilmente a motivo di una "prassi in forza della quale, forse allo scopo di alleggerire il lavoro della cancelleria imperiale, chiunque chiedesse all'imperatore istruzioni sull'applicazione di determinate norme, doveva accluderne il testo" (A. METRO, *La datazione dell'editto "De inspiciendo ventre custodiendoque partu"*, in "Synteleia Arangio Ruiz", 2, Napoli, 1964, 951). Al riguardo della sua datazione, il *senatus consultum Plancianum* è riferito da M. KASER, *Das römische*, cit., 346 ed A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 572 all'età di Vespasiano (il che suggerirebbe di individuare il proponente in M. Plancius Varus, indicato in Tac. *Hist.* 2,63 come *praetura functus* nel 69), con datazione condivisa da B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 260 nt. 257, nonché, in forma dubitativa, da E. VOLTERRA, voce "*Senatus consulta*", in *Noviss. Dig. It.*, 16, Torino, 1969, 1072 (n. 129) ed accolta, tra gli altri, da M. MEINHART, *Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung*, in ZSS, 83 [1966], 132), da altri, genericamente, all'età preadrianea (S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², Rist. Milano, 1947, 1, 416 nt. 1; A. METRO, *op. cit.*, 953), traiana (J.K. EVANS, *War, Women and Children on Ancient Rome*, London, 1991, 188), ovvero «nello scorcio del I secolo e forse anche prima» (F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, 1 [L' "agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo"], Bologna, 1953, 5). L'ipotesi relativa alla riferibilità del *senatus consultum* all'età adrianea (per la quale cfr., ad es., E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*², Torino, 1925, 72) è smentita da Plin. *Epist.* 10,72; 73.

indirizzo normativo non riconducibile soltanto a pure finalità demografiche ed all'attuazione della disciplina introdotta dalla augustea *lex de adulteriis coercendis*, ma volto anche ad una tutela quanto più possibile organica del nascituro e delle aspettative paterne.

La *denuntiatio* doveva perciò aver luogo entro trenta giorni *ex die divortii* cioè nel tempo previsto utile per collegare il concepimento allo stato matrimoniale e in questo senso, è ben comprensibile che il computo dovesse aver luogo dalla data del divorzio, senza tenere conto dei soli *dies utiles*⁵⁴.

L'inosservanza del termine non provocava peraltro in modo assoluto la decadenza del diritto di operare la *denuntiatio*, giacché in caso di ritardo restava comunque aperta la strada alla verifica, come previsto da D. 25.3.1.7:

Si mulier se praegnantem intra triginta dies non denunciaverit, postea denunciavit, causa cognita audire debebit.

La circostanza trova agevole giustificazione.

Il testo normativo non poteva infatti che prevedere trenta giorni come tempo utile per la *denuntiatio*, ma questo periodo poteva non essere adeguato a rendere la donna consapevole del proprio stato, basti pensare ad una irregolarità del ciclo mestruale.

Diventa, quindi, possibile osservare che le disposizioni appaiono finalizzate a salvaguardare, in primo luogo, la madre e, indirettamente, le gravidanze non a conoscenza dell'ex marito perché iniziate sul finire dello stato matrimoniale: in questa prospettiva, la considerazione cronologica del provvedimento non poteva che assumere prioritario rilievo.

La *denuntiatio* veniva tuttavia prevista, nello stesso tempo, a favore dell'ex marito per la possibilità di non *agnoscere partum*, restando peraltro egli costretto, in tal caso, a prendere un'iniziativa destinata a sfociare in una procedura piuttosto complessa.

L'uomo poteva, infatti, operare una sorta di controdenuncia, dichiarando la propria soggettiva convinzione (D. 25.3.1.3, dove la circostanza è riflessa nell'uso del congiuntivo) secondo cui la ex moglie non era *ex se praegnantem*. Ciò provocava il possibile (e, direi, naturale) instaurarsi di un contenzioso *apud iudicem* (D. 25.3.1.16), risultando quest'ultimo investito del compito di *eius rei ... ius facere* e risolvendosi, così, la sentenza in una formale attribuzione o non attribuzione della paternità (D. 25.3.3 pr.).

L'alternativa era costituita per l'ex marito dall'invio dei *custodes*⁵⁵, dan-

⁵⁴ D. 25.3.1.9.

⁵⁵ K. HACKL, *Die Feststellung*, cit., 124: "Das *custodes mittere*, das im SC Plancianum geregelt ist, dient dem Interesse des Mannes, einerseits zur Sicherung von Beweisen ... andererseits zur Verhütung der Kindesunterschlebung". Relativamente alla normativa del Sc. Plancianum si vedano le osservazioni di A. PUGLIESE, *Da moglie a madre. Mutamenti*

do così inizio ad una pratica ricognitiva che non pregiudicava la possibilità per lui di disconoscere in seguito il nato (D. 25.3.1.11) e che offriva, perciò, adeguata tutela anche al suo diritto ad una legittima discendenza⁵⁶. L'inerzia o l'inottemperanza alle prescrizioni del *senatus consultum* costringevano invece al riconoscimento del parto a fini alimentari (D. 25.3.1.4; 25.3.1.12; 25.3.1.14)⁵⁷.

Diamo lettura adesso di D. 25.4.1.1⁵⁸.

Il testo riferisce un rescritto dei *divi fratres* interpellati dal pretore urbano in ordine ad un insolito caso a lui presentatosi, diretto a sancire l'ammissibilità dell'apposito interdetto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* e ad obbligare, in tal modo, la donna a sottoporsi alla visita di *tres obstetrices probatae et artis et fidei* ed a subire, nell'ipotesi di risposta affermativa

normativi ed identità femminile a Roma tra il I e III sec. d.C. 54 ss., tesi dottorale on line, con relativa bibliografia.

⁵⁶ Ancora l'ALR rievoca la normativa romana. Cfr. art. 44: "Als dann ist der Mann auf eben diese Sicherheits – Maasregeln anzutragen berechtigt".

⁵⁷ Del resto, la nascita dopo il divorzio o risultava collegata al matrimonio o era prova di adulterio, quindi, l'atteggiamento del marito è fondamentale: se riconosce il figlio bene, in caso contrario la donna è adultera secondo lui e quindi il mancato riconoscimento prelude ad un'*accusatio adulterii* da parte del marito o in caso di sua inerzia a un'*accusatio adulterii* da parte di estranei per la quale il mancato riconoscimento costituirebbe una prova oggettiva; quindi l'iniziativa non può che essere della donna e l'accento al fatto che *duas species complectitur* abbraccia un semplice aspetto complementare, cioè in pratica la possibilità per il marito di non riconoscere e quindi l'implicita previsione di situazioni che autorizzino il mancato riconoscimento. Bisogna, però, precisare che la mancata ottemperanza, da parte della madre, alle formalità prescritte dal *Senatus consultum Plancianum* non precludeva al figlio la legittimazione ad agire, in prosieguo di tempo, contro il padre, non restando egli pregiudicato dall'inerzia materna *non tantum in iure sui, verum ne in alimentis quidem* (D. 25.3.1.15).

⁵⁸ *Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit. Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit*

espressa dalla maggioranza di esse, la nomina di un *custos ventris*. Si può quindi osservare, in primo luogo, che il brano costituisce un'obiettiva testimonianza del riconoscimento accordato dall'ordinamento giuridico romano ai diritti del padre del concepito.

Appare, a questo punto, giustificabile quanto privo di implicazioni teoriche di ordine generale il commento di Ulpiano, il quale pone in evidenza l'inapplicabilità, nel caso concreto, dei *senatus consulta* di età vespasiana e adrianea *de liberis agnoscendis* dove la donna *dissimularet se praegnatam vel etiam negaret*, argomentandola sulla base, appunto, del fatto che il concepito, prima di venire alla luce conduce un'esistenza intrauterina, di cui solo la madre può essere appieno cosciente ed è, dunque, configurabile per questo come *mulieris portio*⁵⁹: non possono pertanto venire esperitigli strumenti giudiziari mediante i quali *potest marito iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti*⁶⁰.

Merita, d'altra parte, di essere sottolineato il riconoscimento imperiale (D. 25.4.1.1) al padre di un diritto di intervento volto a garantire la nascita, in contrasto con la possibile volontà abortiva della madre. Cogliere nelle relative disposizioni un mero atteggiamento di favore verso il *maritus* ... *voto liberorum suscipiendorum ductus* (D. 25.4.1.8) appare infatti alquanto riduttivo: basterà considerare che la normativa in oggetto presuppone l'esplicita negazione alla gestante del diritto di sopprimere il concepito e, quindi, un'obiettiva tutela accordata a quest'ultimo dall'ordinamento giuridico ed il custode ne è la diretta conseguenza.

Il rescritto può, infine, essere valutato come importante momento perfezionativo della tutela del concepito, presentandosi diretto a permettere al padre, pur in caso di intervenuto divorzio, di impedire eventuali atti abortivi e di operare il riconoscimento del figlio.

Il rescritto dei *divi fratres*, investiti della questione dal pretore, si presenta perciò diretto a fornire soccorso al marito *in causa necessaria* (D. 25.4.1.1), cioè a colmare una lacuna normativa in rapporto ad un interesse riconosciuto meritevole di tutela.

⁵⁹ Sul punto, calzanti risultano le osservazioni di M.V. SANNA, *Ancora sul concepito*, in *Revista General de Derecho Romano*, 18, 2012, 2 ss.; E. BIANCHI, *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su D. 25.4.1 pr. -1 (Ulp 24 ad ed.) l'espressione «portio mulieris ... vel viscerum»* in *Rivista di diritto romano* 13, 2013, 1 ss.; J. ERDÖDY, *The regula "nasciturus pro iam nato habetur" and the Appearance of the expression "mulieris portio" in the Digest and its Consequences*, in *Journal of European History of law*, 6, 2015, 110 ss.; M. BEGGIATO, *Sulla condizione giuridica del concepito, con speciale riguardo al procurato aborto*, in *Diritto e Storia* 18, 2021, 1 e ss.

⁶⁰ Assistiamo ad un fraintendimento del testo in M. RIZZUTI, *Accordi sulla sorte di embrioni e gameti crioconservati in caso di crisi familiare*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17-bis, dicembre 2022, 664.

Il *novum consilium et remedium* consisteva nell'attribuire al pretore la legittimazione a convocare ed interrogare la donna, costringendola *remediis praetoriis* prima a rispondere al quesito *an se putaret praegnantem* (D. 25.4.1.2-3) e seguendo poi due diverse vie, in dipendenza dall'intervento di risposta positiva oppure di diniego.

Nel primo caso, infatti, il magistrato doveva procedere ad un'atipica applicazione del *senatus consultum Plancianum*, instaurando d'ufficio un'equiparazione di effetti tra la forzata dichiarazione della donna e la *denuntiatio* prevista dal *senatus consultum*.

Nel secondo era invece tenuto a scegliere *honestissimae feminae domum* ed a far ivi sottoporre la donna stessa ad esame da parte di *tres obstetrices probatae et artis et fidei*,⁶¹ da lui personalmente individuate (D. 25.4.1.3): ove, poi, almeno due di esse

... *renuntiaverint praegnatem videri*,

avrebbe dovuto persuaderla ad *admittere custodem*

... *perinde ac si ipsa hoc desiderasset* (D. 25.4.1pr.).

In entrambe le eventualità siamo dunque in presenza dell'adattamento di istituti sorti con riferimento ad ipotesi intrinsecamente diverse e, anzi, opposte ma piegati, mercé l'intervento autoritativo del pretore, ad adempiere al fine di tutelare l'ex marito in rapporto alla *spes prolis*: obiettivo, questo, in precedenza non preso in considerazione, risultando decisamente inadeguate così la previsione del *senatus consultum Plancianum* (che si limitava a permettere all'uomo di *non agnoscere partum* in presenza di offerta da parte sua dei *custodes* respinta dalla donna oppure di assenza di *denuntiatio*), come la *missio in possessionem ventris nomine*, alla quale non poteva venire fatto ricorso, come vedremo tra poco, altro che *mortuo marito* (D. 25.4.1.10).

Un punto emerge, comunque, in modo sicuro, cioè l'opportunità di valutare il rescritto finora commentato come momento finale di una tutela che aveva nel nascituro il destinatario ed investiva, questa volta, in modo diretto non tanto la preservazione dei suoi *commoda* in rapporto alla sua reale ascendenza attraverso la protezione apprestata, anche nel suo interesse, a favore della madre (come nel caso dell'editto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* e del *senatus consultum Plancianum*), quanto la sua stessa speranza di vita.

Veniva infatti fornito al padre uno strumento giuridico per assicurare

⁶¹ A. WACKE, *Die Anerkennung der Medizin als ars liberalis und der Honoraranspruch des Artzen*, in ZSS, CXXVI, 1996, 419.

la nascita al figlio⁶² anche nel caso in cui la ex moglie si dimostrasse a ciò contraria. La nascita costituiva, a sua volta, condizione sufficiente per il ricorso alla tutela interdittale.

Anche in questo caso l'ordinamento giuridico poteva, tuttavia, proteggere il concepito solo affidandosi, per forza di cose, all'iniziativa del soggetto interessato ad assicurare, prima di tutto, il diritto di lui alla nascita.

Infine, la disciplina descritta in D. 25.4.1.10 riguarda una ancora diversa fattispecie, investendo, come già osservò il Glück⁶³, la *bonorum possessio* nelle due diverse tipologie, della *bonorum possessio ventris nomine*⁶⁴ e della *bonorum possessio ex Carboniano edicto*⁶⁵, da disporre a favore di un nascituro o da concedere ad un nato postumo⁶⁶.

⁶² F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 25, cit., 336; F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato*, cit., 63 e A. METRO, *La datazione*, cit., 945.

⁶³ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 25, cit., 333. Sulle particolari caratteristiche della procedura descritta in D. 25.4.1.10 si vedano le osservazioni di K. VISKY, *La prova per esperti nel processo civile romano*, in *Studi Senesi*, 80, 1968, 27 ss.

⁶⁴ Nell'istituto, la donna interviene infatti in qualità di immessa *ventris nomine*, in nome del *venter*, del quale compie le veci, ma il concepito resta il finale destinatario degli alimenti imposti dalla tutela pretorile: questi è l'effettivo titolare dei beni che, nascendo, erediterà e beneficia, nell'attesa del parto e nell'aspettativa di successione, di prerogative esercitate mediatamente attraverso la madre che lo custodisce nel proprio ventre. Così A. BELLODI ANSALONI, *Partus aledendus est*, cit., 70 e relativa bibliografia. Di diverso avviso nella sua tesi dottorale M. PADOVAN, 81 ss.

⁶⁵ S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, cit, *passim*.

⁶⁶ *De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic praetor ait: Si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his ad quos ea res pertinebit procuratorive eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient. mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque haeque simul omnes inspiciant, dum ne qua earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat. mulier in domu honestissimae feminae pariat, quam ego constituam. mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant in quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. ante ostium eius conclavis liberi tres et tres liberae cum binis comitibus custodiant. quotienscumque ea mulier in id conclave aliudve quod sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant et eos qui introierint excutiant. custodes, qui ante conclave positi erunt, si volent, omnes qui conclave aut domum introierint excutiant. mulier cum parturire incipiat, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibus pariat. mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque, ita ut praeter obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint quam decem, ancillae quam sex. hae quae intus futurae erunt excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnas sit. tria lumina ne minus ibi sint, scilicet qui tenebrae ad subiciendum aptiores sunt. Quod natum erit, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur. apud eum educatur, apud quem parens iusserit. si autem nihil parens iusserit aut is, apud quem voluerit educari curam non recipiet: apud quem educetur, causa cognita constituam. is apud quem educabitur quod natum erit, quoad trium mensum sit, bis in mense, ex eo tempore quoad sex mensum sit,*

È agevole osservare che la disciplina complessiva appare finalizzata a garantire i coeredi circa l'effettiva identità del nascituro e del nato, e dando per scontata l'applicazione del principio *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Nel passo la supposizione di parto non è valutata, dunque, come un'autonoma fattispecie di illecito ma è resa oggetto di trattazione strumentale alla tutela dei coeredi, giustificandosi come ipotesi criminosa soltanto se finalizzata alla sostituzione del neonato. Infatti, la complessa procedura dell'editto pretorio è articolata principalmente al fine di evitare le sostituzioni. La *denuntiatio* della gravidanza doveva dunque muovere dalla vedova, indirizzata *his scilicet, quorum interest, partum non edi* (D. 25.4.1.12), risultando finalizzata in modo diretto a consentire a tali soggetti *ut mittant si velint quae ventrem inspicient*.

Il testo formalizza, poi, il numero delle osservatrici del ventre⁶⁷, le denunce della gestante nelle diverse fasi della gravidanza, la preparazione della stanza in cui si svolgerà il parto, *le severe norme di vigilanza dei custodi*, il numero delle persone addette al parto, il tipo di illuminazione da destinare all'ambiente ove viene espletato il parto e le modalità di presentazione del neonato agli interessati, cioè ogni tipo di previsione mirante ad evitare così la soppressione come la sostituzione del nato da parte, nell'un caso, dei soggetti danneggiati dalla sua nascita e, nell'altro, della madre.

D'altra parte, la previsione *mittantur ... mulieres liberae dumtaxat quinque haeque simul omnes inspiciant: dum ne qua earum dum inspici invita muliere ventrem tangat*, mirava palesemente, a sua volta, a rispettare la volontà della donna di non sottostare a iniziative che avrebbero potuto pregiudicare il regolare decorso della gravidanza: il divieto di *invita muliere ventrem tangere* assume, sotto questo aspetto, particolare significato.

semel in mense, a sex mensibus quoad anniculus fiat alternis mensibus, ab anniculo quoad fari possit, semel in sex mensibus ubi volet ostendat si cui ventrem inspici custodirive adesse partui licitum non erit factumve quid erit, quo minus ea ita fiant, uti supra comprehensum est ei quod natum erit possessionem causa cognita non dabo. sive quod natum erit, ut supra cautum est, inspici non licuerit quas utique actiones me daturum polliceor his quibus ex edicto meo bonorum possessio data sit, eas, si mihi iusta causa videbitur esse, ei non dabo.

⁶⁷ A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 18 comparando il testo in questione con D. 25.4.1 pr. si domanda perché sia diverso nei due frammenti il numero e la posizione delle persone «nel regime della custodia». Appaiono condivisibili le ipotesi prospettate dall'A. e individuate nella prima fattispecie «dall'interesse della moglie a dimostrare la propria gravidanza; nella seconda invece», dall'interesse «del marito a provare l'incipiente maternità della moglie» che ha «un interesse opposto». Vorrei inoltre osservare che la diversa disciplina che emerge dai frammenti è dettata dai riflessi sulla tutela del nascituro originati dalle istanze delle parti interessate. In D. 25.4.1.10 l'intervento pretorio è finalizzato alla duplice complessa tutela da un lato del nascituro da pericolose manovre di terzi interessati, dall'altra alla tutela degli agnati. Nel rescritto imperiale, l'iniziativa del padre contribuisce di per sé a tutelare il figlio che deve nascere.

L'obiettivo di precludere la sostituzione del neonato traspare, viceversa, nelle analitiche norme relative sia alla sorveglianza del parto, sia ai successivi controlli, la maggior frequenza dei quali nei primi mesi di vita si spiega, evidentemente, in base alla difficoltà oggettiva di cogliere nel bambino specifici caratteri somatici che il decorrere del tempo di vita accentua.

I controlli sono, per questo, previsti come destinati a rarefarsi fino ad assumere cadenza semestrale, a partire da un anno di vita fino al momento dell'eloquio articolato, che permette una vita di relazione e di partecipazione attiva idonea a favorire l'inconfondibilità del bambino con i coetanei con ben maggiore efficacia rispetto al semplice esame ispettivo.

5. Dai Codici preunitari alla legge n. 151 del 19 maggio del 1975

Come non di rado avviene per gli istituti del diritto romano, anche per la *cura ventris*, di istituzione pretoria, vi è stata la sua traslazione prima nella scienza giuridica medievale e moderna dei secoli XVI – XVIII e poi nei codici moderni a cominciare da quelli preunitari, debitori da un lato del Code Napoleon⁶⁸, dall'altro dell'ABGB austriaco, come è noto tradotto nel Regno Lombardo-Veneto⁶⁹.

Da uno sguardo di insieme, cominciamo, dunque, ad osservare che il Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla introduce all'art. 169, comma 4 (titolo 1 *Della tutela dei minori*), la figura del *curator ventris* indicato con la qualifica di *tutore*, rinunciando così ad una specifica distinzione tra tutela e curatela e facendo rientrare quest'ultima nella macro categoria della tutela, ed in special modo quella sui minori, come indicato dal titolo.

Ma veniamo all'articolo:

Se alla morte del marito la moglie trovasi incinta, il pretore destinerà un tutore al ventre nella persona, che dovrebbe assumere la tutela in difetto della madre. Questa tutela durerà sino alla nascita del figlio.

Inoltre, all'art. 262 sono stabiliti i compiti di detto *tutore*: *Il tutore dato*

⁶⁸ Nel testo originario del Code Napoléon all'art. 393 si leggeva: *Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille. A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de plein droit le subrogé tuteur.*

⁶⁹ L'istituto del curatore è sopravvissuto nell'ABGB fino al 2018 in cui al §274 era prevista la figura del curatore al nascituro: Riguardo a quelli che non sono ancora nati, si deputa il curatore o per la posterità in genere, o per la prole già esistente nell'utero della madre § (22). Nel primo caso il curatore provvede affinché i posteri non vengano pregiudicati nell'eredità cui sono chiamati; nel secondo, affinché siano conservati i diritti della prole nascitura.

al ventre, come nell'art. 169, avrà tutti gli obblighi che la legge impone ai tutori, nonché quello di provvedere agli alimenti della madre fino alla nascita del figlio. Le spese di questi alimenti costituiranno un debito dell'eredità. Si prevede, dunque, l'intervento dell'autorità giudiziaria per la nomina del tutore solo qualora la madre sia "in difetto", e, se guardiamo al secondo comma dell'art. 169⁷⁰, il significato da dare alla locuzione *in difetto* sembrerebbe essere quella di *in assenza* o, in subordine, di impossibilità riferibile, forse, a quella di natura fisica o psichica.

Analogamente, e con l'unica differenza di sostituire il pretore, come sopra citato, con il Giusdicente, nel codice degli Stati Estensi, all'art. 206, comma 4, si stabilisce che:

Se alla morte del marito la moglie trovasi incinta, il Giusdicente destina un tutore al ventre, nella persona che dovrebbe assumere la tutela in difetto della madre.

Lo stesso Codice, poi, all'art. 295, in linea con il Codice degli Stati di Parma Piacenza e Guastalla, sottolinea i compiti di detto tutore indicando principalmente quello di provvedere agli alimenti della madre fino alla nascita del figlio, con un richiamo diretto alle funzioni che il curatore rivestiva anche nel diritto romano.

Prima ancora di questi due Codici, il Codice pel Regno delle due Sicilie, all'art. 315 ("Della tutela del padre e della madre"), così si esprime:

Se alla morte del marito la moglie trovasi incinta, verrà nominato un curatore al ventre dal Consiglio di famiglia. Alla nascita del figlio, la madre ne diverrà tutrice, ed il curatore sarà ipso jure il tutore surrogato.

Infine, il Codice civile per gli Stati del Re di Sardegna⁷¹ al titolo "Della minore età", art. 251, chiarisce che:

Se alla morte del marito la moglie trovasi incinta, verrà dal Consiglio di famiglia nominato un curatore al ventre, ove siavi istanza di persone interessate o anche d'ufficio, se circostanze particolari lo richiedono. Nel caso in cui non esistano figli già provveduti di tutore, il curatore avrà anche fino all'epoca del parto l'amministrazione dei beni.

Alla nascita del figlio la madre ne diverrà tutrice, se non vi sarà un tutore particolare nominato ai figli, e cesseranno le funzioni del curatore.

⁷⁰ Art. 169, commi 1 e 2: *La madre è preferita nella tutela legittima del figlio. In difetto della madre sottentra l'avo paterno, e in sua mancanza l'avola paterna.*

⁷¹ Nel testo del progetto di revisione all'art. 334 fu prevista una nuova dicitura *Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il consiglio di famiglia può nominare un curatore al ventre. Nel caso che non esistano altri figli, il curatore al ventre amministra l'eredità sino al tempo del parto: dopo il qual tempo cessa in tutti i casi l'ufficio del curatore.*

In entrambi questi due ultimi codici compare il Consiglio di famiglia quale organo decidente ai fini della nomina del curatore, attribuendo così una connotazione maggiormente privatistica alla scelta; inoltre, nel Codice per gli Stati del Re di Sardegna si fa riferimento, in primo luogo, all'istanza di persone interessate alla nomina⁷² e soltanto in subordine, *se circostanze particolari lo richiedono*, d'ufficio.

Il Codice, tuttavia, non specifica che cosa debba intendersi ai fini della nomina del curatore il fatto che debbano sussistere "*particolari circostanze*" per la richiesta. Inoltre, l'attribuzione al curatore dell'amministrazione dei beni "nel caso in cui non esistano figli già provveduti di tutore" rimanda alla fusione giustinianea tra *cura ventris* e *bonorum*.

Una considerazione ulteriore può formularsi in rapporto alla figura del *curator ventris* previsto dal Codice Civile del 1865 all'articolo 236⁷³:

Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale su istanza di persona interessata, può nominare un curatore al ventre.

L'articolo era situato nel titolo VIII «Della patria potestà», rendendo in tale collocazione evidente il ruolo assunto dal *curator ventris* all'interno della legislazione italiana, ovvero una funzione meramente privatistica,⁷⁴ in cui solo su istanza di persona interessata, il Tribunale aveva facoltà e non il dovere di procedere alla nomina del curatore.

Interessante risulta Foschini⁷⁵ che riporta l'ampia discussione, data la delicatezza del tema, circa la formulazione lessicale da adottare all'interno della codificazione relativamente alla nomina, appunto, del *curator ventris* e a tal proposito riferisce di *come questo articolo, di cui non si fa parola nella Relazione Governativa, era nel Progetto Ministeriale concepito ne' seguenti termini: La moglie che alla morte del marito si trova incinta, avrà l'ammini-*

⁷² Nel diritto romano le persone interessate alla nomina emergono in materia di custodia.

⁷³ Si veda ancora in proposito M.P. BACCARI, *Concetti*, cit., 76 = Collana della Facoltà di giurisprudenza LUMSA, Roma, 2001, 73 s., e il diverso punto di vista di L. BRIGIDA, *La patria potestas dal codice del 1865 al diritto di famiglia*, 50 ss., in www.dirittoestoria.it/archivio_giu.ricerca del 07/06/2005, rileva già la scarsa importanza che l'istituto rivestiva nel c.c. del 1865 «evidente reliquia del diritto romano». Anche Brigida confondendo tale istituto con quello del custode sostiene che una volta nominato il curatore egli «dovrà sorvegliare la madre per evitare o la supposizione di parto...o la soppressione o sostituzione di parto. La cura principale del curatore sarà, quindi, quella alla persona del concepito e, eventualmente, al patrimonio, compiendo atti di semplice amministrazione e conservativi; il tutto secondo modalità indicate dal Tribunale in modo da non offendere la madre». Da ultimo, T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2024, 3.

⁷⁴ Il riferimento al complesso *iter* legislativo in M.P. BACCARI: *Concetti*, cit., 76.

⁷⁵ Per quanto riguarda il dibattito della Commissione e le citazioni ivi riportate si rinvia a G. FOSCHINI, *I motivi del Codice Civile del Regno d'Italia*, Torino, 1868, 229 s.

strazione de' beni che saranno per devolversi al nascituro, mentre la Commissione senatoria, relazione Vigliani, aveva proposto invece quest'altro:

Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il Consiglio di famiglia nominerà a'beni da devolversi al nascituro un curatore che potrà anche essere la stessa moglie.

Anche nella Commissione Consultiva (Commiss. Consultiva, Seduta antim. 3 maggio 1865) si è avuto una intensa discussione circa la formulazione migliore con cui rappresentare l'istituto: Cassinis osservò, che *se nel sistema della tutela accordata alla madre superstite si comprende che le si dia un curatore quando ella, alla morte del marito, sia incinta, mal si comprenderebbe poi con qual fondamento, attribuendosi ad essa la patria podestà, le si volesse dare un curatore ai beni, quasi che si sospetti che essa non li amministri convenientemente.*

In risposta a questo quesito Cadorna osservò *che la ragione di dare un curatore al ventre dipende da fatti diversi da quelli che serviranno poi di titolo alla patria podestà quando la madre avrà partorito*". Interessante risultò l'osservazione di Bartalini sul fatto che *"l'autorità del curatore al ventre (né qui si tratta d'altro) interviene per la possibilità che la madre si trovi in opposizione col feto che porta.* Egli però invece di *curatore ai beni* avrebbe indicato semplicemente *curatore.*

Il commissario Mancini allora propose di sostituire all'articolo 3 del Progetto Senatorio⁷⁶ l'altro articolo 209 del Progetto Ministeriale⁷⁷, al quale sarebbe bastato di aggiungere:

Salvo il caso in cui il Consiglio di famiglia abbia nominato un curatore al ventre.

Tale proposta venne bocciata da altri commissari tra cui Bartalini che trovava *inutile il conservare l'articolo del Progetto Ministeriale, mentre la madre già può amministrare i beni del nascituro in forza della patria podestà a lei attribuita, nonché il Precerutti, che osservò come già all'amministrazione dei beni dei nascituri provvede l'articolo 238 del progetto senatorio; ivi si parla del solo padre, ma lo stesso tornerà applicabile alla madre ora che si è attribuita anche ad essa la patria podestà.*

⁷⁶ Art. 3 proposto dalla sottocommissione consultiva: *Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il consiglio di famiglia nominerà ai beni da devolversi al nascituro un curatore che potrà anch'essere la stessa madre.* L'originale articolo del Progetto senatorio era il 252 e come unica differenza si parlava di moglie e non di madre.

⁷⁷ Art. 209: *La moglie che alla morte del marito si trova incinta, avrà l'amministrazione de' beni che saranno per devolversi al nascituro.* Si veda la relazione Vigliani nella commissione senatoria, in *La legislazione del Regno d'Italia cioè i Codici e le altre leggi complementari messi in ordine ed annotati dagli avvocati* G. D'ETTORE-F. GIORDANO, I, Napoli, 1866, 521 s.

Il commissario Pisanelli propose allora di sostituire all'articolo del Progetto Senatorio l'altro seguente:

Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il Tribunale potrà, sulla istanza delle persone interessate, destinare un curatore al ventre.

Messa ai voti tale proposta, ebbe due soli voti contrari: quindi restò approvata. Fra i dissenzienti vi fu l'onorevole Senatore De Foresta, il quale dichiarò di preferire il Progetto Senatorio, perché credeva che *la istituzione del curatore al ventre più non [fosse] consona all'indole dei tempi nostri.*

Giovanni Vignali, nel commentario del codice civile italiano,⁷⁸ con riferimento all'art. 236 tentando di coglierne la *ratio*, affermò che lo scopo unico della disposizione era *quello di affidare ad un terzo la cura dei beni del nascituro, ove non vi sieno altri figli anche se poi aggiunse che vi <fosse> un altro scopo più interessante, quello cioè di impedire che avvenga una soppressione o sostituzione di parto.*

Risultano, mi pare, evidenti, dei fraintendimenti da parte del Vignali in merito a differenti problematiche che alterano le peculiarità che nelle fonti romane afferiscono, come abbiamo detto supra§3, alla custodia piuttosto che alla cura.

Per quanto concerne la figura del curatore al ventre nel codice civile del 1942, l'art. 339 così recitava:

Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse o del pubblico ministero, può nominare un curatore per la protezione del nascituro e, occorrendo, per l'amministrazione dei beni di lui.

Anche per la formulazione di detto articolo, intensi sono stati i lavori che hanno condotto alla stesura finale.

Venendo al Progetto preliminare al presente Codice Civile⁷⁹ l'art. 396 così indicava:

Se alla morte del marito, la moglie si trova incinta, il giudice tutelare, su istanza di persona interessata, può nominare un curatore per l'amministrazione dei beni del nascituro e la necessaria vigilanza personale della donna.

⁷⁸ G. VIGNALI, *Commentario del Codice Civile Italiano per l'Avv. Giovanni Vignali collaboratore Avv. Vincenzo De Carolis*, I, Napoli, 1878. In tal senso anche A.C. PELOSI, voce *Patria potestà*, in *Noviss. dig. it.* XII, 1965, 600, che ritenne precipuo compito del *curator ventris* proprio quello di «evitare una soppressione, sostituzione o supposizione di parto ad opera della vedova che si trovi incinta alla morte del marito».

⁷⁹ *Commissione Reale per la riforma dei Codici. Codice Civile, I libro Progetto preliminare e relazione*, Roma, 1931, 129.

In esso per la prima volta compare la “*necessaria vigilanza personale della donna*”.

Nel Progetto definitivo l’art. 347 così recitava:

*Se alla morte del marito la moglie si trovi incinta, il tribunale, su istanza di persona interessata, può nominare un curatore per la protezione del nascituro e l’amministrazione dei suoi beni*⁸⁰.

Nella relazione dell’On. Solmi § 343⁸¹ si legge che è stato in questo modo volutamente evitato *l’accento poco riguardoso, alla vigilanza sulla persona della donna incinta*⁸², mettendo invece in evidenza che *l’opera del curatore deve indirizzarsi a proteggere il nascituro nel periodo dello sviluppo uterino e nel momento della nascita e a curare l’amministrazione dei suoi interessi patrimoniali*.

La dizione dell’art. 347 contenuta nel progetto definitivo ben delineava la funzione del curatore, rivolta alla tutela del nascituro ed agli interessi patrimoniali, qualora essi sussistessero.

Arrivando ai lavori preparatori al I libro del Codice Civile all’art. 337⁸³,

⁸⁰ Si discusse poi sulla eventualità di conservare la frase “e l’amministrazione di suoi beni” che invece si decise di eliminare. Da una parte si sostenne come non fosse concepibile che la madre potesse amministrare dopo la nascita del figlio e non anche prima, dall’altra si ritenne che il *curator ventris* non potesse avere come sola mansione il controllo della gestione, dovendo curarsi anche degli interessi patrimoniali passibili di essere pregiudicati anche prima della nascita. La disputa fu risolta mediante un richiamo all’articolo 342, relativo alle condizioni applicabili nei casi in cui il patrimonio sia male amministrato, che permise di sopprimere le parole «e l’amministrazione dei suoi beni» e continuare ad assicurare comunque una sorveglianza sulla gestione dei suddetti.

⁸¹ Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice Civile libro primo. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli On. Solmi*, Roma, 1936, 130. Nella relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942 all’art. 173 si legge che: «è stata accolta nell’art. 339, che tratta del curatore del nascituro, la proposta di autorizzare, in difformità dal progetto, anche il pubblico ministero a chiederne la nomina, mantenendosi però la competenza del tribunale, secondo le direttive seguite per tutti i provvedimenti di questa specie. Riguardo alla formula è sembrato opportuno mantenere la dizione del progetto definitivo (347) ...la quale ben determina la funzione del curatore, rivolta alla tutela del nascituro. Tale tutela non potrebbe non riguardare anche gli interessi patrimoniali, qualora questi sussistessero. Su questo punto però è stato lievemente modificato il testo del progetto, aggiungendosi l’inciso “occorrendo”, per mettere in chiaro che la funzione principale del curatore rimane per sempre quella della protezione del nascituro».

⁸² Tematica questa ripresa per intervenire a favore dell’abrogazione dell’istituto.

⁸³ Codice Civile Libro I, Decreto 12 dicembre 1938 – Anno XVII, n. 1852 in cui l’On. Solmi riferisce di avere accolto *nell’art. 337, che tratta del curatore del nascituro, la proposta di autorizzare anche il pubblico ministero a chiederne la nomina, mantenendo però la competenza del tribunale, in conformità alle direttive seguite per tutti i provvedimenti di questa specie. Riguardo alla formula, mi è sembrato opportuno mantenere la dizione del progetto*

la cui stesura sarà ripresa all'art. 339 del codice, era previsto che:

*Se alla morte del marito la moglie si trovi incinta, il tribunale, su istanza di persona interessata o del pubblico ministero, può nominare un curatore per la protezione del nascituro e, occorrendo, per l'amministrazione dei beni di lui*⁸⁴.

Nell'articolo viene messa in evidenza la protezione del nascituro nel periodo dello sviluppo intrauterino e della nascita e, al tempo stesso, la cura per l'amministrazione dei suoi interessi patrimoniali. L'articolo, però, conteneva la menzione anche del pubblico ministero come legittimato a chiedere la nomina del *curator ventris*, mantenendo ferma la competenza del tribunale.

Il problema, al momento dell'introduzione delle parole "o del pubblico ministero", fu che, essendovi il giudice tutelare, sembrava superfluo⁸⁵ l'intervento del P.M.⁸⁶

A ben guardare, tuttavia, nell'art. 339 del codice ormai approvato è comparso l'inciso "occorrendo", volto a mettere in chiaro la funzione principale del curatore, che rimane pur sempre quella della protezione del nascituro, e la mera sussidiarietà della tutela patrimoniale.

Il nuovo codice dunque esplicitava la protezione del nascituro e la distingueva dalla amministrazione dei suoi beni.

Il codice del '42 sembra rivestire il *curator ventris*, a differenza della precedente codificazione, di una funzione finalizzata ad una tutela pubbli-

definitivo (art. 347), la quale ben determina la funzione del curatore, rivolta alla tutela del nascituro. Tale tutela non potrebbe non riguardare anche gli interessi patrimoniali, qualora questi sussistessero. Su questo punto ho però lievemente modificato il testo del progetto, aggiungendo l'inciso «occorrendo», per mettere in chiaro che la funzione principale del curatore rimane pur sempre quella della protezione del nascituro.

⁸⁴ F. DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova, 1943, 416 ss. ritenne che la tutela estesa al patrimonio del nascituro dovesse rivestire «un carattere puramente accessorio». M.P. BACCARI, *Curator ventris*, cit., 281 nt. 17 riferisce che «il senatore Rotigliano nella seduta della commissione reale del 17 aprile del 1937, osservò che non era concepibile che la madre potesse amministrare i beni dopo la nascita del figlio e non anche prima. In risposta a questa osservazione il Piola Caselli rispose che sarebbe stato erroneo restringere l'istituzione del curatore al ventre al semplice controllo della gestazione ma che bisognasse estenderla anche alla protezione degli interessi patrimoniali del nascituro che potevano essere pregiudicati prima della nascita. Interessante risulta l'utilizzo del termine "occorrendo" che può venire inteso nel senso di "ove il tribunale lo ritenga opportuno, ma pur sempre nell'interesse del nascituro».

⁸⁵ Così il senatore Rotigliano. Il presidente Mariano D'Amelio dichiarò *nulla di male vi è che anche il Pubblico Ministero collabori con il giudice tutelare. Si potrebbe consentire la proposta congiunta.*

⁸⁶ In occasione della suddetta Commissione Reale, il senatore Nucci fu il primo a proporre accanto alla voce *persona interessata*, l'aggiunta *o del Pubblico Ministero*.

ca e nell'interesse pubblico. In più, si intravede, riunite in una sola figura, il curatore al ventre e ai beni, già, come abbiamo visto, indicate nella legislazione giustiniana.

Questo forte cambiamento di indirizzo, determinerà, nel tempo, le sorti di questo antico istituto.

L'art. 339, tuttavia, non poteva essere avulso dal contesto del codice in cui si trovava e soprattutto dalla lettura combinata dell'art.1, che sulla scia delle astrazioni pandettistiche di Savigny,⁸⁷ sembrava negare l'esistenza di

⁸⁷ A partire da F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. V. SCIALOJA, 2, Torino, 1888, 11 s., si riscontra una frattura nell'atteggiamento di fronte al nascituro. Innovando decisamente le idee che in materia aveva espresso il A. F.J. THIBAUT, *System des Pandekten Rechts*, Jena, 1834, 98, l'impostazione di Savigny si distacca dalla dottrina anteriore soprattutto in ragione dei presupposti di carattere ideologico che informano il pensiero del grande giurista e che si sviluppano attraverso una serie di passaggi. Il punto di partenza è ravvisabile nell'elaborazione del concetto di capacità giuridica quale attributo della persona, a sua volta fatto coincidere con l'essere umano, valutato come soggetto di diritto in quanto capace di relazioni interindividuali a contenuto patrimoniale. Da questa premessa, ossia dalla pregiudiziale identificazione instaurata tra idoneità ad essere soggetto di diritti ed idoneità a fondare sulla loro base il rapporto con i consociati, discendeva, inevitabilmente, «il principiare della capacità giuridica naturale...dalla nascita, ossia dalla perfetta separazione di un uomo vivo dalla madre» non potendo «il feto... avere né proprietà, né crediti né debiti». Le prescrizioni dirette a proteggere il «futuro uomo» potevano concernere, dunque, così la tutela della gestazione come la «riserva» ovvero l'«assegnazione» di diritti. Poiché, però, questi non erano configurabili in assenza di un titolare, si rendeva necessario procedere ad una sua artificiale costituzione durante il tempo della gravidanza: il che equivaleva a simulare l'esistenza di un «uomo», cioè il già compiuto verificarsi della nascita di un individuo qualificabile come tale nell'ambito del diritto. La finzione giuridica in rapporto al nascituro si presentava come artificio normativo, il ricorso al quale era consentito al (solo) legislatore per ovviare a particolari esigenze pratiche, come, appunto, rendere ammissibile la riserva di diritti a favore di un destinatario inidoneo ad acquistarli. Savigny perveniva, così, a negare al concepito la caratteristica stessa dell'esistenza nella realtà naturale rilevante per il diritto e ad affermare, ciò nonostante, il possibile sussistere di situazioni giuridiche soggettive a lui riferibili. Posizione contraria all'assimilazione del concepito al nato attraverso la *fictio* si incontra, viceversa, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. C. FADDA-P.E. BENSA, 1, Torino, 1902, 207; 215 s. e nt. 2 fautore della teoria dei «diritti senza soggetto». Il notissimo Studioso, muovendo dal rilievo secondo cui «si trovano diritti, i quali non sono collegati ad un uomo, come a loro soggetto» ed accogliendo senz'altro la caratterizzazione del nascituro quale *mulieris portio*, negò infatti validità alla concezione- da lui riferita senz'altro alle fonti romanistiche – in base alla quale il non nato si considera come già nato, osservando che «se esso non nasce uomo capace di diritto, anche sotto il punto di vista giuridico non è mai stato uomo» Perciò, «se...son devoluti diritti al feto che è nell'utero materno, egli, poiché non è ancora uomo né conseguentemente capace di diritto, non può intanto per verità acquistarli; ma d'altra parte la devoluzione non è nulla, purché il bambino venga poi partorito come uomo capace di diritto; i diritti allora si hanno per devoluti ad un soggetto capace di diritto. Fino alla nascita del bambino essi continuano intanto a sussistere come privi di soggetto, e solo impropriamente possono designarsi come diritti del feto». È tuttavia da considerare che la visione di Windscheid, mentre affermava

colui che si trovava nel ventre materno. Di qui il salto della dottrina fu breve e presto si arrivò a considerare l'art. 339 come limitazione della potestà della madre o vigilanza su di lei nel timore di soppressioni o sostituzioni di parto. Del resto una riprova l'abbiamo già avuta leggendo le considerazioni del Pelosi,⁸⁸ dato che egli fu uno dei primi a ritenere il *curator ventris* "altra limitazione della potestà della madre". Anche l'autorevole dottrina di Cicu,⁸⁹ scrivendo in merito, prese posizione giustificando l'istituto del *curator ventris* solo in quanto volto a tutelare gli interessi dei terzi eredi, *non essendo moralmente necessario provvedere all'amministrazione dei beni del nascituro, in quanto spettante al genitore*.

Il *curator ventris* fu sempre più considerato come una lesione della dignità della donna e della sua libertà personale, e forti furono le pressioni affinché venisse abrogato.

E così, in data 19 maggio 1975, l'articolo 159 della legge 151 intervenne ad abrogare l'art. 339 ed il secondo comma dell'art. 235 della suddetta legge così si esprime: *dalla stessa data «di entrata in vigore» il curatore del nascituro cessa di diritto dal suo ufficio*. La proposta di abrogazione venne richiesta sulla base di un disegno di legge, il n. 10 del 5 giugno 1963, su iniziativa delle senatrici Giuliana Nenni e Tullia Carrettoni Romagnoli.

Il riferimento normativo per giustificare tale iniziativa venne individuato nell'art. 29 della Costituzione che conferisce l'uguaglianza giuridica e morale tra i coniugi implicando *non soltanto la reciprocità dei diritti e dei doveri del marito e della moglie, ma pari dignità e autorità nei riguardi dei figli*. In ossequio a tale principio *la rigorosa tradizione romana della patria potestà, a cui si ispira il codice vigente, non trova oggi alcuna giustificazione nel costume e nella coscienza morale*.

Le senatrici a tal proposito ribadirono il fatto che la donna si trovava con la normativa vigente in uno stato di *netta inferiorità...soprattutto nel suo rapporto con i figli*. E la spia di questo squilibrio a favore del padre viene richiamata con riferimento al *curator ventris* così come regolato nell'art. 339 c.c., in cui «persone non ben identificate, designate con la vaga formula di chiunque vi abbia interesse possono vietare alla madre l'esercizio della patria potestà, chiedendo al tribunale che sia nominato un "curatore per la protezione del nascituro" quando, alla morte del marito, la moglie si trovasse in stato interessante». A tal proposito le stesse senatrici propo-

l'inidoneità del concepito ad essere centro di imputazione di diritti in ragione della sua insussistenza come uomo, prevedeva il retroagire fino al tempo del concepimento delle situazioni giuridiche acquisite con la nascita: concezione, questa, che condusse lo Studioso ad elaborare il concetto di "devoluzione condizionata di diritti".

⁸⁸ A.C. PELOSI, *s.v. Patria potestà*, cit., 600.

⁸⁹ A. CICU, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1958, 414 ss.

nenti ritennero che per tale disposizione non fosse sufficiente una modifica, bensì ne venne auspicato, insieme ad altre norme, l'abrogazione in coerenza al «principio della parità giuridica e morale tra i coniugi nel rapporto coi figli» cancellando così «dal Codice Civile le formule che più crudamente ricordano una sorpassata condizione di inferiorità femminile».

6. Conclusioni

Credo che nella valutazione della figura del *curator* abbia pesato la confusione che gli interpreti hanno operato, come abbiamo avuto modo di rilevare, tra previsioni relative alla supposizione di parto e previsioni relative alla *cura bonorum*, giacché hanno mescolato la tematica relativa ai diritti patrimoniali del nascituro con l'esistenza del nascituro come individuo, confondendo poi il diritto della donna al *curator ventris* con il diritto della donna a vedere riconosciuto come erede l'individuo in grembo. In questo senso, è stata introdotta nella tematica della cura una questione dottrinale che con essa non ha nulla a che vedere e che possiamo tenere distinta. Infatti, la *cura ventris*, è un qualcosa di diverso dalla *cura bonorum* in senso stretto e presuppone di per sé che il nascituro nasca effettivamente: reca perciò in sé questa condizione implicita⁹⁰.

L'eredità romanistica ha finito così per subire una forma di travisamento tale da far configurare nella presenza del *curator* una sorta di attentato all'autonomia femminile e, per altro verso, alla capacità della donna di tutelare la creatura in grembo.

In realtà si è verificato questo fatto curioso: la fusione giustiniana, operata privilegiando la *cura bonorum*, è stata valutata nell'angolo visuale della *cura ventris*, per la suggestione esercitata sugli interpreti dei numerosi accenni al fatto che l'istituto è previsto a favore di colui *qui in utero est*.

Da ciò è derivata una preoccupazione di carattere generale originata dal timore che l'istituto stesso del curatore al ventre vulnerasse in modo irrimediabile l'autonomia femminile. Si tratta però di una preoccupazione, ripeto, che vale solo in rapporto alla possibile imposizione alla donna di una figura diretta a tutelare la nascita anche contro la volontà della donna:

⁹⁰ Sul punto M.P. BACCARI, *Diritto alla vita tra ius e biotecnologie. 1. La difesa del concepito*, Torino, 2006, 52 s., che spiega l'abrogazione dell'istituto del *curator ventris* «per un insieme di ragioni: la considerazione dell'istituto come limitazione della potestà della madre, anziché come protezione del nascituro oltretutto della madre, con un crescendo fino agli anni '70 del XX secolo, anni di forti rivendicazioni femministe; la confusione, presente già nella dottrina nel XIX secolo, fra istituti assai diversi e nettamente distinti nelle fonti giuridiche: la *cura ventris* e la *custodia partus*».

circostanza, questa, che non ha nessun rapporto con il diverso istituto del *curator bonorum* previsto anzi come strumento di garanzia attivabile dalla donna stessa. La confusione, dunque, è nata dalla indebita commistione tra *cura ventris*, *cura bonorum* e *custodes*.

Il legislatore si è preoccupato di accentuare il travisamento subito dalla tradizione romanistica prevedendo la possibilità che la richiesta del *curator* provenisse dal PM o da qualunque persona interessata, in netto contrasto, come abbiamo ormai avuto modo più volte di dire, con il diritto romano.

Con ciò l'istituto ha finito per snaturarsi rispetto alla sua tradizione, ponendo a proprio fondamento indiretto un interesse pubblico al verificarsi della nascita: circostanza, questa, chiaramente incompatibile con le istanze moderne soprattutto provenienti dal mondo femminile⁹¹.

Nutro la speranza di aver evidenziato, da un lato, la diversa funzione ed utilità che la *cura* e la *custodia ventris* hanno esercitato nel diritto romano particolarmente sensibile al riguardo delle aspettative riservate al nascituro e dall'altro i riflessi nel diritto attuale della *cura ventris* conclusisi con la sua abrogazione nata con ogni probabilità dalla rilevanza pubblica che tale istituto a partire dal 1942 è andato a rivestire, dal momento che venne coinvolto, per la decisione della nomina, un magistrato indicato nel Pubblico Ministero.

Sicuramente una tale formula ha comportato un complessivo stravolgimento e snaturamento dell'istituto prestando il fianco alla strumentalizzazione dello stesso.

⁹¹ C.L. DALAI, *Un'appropriazione indebita, l'uso del corpo della donna nella nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, tratto da www.universitàdelledonne.it, in cui ancora una volta si sottolinea il fatto che «La possibilità di separare fin dal concepimento il figlio dalla madre, sia pure sotto il profilo della legge, significa introdurre nell'inquietante in distinzione originaria lo sguardo vigilante di un terzo, quel "*curator ventris*" che inaugura in modo più visibile di quanto sia stato fino a oggi il controllo della sfera pubblica sulla fertilità femminile». Da *Umanità Nova* n. 41 del 14 dicembre 2003/, *procreazione assistita: una legge contro le donne. In nome del padre del figlio e dello spirito santo*, Rosaria Polita, criticando l'articolo 1 della legge 40 allora in fieri, considera che «se per legge i diritti dell'embrione (cioè dell'ovulo fecondato) e quelli della madre sono distinti e potrebbero anche essere contrapposti, quali dei due avrà il prevalere sull'altro? Quale *curator ventris* si intrometterà nelle pance delle donne per difendere un diritto alla vita che poi sarà continuamente negato dal momento in cui vedrà la luce». Veramente non si può negare che l'iter di approvazione della legge 40 abbia scatenato aspre critiche. Un'altra testimonianza ci viene da *Collettivo femminista Rossofuoco. Fermiamo l'approvazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, tratto da <http://italy.indymedia.org>, che a proposito della dicitura dell'art. 1 della citata legge... «*assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*» teme l'introduzione (effettivamente discussa) «di una nuova figura, quella del *curator ventris* che tuteli l'embrione nella pancia della mamma così come un giudice tutela oggi il minore da genitori incapaci o in qualche modo inadeguati».

DOMITILLA CAMPANILE

SOFISTI IN ETÀ IMPERIALE: PATRIMONI SIMBOLICI E PATRIMONI MATERIALI DA TRASMETTERE AI DISCENDENTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Seconda Sofistica. – 3. Crisi sollevate dalla scomparsa del capofamiglia e dinamiche del rapporto padre/figli. – 4. Valore delle origini familiari di un sofista. – 5. Rufino di Naucrati e Scopeliano di Clazomene. – 6. Ermocrate di Focea. – 7. Attendibilità di Filostrato nella narrazione dei rapporti familiari. – 8. Conclusione: possibili cause dell'importanza conferita da Filostrato ai problemi della scomparsa del capofamiglia.

1. *Introduzione*

Un contributo al tema della nostra ricerca, alle molte questioni e crisi sollevate dalla scomparsa del capofamiglia, può venire anche da un'opera greca pubblicata nella prima metà del III secolo d.C.¹ La grande attenzione riservata da anni a questo testo, le *Vitae Sophistarum* (da qui in poi *VS*) di Filostrato, ha giovato molto alla comprensione più precisa di un documento che descrive i protagonisti del movimento culturale denominato dallo stesso Filostrato *Seconda Sofistica*², e ha permesso di inquadrare meglio

¹ Per la datazione delle *Vitae Sophistarum*, problema definito dall'identificazione dell'eminente dedicatario dell'opera, gli studiosi sono orientati per l'anno 237/238 d.C., si veda ora la discussione di A. KEMEZIS, *Narrative of Cultural Geography in Philostratus's Lives of the Sophists*, in *Perceptions of the Second Sophistic and its Times / Regards sur la Seconde Sophistique et son époque*, edited by T. Schmidt, P. Fleury, Toronto, 2011, 3-22: 6, 18.

² All'inizio del I libro dopo la dedica al proconsole Antonio Gordiano, Filostrato introduce la propria definizione di *Seconda Sofistica* e ne chiarisce le differenze rispetto a quella antica: *VS*, 481: «L'antica sofistica, trattando anche gli argomenti filosofici, li esponeva prolissamente e in modo diffuso, discutendo sul valore, sulla giustizia, sugli eroi, sugli dèi, e su come si è configurata la forma dell'universo. La sofistica successiva a questa, che bisogna chiamare non "nuova", dal momento che pur essa è antica, ma piuttosto "seconda", ha rappresentato i poveri e i ricchi, i nobili, i tiranni e gli argomenti famosi di cui tratta la storia.» «ἡ μὲν δὴ ἀρχαία σοφιστικὴ καὶ τὰ φιλοσοφούμεενα ὑποτιθεμένη διήκει αὐτὰ ἀποτάδην καὶ ἐς μῆκος· διελέγετο μὲν γὰρ περὶ ἀνδρείας, διελέγετο δὲ περὶ δικαιοσύνης, ἡρώων τε περὶ

questo fenomeno all'interno della vita politica e sociale dell'impero romano³. Grazie al saggio pionieristico di G.W. Bowersock, infatti, gli studiosi hanno cominciato a leggere le *VS* alleggeriti dal peso di giudizi precedenti e ad apprezzare lo straordinario valore di un testo in grado di documentare un periodo unico nelle relazioni tra Greci e Romani nella parte grecofona del mondo romano⁴. L'opera di Filostrato è organizzata in modo astrattamente rigoroso in due libri che presentano in ordine cronologico ventisei (il primo libro) e trentatré (il secondo) biografie di personalità della antica e della seconda sofistica secondo una strutturazione episodica che tende a

καὶ θεῶν καὶ ὅπῃ ἀπεσχημάτισται ἡ ἰδέα τοῦ κόσμου. ἡ δὲ μετ' ἐκείνην, ἣν οὐχὶ νέαν, ἀρχαία γάρ, δευτέραν δὲ μᾶλλον προσηρτέον, τοὺς πένητας ὑπετυπώσατο καὶ τοὺς πλουσίους καὶ τοὺς ἀριστεὰς καὶ τοὺς τυράννους καὶ τὰς ἐς ὄνομα ὑποθέσεις, ἐφ' ἧς ἡ ἱστορία ἄγει.» Su questo passo mi permetto di rimandare alla discussione in D. CAMPANILE, *Il bosco e non la gabbia. Ancora sui sofisti di Filostrato*, in *SCO*, 70, 2024, 205-221: 206. Seguo l'edizione di Rudolf Stefec: *Flavii Philostrati Vitas sophistarum ad quas accedunt Polemonis Laodicensis Declamationes quae exstant duae / recognovit brevique adnotatione critica instruxit Rudolf S. Stefec*, Oxford, 2016 e, salvo altrimenti notato, la traduzione di Civiletti, FILOSTRATO, *Vite dei sofisti, introduzione*, traduzione e note di Maurizio Civiletti, Milano, 2002.

³ Cito qui una selezione dei saggi più importanti e recenti sul tema, ma ulteriore bibliografia è reperibile in D. CAMPANILE, *Il bosco e non la gabbia*, cit.; *Paideia. The World of the Second Sophistic*, edited by B. Borg, New York, 2004; G. ANDERSON, *Rhetoric and the Second Sophistic*, in *A Companion to Roman Rhetoric*, edited by W. Dominik, J. Hall, Oxford, 2007, 339-353; *Philostratus*, edited by E. Bowie, J. Elsner, Cambridge, 2009; D. CÔTÉ, *Sophistique et pouvoir chez Philostrate*, in *Cahiers des études anciennes*, 47, 2010, 475-502; *Perceptions of the Second Sophistic*, cit.; J. KÖNIG, *Images of Elite Community in Philostratus: Re-Reading the Preface to the Lives of the Sophists*, in *Roman Rule in Greek and Latin Writing. Double Vision*, edited by J. Majbom Madsen, R. Rees, Leiden, 2014, 246-270; *The Oxford Handbook of the Second Sophistic*, edited by D.S. Richter, W.A. Johnson, Oxford, 2017; *Sophisten in Hellenismus und Kaiserzeit: Orte, Methoden und Personen der Bildungsvermittlung*, edited by B. Wyss, R. Hirsch-Luipold, S.-J. Hirschi, Tübingen, 2017; G. RIZZELLI, *Fra giurisprudenza e retorica scolastica. Note sul ius a Sofistopoli*, in *Iura & Legal Systems*, VI, 4, 2019, 102-114; K. ESHLEMAN, *Sophists*, in *The Oxford Handbook of Ancient Biography*, edited by K. De Temmerman, Oxford, 2020, 335-348. A oltre un secolo dalla pubblicazione bisogna sempre menzionare A. BOULANGER, *Aelius Aristide et la sophistique dans la province d'Asie au II^e siècle de notre ère*, Paris, 1923.

⁴ G.W. BOWERSOCK, *Greek Sophists in the Roman Empire*, Oxford, 1969. Come è noto il periodo era stato definito da Wilamowitz l'epoca in cui «Il sale del mondo era diventato sciocco»: U. v. WILAMOWITZ MOELLENDORFF, *Asianismus und Atticismus*, in *Hermes*, 35, 1900, 1-52: 20: «Das Salz der Welt war dumm geworden, der Untergang der Cultur war besiegelt, denn die allgemeine Bildung hatte über die Wissenschaft triumphiert». Si veda l'equilibrato contributo di L. PERNOT, *Les sophistiques réhabilitées*, in L. PERNOT (ed.), *Actualité de la rhétorique*, actes édités par L. Pernot, Paris, 2002, 27-48, 33: «Si la première sophistique faisait peur, la seconde sophistique, quant à elle, faisait plutôt pitié. (...) les savants modernes ne leur reprochaient pas tant d'être subversifs que d'être des rhéteurs au mauvais sens du terme, formels plétoriques, scolaires, imitateurs, passésistes, etc., ce qui fait qu'on ne le lisait guère».

favorire la lettura frammentaria delle singole vite⁵. L'esame delle VS come opera unitaria può, invece, aprire la strada a nuove prospettive interpretative e, nel caso specifico, una lettura organica è necessaria per chi si dedichi ai temi di questo volume.

2. *La Seconda Sofistica*

Prima di accingersi all'analisi è tuttavia necessario riprendere brevemente alcuni dati essenziali a capire i fattori che hanno sostenuto lo sviluppo della Seconda Sofistica e che l'hanno fatta diventare un capitolo fondamentale nella storia dei rapporti tra intellettuali greci e autorità romane. Bisogna, cioè, ricordare che l'esperienza della Seconda Sofistica e la sua diffusione nell'impero sono state rese possibili dalla nuova situazione di pace; dopo la conclusione di periodi difficili segnati da guerre esterne e civili, la pace imperiale aveva stimolato nelle élites cittadine nuovi bisogni di socialità e divertimento e sviluppato i mezzi adatti a soddisfare tali bisogni. I notabili locali e i loro figli poterono, allora, conservare e trasmettere le proprie ricchezze senza il rischio di quegli improvvisi rovesci economici, quelle requisizioni e quelle sottrazioni di capitali e di fortune ben documentate in Oriente nei secoli precedenti⁶. Il monopolio del potere da parte di un solo signore a Roma e la fine delle lotte politiche marcate da violenze e fatti cruenti avevano reso evidente a governanti e governati i vantaggi e gli effetti positivi che sarebbero derivati all'Impero dalla pace e dal benessere dei provinciali.

Si deve considerare, inoltre, da un lato l'esistenza di un numero cospicuo di individui provvisti di ricchezze, individui che ambivano vuoi al possesso di un'educazione retorica e culturale completa e raffinata vuoi a godere di intrattenimenti legati all'ascolto di discorsi e declamazioni e, dall'altro, la presenza di sofisti che tenevano la propria scuola in città come Smirne, Efeso e Atene, tra le più belle, ricche e importanti del mondo greco. A queste due situazioni, per molti aspetti del tutto inedite nel mondo mediterraneo, si univa una facilità nuova nel compiere spostamenti per mare o, più raramente per via di terra, e un agio privo dei pericoli che avevano

⁵ Si veda l'importante saggio di A. KEMEZIS, *Narrative of Cultural Geography*, cit., 5.

⁶ Pur nella scarsità estrema di dati quantitativi significativi, è legittimo affermare che l'apogeo economico dell'Oriente greco è identificabile con la prima età imperiale; su ciò v., almeno, P. VEYNE, *Le Pain et le cirque. Sociologie historique d'un pluralisme politique*, Paris, 1976 = P. VEYNE, *Il pane e il circo. Sociologia storica e pluralismo politico*, Bologna, 1984, rist. 2013 con nuova introduzione: 237.

segnato i secoli precedenti, come la pratica – estesissima fino alla metà del I secolo a.C. – della pirateria. Sarebbe, infine, ingenuo non menzionare tra i motivi che hanno concorso a conferire ai sofisti nelle loro sedi di elezione un elevato status sociale, in primo luogo, il valore anche dal punto di vista delle ricadute economiche per una comunità delle esibizioni pubbliche dei sofisti, poi il patriottismo, la fama per una città che ospitasse una stella della retorica, l'orgoglio municipale.

Si tratta, in conclusione, di vari fattori, insieme naturalmente ad altri che non è il caso di discutere in questa sede, adatti alla comprensione di quanto ha facilitato la genesi, l'importanza e la durata della Seconda Sofistica, espressione che possiamo considerare attiva dagli anni Cinquanta del I secolo d.C. sino, almeno, a tutta l'età dei Severi. La lettura più attenta possibile delle biografie delle VS costituisce il fondamento della mia ricerca, ma non ho ritenuto opportuno riportare il testo di tutti i passi utili; ho preferito, piuttosto, presentare i risultati dell'indagine fornendo la documentazione testuale quando ciò fosse necessario per sostenere la mia argomentazione.

3. *Crisi sollevate dalla scomparsa del capofamiglia e dinamiche del rapporto padre/figli*

La complessa dinamica del rapporto padri/figli è affrontata sin dall'inizio dell'opera per tornare più volte e costituisce, per così dire, uno dei fili che compongono la trama dell'opera⁷. Vedremo alla fine se è lecito – come credo – individuare una spiegazione per il costante affacciarsi di questo motivo, intanto rilevo che già nella prefazione Filostrato solleva il problema. Come d'uso in tale sede, Filostrato introduce l'argomento dell'opera e giustifica le proprie scelte; nel caso specifico non ha enumerato i padri di tutti i sofisti, perché in fondo «non è utile conoscere in dettaglio il padre o la madre di questo o quel tale» e ignorarne «le virtù e i vizi, i successi e gli insuccessi dovuti al caso o a un errore di valutazione» (*praef.*, 480). Se più avanti sarà in contraddizione con quanto appena affermato, si deve notare già qui l'impaccio nell'avanzare la spiegazione: in primo luogo egli cita

⁷ Tra i pochissimi che abbiano discusso questo rapporto, senza tuttavia tematizzarlo o valorizzarlo, ricordo L. ROBERT, *Deux inscriptions de l'époque impériale en Attique*, in *AJP*, 100, 1979, 153-165; J. KÖNIG, *Images of Elite Community in Philostratus*, cit., 251; E. POTTER, *Emotion, performance, and persuasion in Philostratos' Lives of the Sophists*, in *Unveiling emotions III: arousal, display, and performance of emotions in the Greek world*, edited by A. Chanotis, Stuttgart, 2021, 399-448; K. BRODERSEN, *"Ausbildung, Förderung und Vorbild": Fathers, Sons, and Love in Philostratus' "Lives of the Sophists"*, in *Sine fine. Studies in honour of Klaus Geus*, edited by S.L. Sørensen, Stuttgart, 2022, 213-224.

come autorevole precedente il sofista Crizia, personaggio dal quale prenderà poi le distanze; la conoscenza in dettaglio della famiglia, inoltre, non esclude affatto il trattamento di quanto Filostrato ritiene primario, vizi e virtù etc., né rappresenta un'alternativa obbligata. Per molti sofisti descritti nelle *VS*, infatti, la descrizione del carattere e delle varie tappe di una carriera segnata da trionfi e cadute si accompagna nelle rispettive biografie a un attento regesto delle origini familiari e dei rapporti, talora conflittuali, con i familiari. Così è, per esempio, per le vite di Polemone di Laodicea (*VS*, 530), Erode Attico (*VS*, 546-547), Varo di Perge (*VS*, 576) e Rufo di Perinto (*VS*, 598) solo per citare alcuni personaggi.

4. Valore delle origini familiari di un sofista

L'affermazione iniziale viene rafforzata all'inizio della vita di Dionisio di Mileto allorché Filostrato sottolinea la futilità dell'appurare le origini familiari del sofista poiché Dionisio «rifulse per virtù propria: risalire, infatti, agli antenati è proprio di coloro i quali respingono la possibilità di conseguire la lode per se stessi» (*VS*, 522)⁸, ma l'incoerenza, come si è appena visto già emersa nella narrazione delle origini prestigiose di alcuni sofisti, si palesa nella vita di Ermocrate di Focea; qui Filostrato avanza la considerazione gnomica e apparentemente indiscutibile che «La natura umana è ben disposta maggiormente verso le virtù trasmesse da padre in figlio, motivo per cui l'olimpionico più illustre è quello che appartiene ad una famiglia di olimpionici, il soldato più valoroso quello che non discende da chi non ha mai prestato servizio militare, le attività più gradite quelle dei padri e degli antenati, e le arti migliori quelle ereditate»⁹. Filostrato ritiene di conseguenza importante esporre qui con dovizia di particolari la storia della famiglia quando vi si riscontrino avi che possono aver trasmesso doti e patrimoni significativi ai suoi personaggi.

Occorre chiedersi, a questo punto, le ragioni di una simile incoerenza

⁸ Su ciò v. G. ANDERSON, *Philostratus. Biography and Belles Lettres in the Third Century A.D.*, London, 1986, 79-80 e G. ANDERSON, *The pepaideumenos in Action: Sophists and their Outlook in the Early Empire*, in *ANRW* 33.1, 1989, 80-208: 148-149; utile M. CIVILETTI in FILOSTRATO, *Vite dei sofisti*, cit., 631, nt. 17. Sulla prefazione alle *VS* J. KÖNIG, *op. cit.*

⁹ *VS*, 611-612: «ἡ γὰρ φύσις ἢ ἀνθρωπεΐα τὰς ἀρετὰς ἀσπάζεται μᾶλλον τὰς ἐκ πατέρων ἐς παῖδας διαδοθείσας, ὅθεν εὐκλεέστερος μὲν Ὀλυμπιονίκης ὁ ἐξ Ὀλυμπιονικῶν οἴκου, γενναιότερος δὲ στρατιώτης ὁ μὴ ἀστρατεύτων ἡδίστους τε τῶν ἐπιτηδεύσεων αἱ πατέρων τε καὶ προγόνων οἴκου, καὶ τέχναι βελτίους αἱ κληρονομούμεναι». Per gli stretti legami tra sport, atletismo e Seconda Sofistica si veda Z. NEWBY, *Greek athletics in the Roman world. Victory and virtue*, Oxford, 2005, 7-13.

in una questione di rilevanza primaria per il nostro autore come i rapporti di discendenza nei sofisti. Le origini familiari contano – mi pare inevitabile concludere – purché nobilitate da antenati sofisti, da magistrati romani, da personaggi illustri, da notabili locali o da grandi ricchezze. Piuttosto che riferire una provenienza insignificante, Filostrato preferisce dilungarsi sui meriti personali del sofista: l'inconsistenza familiare non conduce a evitare di scrivere la biografia di un sofista, ma a eludere ogni discussione sulla stirpe.

La sostanza della famiglia, se realizza una condizione privilegiata per iniziare la carriera, non ne costituisce un requisito indispensabile; la professione di sofista richiede, invece, forti competenze letterarie, culturali e giuridiche, capacità comunicative, dizione eccellente, grande presenza, talento, disciplina e dedizione all'arte. I contrasti nei quali si consumano i rapporti nelle famiglie dei sofisti, quindi, sono generati non solo da contenziosi relativi alla trasmissione del patrimonio concreto: anche un capitale basato su cultura, produzione letteraria, autorevolezza, prestigio, competenza e conoscenze altolocate può diventare oggetto di contesa.

5. *Rufino di Naucrati e Scopeliano di Clazomene*

A illustrazione di questa eventualità Filostrato riporta un incidente occorso a Rufino, figlio illegittimo del sofista Apollonio di Naucrati, attivo tra la fine del II e l'inizio del III secolo d.C. Rufino aveva commesso l'errore di rivelarsi privo di originalità: un uomo istruito lo aveva criticato perché plagiava le opere del padre Apollonio. Non potendo negare l'accusa, Rufino cercò di uscire dall'imbarazzo con l'arguzia, obiettando che «Le leggi mi concedono di servirmi dei beni paterni», ma l'avversario fu pronto a ribattere «Lo concedono, sì, ma ai figli legittimi» (VS, 599).

Lo scontro tra i due è assai istruttivo, in primo luogo perché il dibattito pubblico viene raccontato da Filostrato attraverso l'impiego metaforico del lessico giuridico: Rufino è accusato (λαβὼν αἰτίαν) di usare le opere del padre, si difende riferendosi alla liceità giuridica di usare i beni paterni «οἱ νόμοι ἔφη διδόασί μοι χρῆσθαι τοῖς πατρώοις», ma viene umiliato con il ricordo della nascita illegittima cui le leggi non concedevano alcuna parte del patrimonio ereditario. Risalta, poi, la scarsa accettazione di cui poteva beneficiare un figlio naturale da parte del mondo intellettuale e politico dell'epoca; Filostrato, infatti, quando non può attribuire una prosapia illustre ai suoi personaggi, si premura talora di precisarne almeno la nascita¹⁰,

¹⁰ V., per esempio, VS, 521; 592; 593;

poiché se per un sofista non è indispensabile godere di natali prestigiosi, lo è invece vantare una nascita legittima «κατὰ νόμου»¹¹.

Di tono diverso è il racconto delle peripezie legali di Scopeliano di Clazomene (VS, 516-518); la narrazione giudiziaria sfuma qui in una storia adattata per rendere piacevole una vicenda sordida e piuttosto comune. La passione amorosa dell'anziano padre di Scopeliano per una giovane donna, l'aiuto che il cuoco Citero, suo complice, le fornisce in modo che il vecchio diseredi Scopeliano e lo cacci di casa, la sconfitta processuale subita dal sofista a causa di giudici corrotti da Citero, l'imprevedibile pacificazione finale con Citero dopo molti anni e il recupero dei beni si trasformano nel canovaccio di una commedia o nella trama di uno di quei romanzi che avvincevano i contemporanei di Filostrato¹². Alla storia non mancano nemmeno temi mitico narratologici, costituiti qui dal motivo di Fedra: la giovane compagna del padre aveva, infatti, accusato Scopeliano di tentata seduzione.

Il motivo di una tale digressione nella biografia del sofista, digressione né breve né troppo lusinghiera per il protagonista, potrebbe consistere nella scelta di Filostrato di adottare un'oculata strategia di conforto nel momento in cui si accingeva a scrivere un profilo piuttosto lungo. La *Vita* di Scopeliano è appena la terza biografia di un esponente della Seconda Sofistica di età imperiale, dopo quelle – brevi – di Nicete di Smirne e di Iseo di Assiria. Prima di indulgiare sulla qualità della dizione, sullo stile oratorio, sulla formazione retorica di Scopeliano (VS, 518-520), credo che Filostrato abbia voluto anticipare, drammatizzandola, una vicenda creata intorno agli eterni contrasti fra genitori e figli, ricchi e poveri, buoni e malvagi, intorno ai temi, cioè, che appassionavano il suo pubblico in modo da assicurare i lettori che le biografie non avrebbero trascurato elementi narrativi a vantaggio delle sole descrizioni tecniche. Le traversie processuali di Scopelia-

¹¹ VS, 599. V. G. ANDERSON, *Philostratus. Biography and Belles Lettres*, cit., 61-62 e M. CIVILETTI in FILOSTRATO, *Vite dei sofisti*, cit., 609, nt. 10. Anche Filagro di Cilicia aveva il vizio di riproporre di fronte a uditori diversi discorsi già declamati (nel suo caso discorsi propri): VS, 579, v. ora A. KEMEZIS, *Narrative of Cultural Geography*, cit., 3-4 con altra bibliografia. Sul patrimonio culturale il riferimento primo è sempre alle quattro tipologie della nozione di capitale elaborate da Pierre Bourdieu: capitale economico, culturale, simbolico, sociale; per l'applicabilità di tali categorie al mondo sofistico v. T. WHITMARSH, *The Second Sophistic*, Cambridge, 2005, 38-39.

¹² Su cui in generale S. SCHWARTZ, *Chronotopes of Justice in the Greek Novel: Trials in Narrative Spaces*, in *Spaces of Justice in the Roman World*, edited by F. De Angelis, Leiden, 2010, 331-356; M. FUSILLO, *Letteratura di consumo e romanzesca*, in *Lo spazio letterario della Grecia antica*, I. La produzione e circolazione del testo. III. I Greci e Roma, diretto da G. Cambiano, L. Canfora, D. Lanza, Roma, 1994, 233-273. Per una discussione di questo episodio nella biografia di Scopeliano v. D. CAMPANILE, *La costruzione del sofista. Note sul bios di Polemone di Laodicea*, in *Studi Ellenistici XII*, Pisa-Roma, 1999, 269-315: 271-275.

no e Citero forniscono, quindi, la base per raccontare una vicenda comico drammatica a lieto fine che avrebbe stimolato l'interesse del pubblico e fatto apprezzare l'intero contenuto delle VS.

6. *Ermocrate di Focea*

La vicenda pressoché simmetrica, occorsa al sofista Ermocrate (VS, 609-610), discendente del celeberrimo e ricchissimo Polemone di Laodicea, è trattata più sbrigativamente dal Nostro¹³. La causa dell'insanabile contrasto con la madre vedova Callisto non è introdotta direttamente, ma è presentata per fugare dicerie in merito all'assenza di dolore che la donna aveva mostrato di fronte alla morte prematura di Ermocrate, scomparso a soli venticinque o ventotto anni. La lite tra i due congiunti, che per Filostrato avrebbe meritato di esser portata davanti ai giudici per arrivare a una condanna, concerneva la passione che Callisto aveva concepito per uno schiavo. Di fronte alla vergogna causatagli dal comportamento materno (VS, 610: «τὸν υἱὸν ἥσχυεν») Ermocrate aveva rotto ogni rapporto e da allora la donna lo aveva ignorato e non aveva poi versato una sola lacrima alla notizia della sua fine.

In realtà, però, si dovrebbe obiettare che le cause della rottura familiare non dovevano essere così chiare, poiché Filostrato ammette subito dopo un fatto evidentemente notorio; Ermocrate aveva dissipato l'immenso patrimonio paterno «τὸν γὰρ πατρῷον οἶκον βαθὺν» (VS, 610). A differenza del grande antenato Polemone che aveva speso i beni in modo appropriato per accrescere la fama propria e della propria città, Ermocrate aveva scialacquato stoltamente l'eredità, bevendo oltre misura e mantenendo adulatori. Un richiamo alla commedia compare in questo frangente, non a proposito del contrasto familiare¹⁴, e mi pare lecito sottolineare quanto Filostrato – con-

¹³ Per Flavio Ermocrate di Focea, attivo tra la fine del II e l'inizio del III secolo d.C., v. C.P. JONES, *Epigraphica IV-V*, in ZPE, 142, 2003, 127-133; su Antonio Polemone di Laodicea, sofista, autore di un celebre trattato di fisiognomica e amico dell'Imperatore Adriano v. D. CAMPANILE, *La costruzione del sofista*, cit., e M.-H. QUET, *Le sophiste M. Antonius Polémon de Laodicée, éminente personnalité politique de l'Asie romaine du II^e siècle*, in *Les élites et leurs facettes: les élites locales dans le monde hellénistique et romain*, sous la direction de M. Cébeillac Gervasoni, L. Lamoine (eds.), Clermont-Ferrand, 2003, 401-443.

¹⁴ VS, 610: «Sperperò non in allevamenti di cavalli e liturgie – cose con cui è possibile anche farsi un nome – ma nel vino e in compagnie tali da fornire materia anche alla commedia, come fornirono materia gli adulatori di cui un tempo si circondò Callia figlio di Ipponico.» «κατεδαπάνησεν οὐκ ἐς ἵπποτροφίας οὐδὲ ἐς λειτουργίας, ἀφ' ὧν καὶ ὄνομά ἐστιν ἄρασθαι, ἀλλ' ἐς ἄκρατον καὶ ἐταίρους οἶους παρασχεῖν καὶ κωμῳδία λόγον, οἷον παρέσχον λόγον οἱ Καλλίαν ποτὲ τὸν Ἰππονίκου κολακεύσαντες.»

temporaneo e testimone di ciò che qui narra – utilizzi la questione dell'amore di Callisto verso uno schiavo per anticipare le critiche sulla prodigalità di Ermocrate e disperdere i tanti dubbi sul comportamento del figlio verso la madre e le voci sulla malvagità del giovane «κακία τοῦ μαιρακίου προσκείσεται μᾶλλον» (VS, 610).

Il richiamo – come abbiamo visto obbligato – ad antenati sofisti illustri raramente è a vantaggio dei successori. Soltanto Ermocrate avrebbe potuto eccellere, se non fosse stato colpito da un destino avverso (VS, 612), gli altri sofisti di seconda o successiva generazione non hanno mai uguagliato la fama dei predecessori¹⁵. Il paragone continuo formulato da Filostrato, paragone che evidentemente costituiva un aspetto di forte interesse per il pubblico, non giovava affatto ai discendenti, come la lettura anche cursoria delle VS rivela. Ma si può procedere oltre affermando che per Filostrato il valore dei figli diventa un elemento per giudicare i padri. Se egli nutre una certa «disistima nei confronti dei figli dei sofisti, assai spesso incompetenti e non all'altezza dei propri padri»¹⁶, traspare anche un leggero fastidio verso quei sofisti che appoggiavano figli inadeguati. È da valorizzare, quindi, la sospensione di giudizio sulla singolare decisione di Eliano, sofista che «morì senza lasciare figli: si era, infatti, rifiutato di metterli al mondo non sposandosi mai». Filostrato commenta affermando di non voler esprimere qui il proprio pensiero, preferendo indubbiamente lasciare il lettore libero da ogni suggerimento, ma aver manifestato dubbi sul valore della paternità mi pare già molto eloquente¹⁷.

Se Ermocrate fu il più dotato, non è certo l'unico scialacquatore citato da Filostrato: il figlio di Erode Attico, illetterato incapace di apprendere – o almeno ritenuto così da Erode – non ricevette alcuna parte del patrimonio paterno e gli fu riservata solo l'eredità della madre Regilla¹⁸. La passione

¹⁵ Il legame con il bisnonno Polemone era già stato segnalato alla fine della biografia dello stesso Polemone, VS, 544: La grandezza di Polemone durò finché ebbe vita Polemone: quelli che vennero dopo di lui, benché legati da vincoli di parentela, non riuscirono a reggere il confronto con le sue doti, tranne uno soltanto, di cui parlerò poco più avanti.» «Μέχρι Πολέμωνος τὰ Πολέμωνος· οἱ γὰρ ἐπ' αὐτῷ γενόμενοι ξυγγενεῖς μὲν, οὐ μὴν οἷοι παρὸς τὴν ἐκείνου ἀρετὴν ἐξετάζεσθαι, πλὴν ἑνὸς ἀνδρός, περὶ οὗ μικρὸν ὕστερον λέξω.»

¹⁶ Così, giustamente, M. CIVILETTI in FILOSTRATO, *Vite dei sofisti*, cit., 609, nt. 10.

¹⁷ VS, 625: «Per esaminare se questa sia una condizione felice o misera non è questo il momento opportuno.» «τοῦτο δὲ εἴτε εὐδαιμον εἴτε ἄθλιον οὐ τοῦ παρόντος καιροῦ φιλοσοφῆσαι.»

¹⁸ Per Regilla (Appia Annia Regilla Atilia Caucidia Tertulla) importanti, almeno, M.T. RAEPSAET CHARLIER, *Prosopographie des femmes de l'ordre sénatorial* (I^{er}-II^e siècles), Lovanii, 1987, n. 66; M. GLEASON, *Making space for bicultural identity: Herodes Atticus commemorates Regilla*, in *Local Knowledge and Microidentities in the Imperial Greek World*, edited by T. Whitmarsh, Cambridge, 2010, 125-162; E. STRAZDINS, *Fashioning the Future in Roman Greece. Memory, Monuments, Texts*, Oxford, 2023.

eccessiva per il vino e le tresche amorose gli avevano eroso i beni e alienato l'affetto del padre che lo aveva diseredato, forse anche su suggerimento di altri membri della famiglia desiderosi di volgere a proprio vantaggio l'insoddisfazione di Erode Attico per il figlio¹⁹. Anche il figlio di Proclo di Naucrati (VS, 603) sperperò le proprie sostanze in futili divertimenti, ma il padre invece di punirlo si lasciò coinvolgere nei suoi passatempi, con la tenue giustificazione che in questo modo sperava di annoiarlo, mentre in realtà condivideva con il figlio la passione per tali svaghi costosi ed era come lui incapace di amministrare il proprio patrimonio (VS, 604). Competente, invece, nella gestione dei beni, ma rozzo e debole di mente, fu poi il figlio del ricchissimo sofista tessalo Ippodromo (VS, 620).

Una smagliatura biografica è avvertibile anche nella vita di Polluce di Naucrati, là dove affiora un certo grado di critica per il sofista che, istruito dal padre negli studi grammaticali e filologici, non fu a sua volta maestro del proprio figlio che crebbe privo di educazione (VS, 592 e 593); anche Aspasio di Ravenna, coetaneo di Filostrato, fu avviato dal padre Demetrio agli studi grammaticali e filologici (VS, 627). Alla sua morte Filisco, sofista contemporaneo dell'imperatore Caracalla, lasciò una figlia e un figlio «che non valeva nulla» (VS, 623 «ἐτελεύτα μὲν οὖν ἐπὶ θυγατρὶ καὶ υἱῷ οὐδενὸς ἀξίῳ, μέτρον δὲ αὐτῷ τοῦ βίου ἔτη ἑπτὰ καὶ ἐξήκοντα.»). Non sarebbe difficile ampliare l'elenco aggiungendo casi analoghi: figli incapaci o semplicemente non all'altezza dei genitori, situazioni domestiche imbarazzanti e patrimoni contesi, ma considero quanto appena esaminato sufficiente a inquadrare i contesti familiari descritti da Filostrato e intenderei procedere nell'argomentazione per giungere a una conclusione, per quanto provvisoria.

7. *Attendibilità di Filostrato nella narrazione dei rapporti familiari*

Gli strati privilegiati della società grecofona nel I-III secolo d.C., i cui esponenti erano provvisti in uguale misura di cultura raffinata e di mezzi economici adeguati a sostenere un tenore di vita sontuoso e appariscente, sono rappresentati in modo piuttosto obiettivo dal Nostro, che non teme di mettere in mostra aspetti poco edificanti dei suoi eroi, astenendosi, per contro, dal trattare i meriti e le doti di Filostrato di Lemno, di Nicagora di Atene e di Apsine di Gadara dal momento che «non verrei creduto, infat-

¹⁹ Su ciò si veda ancora A.J. PAPALAS, *Herodes Atticus and his son*, in *Πλάτων*, 14, 1972, 244-251; utili T. SCHMITZ, *Bildung und Macht. Zur sozialen und politischen Funktion der zweiten Sophistik in der griechischen Welt der Kaiserzeit*, München, 1997, 217.

ti, perché sospettato di compiacimento a causa dell'amicizia che mi lega a costoro»²⁰. Da tempo gli studiosi concordano sull'uso da parte di Filostrato di fonti controllabili e fededegne nella sezione dedicata agli esponenti della Seconda Sofistica e sono persuasi che egli imposti la ricostruzione delle biografie sulle base di testimonianze raccolte dagli allievi di Polemone di Laodicea e di Erode Attico, sulla documentazione recuperata dai propri contemporanei e sui propri ricordi e che Filostrato, come dichiara, sia nella maggior parte dei casi il tramite – diretto o indiretto – di una tale conoscenza²¹. Le vite dei sofisti attivi a partire dall'inizio del II secolo d.C. sono dunque utilizzabili con fiducia, ed è appunto sulle biografie di questi personaggi che ho concentrato l'attenzione per suggerire spiegazioni in grado di giustificare la costante occorrenza del tema dei difficili rapporti familiari.

Sarebbe difficile sminuire benefici e privilegi di ogni genere goduti da un casato che annoverasse tra i suoi componenti un sofista celebre; nelle situazioni più fortunate – ma non rare – si poteva addirittura contare su un rapporto diretto con l'Imperatore. A un patrimonio materiale accumulato con gli onorari degli allievi, i doni degli ammiratori e le concessioni dei potenti si aggiungeva per il sofista un patrimonio immateriale non meno considerevole conquistato grazie al riconoscimento dei pari, alla partecipazione a importanti reti di relazioni, alla responsabilità nella gestione di magistrature e sacerdozi, al prestigio raggiunto nell'arte retorica, all'autorevolezza e all'influenza in grado di esercitare. Tutte le risorse, concrete e simboliche, si trasmettevano all'intera famiglia, ma l'amministrazione dei capitali, sia concreti sia intangibili, doveva essere sorvegliata con cura, poiché anni di dedizione, di impegni continui e di fatiche e il mantenimento di posizioni privilegiate all'interno della società potevano scomparire in poco tempo a causa di comportamenti sbagliati, di eredi incapaci, di scelte assurde, di dissipazioni insensate, di colpi di testa, di morti premature. Che Filostrato riservi parte delle biografie alla descrizione di questi esiti diventa allora comprensibile, se consideriamo i suoi racconti dei fallimenti un monito per tutti i colleghi nell'arte; l'avvertimento della vulnerabilità di ogni posizione raggiunta e della fragilità inerente a ogni compagine familiare sarebbe il modo per segnalare attraverso esempi di vicende reali gli errori, le colpe e le imprudenze che un sofista affermato deve evitare.

²⁰ VS, 628 «καὶ γὰρ ἂν καὶ ἀπιστηθεῖν ὡς χαρισάμενος, ἐπειδὴ φιλία μοι πρὸς αὐτοὺς ἦν.»

²¹ Si veda, per esempio, VS, 524, 552, 567, 582, 583, 585, 602, 605, 606, 618. Do particolare rilievo VS, 524 e 606. Sulla valutazione di Filostrato come fonte vedi, almeno, G. ANDERSON, *Philostratus. Biography and Belles Lettres*, cit., 24-25, S. SWAIN, *The Reliability of Philostratus's "Lives of the Sophists"*, in *Classical Antiquity*, 10, 1991, 148-163, A. BILLAULT, *L'univers de Philostrate*, Bruxelles, 2000, 16-17 e ancora F. SOLMSEN, voce *Philostratos*, in *RE*, XX(1), Stuttgart, 1941, coll. 169 ss.

All'interno di questo quadro, la reticenza di giudizio riguardo la determinazione di Eliano di non sposarsi per non avere figli acquisterebbe forse un significato ulteriore e pregnante.

8. *Conclusione: possibili cause dell'importanza conferita da Filostrato ai problemi della scomparsa del capofamiglia*

È lecito, a questo punto, procedere oltre e suggerire un'ipotesi che giustifichi la forte presenza della complessa dialettica nei rapporti padri/figli, padri/figli illegittimi, padri/figli adottivi. Il trattamento di questo tema in forma particolarmente diffusa, oltre che corrispondere a eventuali gusti di un pubblico sempre amante di contrasti e di peripezie, rappresenterebbe a mio vedere l'espressione di un problema che all'epoca era divenuto per molti di enorme rilievo.

La fase adottiva della dinamica successoria imperiale si era conclusa con il regno di Marco Aurelio, che aveva scelto come successore il proprio figlio Commodus e lo aveva associato al regno dal novembre del 176 d.C. All'eliminazione di Commodus (31 dicembre 192 d.C.) seguì un breve periodo di guerre civili sino alla presa di potere di Settimio Severo. Il figlio Caracalla (imperatore dal 4 febbraio del 211 all'8 aprile del 217) assassinò presto il fratello e coimperatore Geta, ma dopo la sua morte avvennero altri scontri; tentativi di usurpazione ci furono anche durante il regno di Elagabalo (16 marzo 218 – 11 marzo 219) e Severo Alessandro (13 marzo 219 – febbraio/marzo 235), sempre membri della dinastia dei Severi. La questione del rapporto tra padri e figli e il risalto della contrapposizione tra padri capaci, ma non sempre oculati nella scelta successoria, e figli inadatti potrebbe riflettere preoccupazioni reali che agitavano gli abitanti dell'Impero, abitanti che non godevano più di quella tranquillità che aveva caratterizzato la vita delle generazioni precedenti vissute all'ombra di una pratica adottiva che mirava alla scelta del migliore, di un illustre personaggio che avesse già dato prova di valore e capacità²². Credo possibile supporre, in conclusione, che la crisi nella successione imperiale segnata anche dalla svolta dinastica verificatasi mezzo secolo prima della composizione delle *VS* si rifletta in qualche misura nella narrazione filostratea ove si accentuano le difficoltà di individuare nei figli di sofisti individui dotati e capaci di guidare una famiglia dopo la scomparsa del padre.

²² Riconosciuto dal Senato nel maggio/giugno del 193, morto a Eboracum (York) il 4 febbraio del 211. Riprendo tutte le date da D. KIENAST, *Römische Kaisertabelle. Grundzüge einer römischen Kaiserchronologie*⁶, Darmstadt, 2017.

FABIO GUIDETTI-ANDREA RAGGI

SU ALCUNI ISTITUTI DEL DIRITTO ROMANO
NELL'EPIGRAFIA FUNERARIA IN GRECO
DALL'ASIA MINORE

Scopo di questo contributo è presentare alcuni esempi di istituti giuridici peculiari del diritto romano nella documentazione epigrafica in lingua greca proveniente dall'Asia Minore. Prenderemo come punto di partenza un'iscrizione tardoantica rinvenuta a Ierapoli di Frigia, città che ha restituito un notevole numero di epigrafi funerarie databili tra il II e il V secolo d.C. Fenomeno peculiare dell'epigrafia ierapolitana è la tendenza a riportare, nelle iscrizioni funerarie, escerti tratti dai testamenti dei fondatori dei rispettivi monumenti, contenenti disposizioni che riguardano soprattutto la tutela del sepolcro, i diritti di sepoltura, l'istituzione di fondazioni funerarie, nonché la sanzione di eventuali violazioni alle disposizioni stesse. Si tratta di un fenomeno attestato anche altrove nel mondo romano, ma che a Ierapoli assume dimensioni massicce, che rendono l'epigrafia funeraria della città un *corpus* di fonti estremamente ricco per lo studio del diritto sepolcrale nelle province dell'Impero Romano¹.

L'iscrizione da cui intendiamo prendere le mosse è la seguente, datata da Tullia Ritti al IV secolo d.C., epoca in cui nelle province dell'impero era ormai ampiamente diffuso l'utilizzo del diritto romano²:

¹ Sulle iscrizioni funerarie di Ierapoli di Frigia si vedano le numerose pubblicazioni di Tullia Ritti, tra cui segnaliamo in particolare: T. RITTI, *'Iura sepulcrorum' a Hierapolis di Frigia nel quadro dell'epigrafia sepolcrale microasiatica: iscrizione edite e inedite*, in *'Libitina' e dintorni. 'Libitina' e i 'luci' sepolcrali. Le 'leges libitinariae' campane. 'Iura sepulcrorum': vecchie e nuove iscrizioni*, Atti della XI Rencontre franco-italienne sur l'épigraphie (Roma, 10-11 maggio 2002), Roma, 2004, 455-634; T. RITTI, *Per la storia sociale ed economica di Hierapolis di Frigia: le fondazioni sociali e funerarie*, Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Memorie della Classe di scienze morali, storiche e filologiche, serie IX, 36, fascicolo 3, Roma, 2016; T. RITTI, *Passaggi di proprietà per donazione, vendita, eredità o usurpazione a Hierapolis di Frigia*, in *'Munus Laetitiae': Studi miscellanei offerti a Maria Letizia Lazzarini*, a cura di F. CAMIA-L. DEL MONACO-M. NOCITA, Roma, I, 2018, 357-388.

² Prima edizione: F. GUIZZI-E. MIRANDA DE MARTINO-T. RITTI, *Acquisizioni epigrafiche:*

[† T]ὸ ἡρώϊον τοῦτο διαφέρει Τίτ(ω) Φλ(αβίω)
 Διοδώρῳ δῖς, ὑδροπότῃ, πολ(ιτενομένῳ),
 [ὀμ]ο[ί]ως κ[αί] ἡ κάτω ἐπιγραφὴ δι-
 κν[ε]ι τὴν τῶν προγόνων μου
 νομὴν κὲ δεσποτίαν. †

Questo monumento appartiene a Tito Flavio Diodoro II, bevitore d'acqua, curiale della città, così come l'iscrizione sottostante ne dimostra il possesso e la proprietà da parte dei miei antenati.

L'appartenenza di un monumento funerario (un'area sepolcrale, una tomba di famiglia, un complesso di edifici) a un determinato individuo è espressa abitualmente, nelle iscrizioni ierapolitane, con formule abbastanza generiche quali διαφέρει o con il semplice genitivo del nome della persona che ha fatto edificare, ha ereditato o ha in vari modi acquisito il complesso³. Come è noto, nel diritto romano la tomba, quando sia già occupata da un corpo o dalle sue ceneri, è considerata *locus religiosus*, cioè afferente alla sfera del diritto sacro, in quanto appartenente agli dèi Mani del defunto, come spiega un noto passo escerpito dal commento *ad edictum* di Ulpiano (Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.6.1): *Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc et vendere et donare. si cenotaphium fit, posse hoc venire dicendum est: nec enim esse hoc religiosum divi fratres rescripserunt* ("Se un monumento è ancora vuoto, uno lo potrà sia vendere, sia donare. Se c'è un cenotafio, bisogna dire che è possibile venga venduto; infatti gli dèi fratelli [*scil.* Marco Aurelio e Lucio Vero] hanno stabilito con rescritto che esso non rientra nella sfera del diritto sacro")⁴. Tuttavia, la frequenza con cui sono attestate epigraficamente vendite, cessioni, donazioni e altre forme di alienazione in ambito funerario induce a ritenere che l'appartenenza alla sfera del diritto sacro si applicasse soltanto al contenitore già occupato dai resti umani (sarcofago, cinerario, olla, etc.) e non all'edificio che lo ospitava né al terreno su cui era collocato.

L'epigrafe appena citata è una delle poche in cui l'appartenenza del monumento funerario a una determinata persona è articolata mediante

iscrizioni ritrovate o studiate nel triennio 2004-2006, in *Hierapolis di Frigia V. Le attività delle campagne di scavo e restauro 2004-2006*, a cura di F. D'ANDRIA-M.P. CAGGIA-T. ISMAELLI, Istanbul, 2012, 643-678, in particolare 665-667, n. 22; T. RITTI, *Passaggi di proprietà*, cit., 362. La lettura δῖκν[ε] alle ll. 3-4 è stata proposta da Tullia Ritti nella riedizione dell'iscrizione nel 2018; l'*editio princeps* del 2012 proponeva la lettura δικά[ζ(ε)]ι.

³ T. RITTI, 'Iura sepulcrorum', cit., 467; in particolare sull'uso del verbo διαφέρειν vedi L. ROBERT, *Hellenica. Recueil d'épigraphie, de numismatique et d'antiquités grecques*, XIII: *D'Aphrodisias à la Lycaonie*, Paris, 1965, 196.

⁴ Cf. T. RITTI, 'Iura sepulcrorum', cit., 474-475; L. D'AMATI, *Dis manibus sacrum: la sepoltura nel diritto della Roma pagana*, Bari, 2021, in particolare 107-172.

una formula più complessa dell'abituale διαφέρει o del semplice genitivo. Il proprietario del monumento, Tito Flavio Diodoro, rivendica in questa epigrafe l'appartenenza ancestrale del monumento stesso alla propria famiglia, facendo riferimento a una ulteriore "iscrizione sottostante" (ἡ κάτω ἐπιγραφὴ, l. 3), oggi perduta, che probabilmente doveva essere preesistente e contenere il nome di un suo antenato, forse il fondatore del sepolcro. Si tratta di un modo per ribadire l'antichità della famiglia a cui appartiene il sepolcro, nonché la continuità del possesso del monumento da parte di membri della famiglia stessa: questa esigenza appare ben attestata nell'epigrafia funeraria di Ierapoli, che ha restituito numerose iscrizioni in cui i monumenti sono qualificati come προγονικά ("ereditati dagli antenati") o trasmessi all'attuale proprietario ἐκ προγονικῆς διαδοχῆς ("per successione ereditaria")⁵.

La particolarità che rende unica (almeno a nostra conoscenza) l'epigrafe in esame è rappresentata dal riferimento esplicito a νομὴ καὶ δεσποτεία (l. 5), due termini coerentemente utilizzati nelle fonti giuridiche romane in lingua greca per rendere, rispettivamente, i concetti di possesso e di proprietà familiari nel diritto romano. In età tardoantica, in particolare, il sintagma νομὴ καὶ δεσποτεία si ritrova in diversi passi delle *Novellae* di Giustiniano proprio per rendere le espressioni latine *possessio et proprietas* ovvero *possessio et dominium*⁶. Tra queste, specialmente interessante è

⁵ T. RITTI, 'Iura sepulcrorum', cit., 492-494.

⁶ Nov. 69 pr. (p. 349.28-33 Schoell-Kroll): ὁ γὰρ ἐπὶ τινος τόπου παθὼν κακῶς ἢ τι τῶν οἰκειῶν ἀποβαλὼν ἢ περὶ ὄρων γῆς δικαζόμενος ἢ περὶ δεσποτείας ἢ περὶ νομῆς ἢ περὶ ὑποθήκης ἢ περὶ τινος ἄλλου πῶς ἂν ἰσχύσειεν <ἐν> ἐτέρῳ τόπῳ τὰς ἀποδείξεις ὧν ἔπαθε; = *Qui enim in quolibet loco male patitur aut aliquid suorum amittit aut de terminis terrae litigat aut de proprietate aut de possessione aut de hypotheca aut de alio quocumque, quomodo valebit in alio loco probationes horum quae pertulit exhibere?* Nov. 69.1 (p. 350.15-26 Schoell-Kroll): Ταῦτα ἐννοήσαντες τὸν παρόντα θεῖναι νόμον φήθημεν χρῆναι, καὶ προαγορεύομεν πᾶσι τοῖς ἐν ταῖς ἐπαρχίαις οἰκοῦσιν, ὅποσοι τῶν ἡμετέρων κατακούουσι σκήπτρων ἐπὶ τῆς ὑπηκόου πάσης τῆς τε εἰς ἀνίσχοντα βλεπούσης τῆς τε πρὸς δυόμενον ἥλιον τῆς τε ἐκατέρωθεν οὔσης, ὥστε ἕκαστον ἐφ' ἧς ἐπαρχίας πλημμελεῖ ἢ ἐφ' ἧς χρημάτων ἢ ἐγκλημάτων ὑπεύθυνος γίνεται, εἴτε περὶ γῆς ὁρίων εἴτε περὶ δεσποτείας εἴτε περὶ νομῆς ἢ ὑποθήκης ἢ περὶ ἐτέρας οἰασθήποτε προφάσεως, ἐκέισε καὶ τὰς εὐθύνας ὑπέχειν (τοῦτο δὴ τὸ καὶ τοῖς πρὸ ἡμῶν νομοθέταις ποικίλως μὲν εἰρημένον δὲ ὁμῶς, εἰ καὶ μὴ καθαρῶς καὶ ὡς ἡμεῖς αὐτὸ διενόηθημεν), ἀλλὰ μὴ ζητεῖν ὑπερόρια πλεονεκτεῖν = *Et praecipimus omnibus in provinciis iudicibus quicumque nostris oboediunt sceptris in universa dicione et quae ascendentem videt et quae occidentem solem et quae ex utroque est latere, ut unusquisque in qua provincia delinquit aut in qua pecuniarum aut criminum reus fit, sive de terra et de terminis sive de proprietate sive de possessione aut hypotheca vel de qualibet alia occasione, illic etiam iuri subiaceat (hoc enim apud praecedentes legislatores varie quidem, tamen dictum est, licet non pure et sicut nos illud consideravimus), et ultra terminos litigare non quaerat.* Cf. anche (soltanto in greco) Nov. 167.1 (p. 755.4-9 Schoell-Kroll): καὶ τοῖς μέλλουσι δὲ ἐκ συναλλαγμάτων τινῶν πρᾶγμα λαμβάνειν καὶ νομὴν τοιαύτην ἢ δεσποτείαν ὑπὸ τὴν

la *Novella* 159, un rescritto imperiale (datato 1 giugno 555) che cita estesi brani tratti dal testamento e da successivi *codicilli* lasciati da un defunto di rango senatorio, di nome Ierio: in questi ultimi viene utilizzato due volte il sintagma νομή καὶ δεσποτεία per riferirsi al possesso e alla proprietà, da parte degli eredi, di un fondo suburbano (προάστειον)⁷. Il documento ci attesta, da un lato, la diffusione di questa espressione nel diritto ereditario tardoantico, dal quale in alcuni casi è passata anche nell'epigrafia funeraria; allo stesso tempo, si può notare l'impiego, all'interno del documento, del sintagma νομή καὶ δεσποτεία per rendere in greco le due espressioni sinonimiche *possessio et proprietas* e *possessio et dominium*, a conferma del valore equivalente dei concetti di *proprietas* e *dominium*, indicanti entrambi i pieni diritti di proprietà su un bene, tipici del *dominus*.

Non sono invece attestati, a nostra conoscenza, paralleli epigrafici per

ἐαυτῶν ποιῆσθαι κατοχὴν ἀναγκαίᾳς τὰς τῶν ἐκδίκων <τῶν> ἐν ταῖς ἐπαρχίαις μαρτυρίας νομίζομεν, ὥστε ὑπομνημάτων συνισταμένων ὑπ' αὐτοῖς δηλοῦσθαι τὴν παράδοσιν, εἴτε ἐπιστάλματα τύχοι γραφέντα φροντισταῖς εἴτε ἐπιστάλμάτων χωρὶς ἢ παράδοσις μέλλοι γίνεσθαι, προσόντος ἐνταῦθα τοῦ καὶ τοὺς γεωργοὺς ἥτοι φροντιστὰς χρῆναι συνομολογεῖν ἐπὶ τῶν ὑπομνημάτων, ὥς τὸν νεώτερον εἰδεῖεν νομέα καὶ δεσπότην καὶ τῇ τοῦ παραδόντος ἀκολουθήσαιεν γνώμῃ τοῦτο αὐτοῖς ἐπιτρέψαντος.

⁷ Nov. 159 pr. (pp. 737-34-738.13 Schoell-Kroll): βούλομαι τοῖνυν καὶ κελεύω τὸ προάστειόν μου τὸ καλούμενον τὰ Κωπάρια, ὅπερ ἐν τῇ προειρημένῃ διαθήκῃ Κωνσταντίνῳ τῷ μεγαλοπρεπεστάτῳ μου υἱῷ κατέλιπον, δοθῆναι καὶ διαφέρειν τελείας νομῆς καὶ δεσποτείας δικαίῳ Ἰερῖῳ τῷ λαμπροτάτῳ καὶ εὐγενεστάτῳ μου ἐγγόνῳ, υἱῷ Κωνσταντίνου τοῦ μεγαλοπρεπεστάτου μου υἱοῦ, σύμπαν τὸ αὐτὸ προάστειον μετὰ τῶν ὄντων ἐν αὐτῷ πραιτωρίῳ καὶ σκαλῶν πασῶν καὶ τῶν μισθουμένων εἴτε ἔνδον τῆς πύλης εἴτε ἔξω τῆς πύλης οἰκημάτων καὶ ἐργαστηρίων καὶ τοῦ λουτροῦ καὶ τῶν κήπων τῶν τε ἔνδον καὶ τῶν ἔξω τοῦ τείχους καὶ τοῦ ἵπποδρόμου καὶ τοῦ ἐν αὐτῷ κήπου καὶ κινστέρνης καὶ παντὸς ἀπλῶς καθ' οἷονδήποτε τρόπον ἀρμόζοντός μοι δικαίου ἐπὶ τῷ αὐτῷ προαστείῳ = *Volo igitur et iubeo proastium meum quod appellatur Cuparia, quod in praedicto testamento Constantino viro magnifico filio meo dereliqui, dari et pertinere perfecto possessionis et domini iure Hierio viro clarissimo et eugeneστάτῳ meo nepoti, filio Constantini viri magnifici, in integro ipsum proastium cum omnibus quae in eo sunt praetoriis et ascensu et descensu σκαλῶν omnibus et conductis sive illatis cum conclavi domuum et ergasteriis et balneo et hortis tam intra quam extra muros, et hippodromum et quod in eo est hortum et cisternam et omnia omnino quocumque modo competentia mihi iura super ipso proastio*. Nov. 159.1 (pp. 738.25-739.1 Schoell-Kroll): βούλομαι δὲ καὶ κελεύω, εἴπερ συμβῇ τὸν προειρημένον εὐγενέστατόν μου ἐγγονον Ἰέριον τελευτῆσαι ἐν ἀνηβότητι, ἢ καὶ μετὰ ἀνηβότητα ἐκτὸς μέντοι παίδων ἐκ νομίμων γόμων αὐτῷ τικτομένων, περιέρχεσθαι καὶ διαφέρειν ἥτοι ἀποκαταστῆναι τὴν νομὴν καὶ δεσποτείαν τοῦ αὐτοῦ προαστείου ἥτοι οἰκίας τῷ μεγαλοπρεπεστάτῳ αὐτοῦ πατρὶ Κωνσταντίνῳ ἐπὶ τῷ αὐτῷ ὄρῳ τοῦ μὴ ἐκποιηθῆναι ποτε ἐκ τῆς ἐμῆς φαιμιλίας ἢ ἐκ τοῦ ἐμοῦ ὀνόματος = *Volo autem et iubeo, si contigerit praedictum virum honestum meum nepotem Hierium mori impuberem, aut post pubertatem sine filiis tamen ex legitimo matrimonio ei progenitis, pervenire et competere sive restituere possessionem et proprietatem eiusdem proastii sive domus viro magnifico eius patri Constantino sub eadem condicione, non alienari aliquando de mea familia aut de meo nomine*.

lo specifico sintagma νομή καὶ δεσποτεία; i termini νομή e δεσποτεία usati separatamente in questa accezione sono, tuttavia, sporadicamente presenti nell'epigrafia di età imperiale. La parola νομή compare, associata a καρτεία, in un'iscrizione funeraria rinvenuta ad Attuda, una città a circa 30 km da Ierapoli, oggi conservata al Museo di Denizli a Pamukkale⁸:

τὸ μνημεῖον κατεσκε-
 ύασεν Παπίας Ἀδράστου
 τοῦ Ζεύξιδος τοῦ Κουνβα-
 ρίωνος αὐτῶ καὶ κληρο-
 νόμοις ἐ[α]υτοῦ· οὐ ἐξέσται
 δὲ αὐτοῖς πωλῆσαι ἢ ἐξα-
 λοτριῶσ[αι· τῶ] μνημεῖῳ
 περιόρια [δι]έ[θε]το πῆ-
 χις ἑξ ἄ[νε]πικωλυτί, νο-
 μὴν καὶ καρτείαν ἀνε-
 πικωλυτί· εἰς ἃ ἂν ἐ-
 ξιόντως βιάσεται τις
 θήσει προστείμου τῶ
 φύσκῳ δηνάρια πεντα-
 κόσια καὶ τῇ Ἀττουδέων
 πόλει δηνάρια τρειακό-
 σια· ἀντίγραφον κεῖται ἐν τοῖς
 δημοσίοις ἀρχείοις.

Il monumento lo ha costruito Papia, figlio di Adrasto, figlio di Zeusi, figlio di Cumbarione, per sé stesso e per i propri eredi; ma non sarà permesso a loro di venderlo o di alienarlo; dispose come limiti al monumento sei cubiti senza alcun impedimento, e il possesso e il godimento dei frutti senza alcun impedimento. Se qualcuno agirà contrariamente a queste disposizioni andando al di fuori di quanto stabilito, pagherà come multa al fisco 500 denari e alla comunità degli Attudei 300 denari; un esemplare è depositato negli archivi pubblici.

Nell'iscrizione, il fondatore del monumento, Papia figlio di Adrasto, afferma di aver dato disposizioni (si noti l'impiego del verbo διατίθημι, l. 8, usato comunemente nel senso tecnico di 'stabilire per testamento') riguardo ai limiti (περιόρια, l. 8) dell'area sepolcrale e al diritto di possesso (νομή,

⁸ W.H. BUCKLER-W.M. CALDER, *Monumenta Asiae Minoris antiqua*, VI: *Monuments and Documents from Phrygia and Caria*, Manchester, 1939, 31, n. 83, ll. 9-10; F. GUIZZI-E. MIRANDA, 'Iura sepulchrorum' nel Museo di Denizli a Pamukkale ('Hierapolis' di Frigia), in 'Libitina' e dintorni. 'Libitina' e i 'luci' sepolcrali. Le 'leges libitinae' campane. 'Iura sepulchrorum': vecchie e nuove iscrizioni, Atti della XI Rencontre franco-italienne sur l'épigraphie (Roma, 10-11 maggio 2002), Roma, 2004, 635-652, in particolare 645-646, n. 15.

ll. 9-10) e di godimento dei frutti (καρπεία, l. 10) da parte dei propri eredi, i quali tuttavia non potranno né vendere, né in altro modo alienare il monumento stesso⁹. Come è normale in questo tipo di iscrizioni, nell'ultima parte dell'epigrafe sono specificate le sanzioni pecuniarie per chi contravvenisse alle disposizioni del fondatore: è prevista una multa dall'ammontare complessivo di 800 denari, da versare in parte al fisco imperiale, in parte alle casse della città; infine, allo scopo di dare maggior validità giuridica al testo, si fa riferimento al documento ufficiale, depositato negli archivi pubblici della città, contenente copia (ἀντίγραφον, l. 17) delle disposizioni stesse, da identificare con il testamento dello stesso Papia¹⁰.

Come hanno notato già i primi editori, l'iscrizione contiene due avverbi, ἀνεπικωλύτι (ll. 9 e 10-11) ed ἐξιώντως (ll. 11-12), che risultano di rarissima attestazione. Il primo, formato dal verbo ἐπικωλύω ('impedire') preceduto dal prefisso negativo ἀν-, è una variante del più comune ἀνεπικωλύτως e può essere inteso come "senza impedimento", con significato analogo alla formula latina *sine ullo impedimento*, utilizzata nelle fonti giuridiche tardoantiche in riferimento al diritto di un erede a ricevere un legato testamentario¹¹. Della forma ἀνεπικωλύτι si trova, a nostra conoscenza, una sola altra attestazione epigrafica: si tratta di un'iscrizione proveniente da Efeso, datata al II secolo d.C., pertinente al monumento funerario di un certo Evaresto figlio di Dionisio, in cui si prescrive che "Evaresto abbia il diritto di apportare

⁹ Sui termini greci legati al lessico dell'alienazione (di solito composti del verbo ἀλλοτριῶω) vedi L. ROBERT, *Hellenica* XIII, cit., 198-203.

¹⁰ Il termine ἀντίγραφον è usato per indicare un esemplare di un documento ufficiale, nel senso sia di 'copia', sia (come nel caso in esame) di 'originale': cf. L. BOFFO-M. FARAGUNA, *Appendice*, in *Le 'poleis' e i loro archivi. Studi su pratiche documentarie, istituzioni e società nell'antichità greca*, a cura di L. BOFFO-M. FARAGUNA, Trieste, 2021, 751-780, in particolare 756.

¹¹ Gai. 12 *ad. leg. Iul. et Pap. D.* 31.55.1: *Si eo herede instituto, qui vel nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate videndum est, utrum heredis an defuncti persona an neutrius spectari debeat. et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditatis atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicumque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest: reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur, venit. C. 5.4.23.2: Sed et liberos ex tali matrimonio procreandos suos et legitimos patri esse, licet alios ex priore matrimonio legitimos habeat, ut bona eius tam ab intestato quam ex testamento isti quoque sine ullo impedimento percipere possint. Una ulteriore attestazione della formula, sempre nel *Codex Iustinianus*, si riferisce invece alla possibilità, per l'amministrazione statale, di richiedere la prestazione di *munera* ai cittadini più abbienti "senza alcun impedimento" (C. 10.49.3): IMPERATOR LEO AUGUSTUS DIOSCORO PRAEFECTO PRAETORIO). *Hac providentissima lege statuimus omni excusatione cessante nullaque persona vel dignitate penitus excepta, in quibuscumque locis administrationi sublimitatis tuae commissis opus exegerit, murorum constructionem seu comparationem frumenti aliarumque specierum sine ullo impedimento, prout commodum atque necessarium magnitudo tua perspexerit, fieri.**

aggiunte al monumento o di costruire qualcosa di nuovo, come vorrà, senza alcun impedimento” (ll. 8-11: ἐξουσίαν ἔχοντος τοῦ Εὐαρέστου ἐποικοδομεῖν μνημεῖον ἢ καὶ ἕτερόν τι ὡς ἂν βούληται ἀνεπικωλυτί)¹². Mai altrove attestato è invece l'avverbio ἐξιώντως, derivato dal verbo ἔξιμι (letteralmente ‘uscire’, ‘andare fuori’). Non pare convincente l'interpretazione proposta da Elena Miranda, che traduce ἐξιώντως con l'espressione “col tempo”¹³: quando il verbo ἔξιμι è impiegato con significato temporale, infatti, non si riferisce allo ‘scorrere’ o ‘passare’ del tempo, bensì assume il significato di ‘finire’, ‘terminare’¹⁴. Ci sembra più probabile che l'avverbio ἐξιώντως sia da interpretare in senso locale ma figurato, col significato di ‘uscendo’, ‘andando al di fuori’ di quanto previsto dalle disposizioni testamentarie.

Papia lascia, dunque, ai suoi eredi νομὴν καὶ καρπεῖαν ἀνεπικωλυτί, “il possesso e il godimento dei frutti senza alcun impedimento” (ll. 9-11). Il termine καρπεῖα andrà inteso, con ogni probabilità, in riferimento ai prodotti agricoli del terreno che circondava la tomba¹⁵, così come spiegato dal lessicografo Polluce (attivo nel II secolo d.C.), che definisce καρπεῖα come τὸ καρποῦσθαι, cioè l'atto di raccogliere i frutti¹⁶. Il termine è attestato con questo significato a partire dall'età ellenistica sia nelle fonti letterarie¹⁷, sia in quelle epigrafiche. Tra queste ultime possiamo citare il testamento di Epitteta, figlia di Grinno, redatto a Tera tra la fine del III e l'inizio del II secolo a.C.: il testo prescrive che la figlia ed erede della defunta, Epitelea, debba versare annualmente una somma di 210 dracme all'associazione che si occuperà di celebrare riti religiosi presso il sepolcro; se la somma non

¹² Ç. İÇTEN-H. ENGELMANN, *Inscriben aus Ephesos und Kolophon*, in *ZPE*, 120, 1998, 83-91, in particolare 86-88, n. 7; *Année Épigraphique* 1998 [2001], n. 1349 (con proposta di datazione al III secolo d.C. su base paleografica).

¹³ F. GUIZZI, E. MIRANDA, *Iura sepulchrorum*, cit., 646. Questa interpretazione riprende una proposta dubitativamente avanzata dai compilatori del *Revised Supplement* del celebre lessico Liddell-Scott: H.G. LIDDELL-R. SCOTT-H. STUART JONES-R. MCKENZIE, *Greek-English Lexicon. Revised Supplement*, ed. by P.G.W. Glare with the assistance of A.A. Thompson, Oxford, 1996, 121, *sub voce*.

¹⁴ Cf. LSJ, s.v. ἔξιμι, significato n. II: *of Time or incidents, come to an end, expire*.

¹⁵ J. BODEL, *Roman Tomb Gardens*, in *Gardens of the Roman Empire*, ed. by W.F. JASHEMSKI-K.L. GLEASON-K.J. HARTSWICK-A.A. MALEK, Cambridge, 2018, 199-242, in particolare 224 e 241.

¹⁶ Poll. 7.149: καὶ τὸ μὲν καρποῦσθαι κάρπων λέγει Ξενοφῶν, ἦν οἱ νῦν καρπεῖαν (“l'atto di raccogliere i frutti Senofonte lo chiama κάρπωνς, concetto che i nostri contemporanei chiamano καρπεῖα”).

¹⁷ Plb. 31.21.8: i Cartaginesi, usciti sconfitti dalla disputa con il re di Numidia Massinissa per il controllo della Piccola Sirte, sono costretti non solo a consegnargli la regione, ma anche a pagargli cinquecento talenti come indennizzo per il mancato gettito fiscale derivato dalla produzione agricola di quel territorio (πεντακόσια τάλαντα ... τῆς καρπείας) nel periodo in cui era stato conteso.

sarà versata con regolarità, l'associazione potrà attingere direttamente ai frutti (καρπεία) di determinati terreni lasciati da Epitteta ai suoi eredi¹⁸. Analogamente, in una stele funeraria proveniente dal territorio della città di Amorio, in Frigia, datata probabilmente al I secolo d.C., un certo Antipatro dona alcuni vigneti a un'associazione cultuale (gli "iniziati della tribù di Zeus"), affinché i membri dell'associazione ne utilizzino i frutti per celebrare annualmente riti religiosi presso il sepolcro della figlia Cirilla¹⁹ (lato B, ll. 1-17): [Ἀν]τίπατρος β' Γαίος | [ἔδω]κεν ἑχαρίσατο φυλῆς Διὸς μύσταις ἁμ[πέ]λων τῶν οὐσῶν ἐν Λαλάνδῳ, τόπῳ Κραονί[σ]τρα, πλέθρα τέσσαρα ἡμι[σ]υ, γείτοσι Φιλώτῃ Ἀσκλη|πιάδου καὶ Σακκάλο[υ] Ὑ[π]ομαίου κληρονόμοι[ς], | ὅπως τὴν ἐξ αὐτῶν [καρ]|πείαν καταχρᾶσθαι {ν} | ἐ[θέ]|λουσιν οἱ συνερχόμενοι καὶ θρησκεύοντες [ἡ]|ρῶον Κυρίλλης τῆς θυ[γα]|τρὸς αὐτοῦ κατὰ ἔτος | ταῖς ἐθίμοις ἡμέραις | τοῖς Μιθρακάνοις ("Antipatro II Gaio ha dato e regalato agli iniziati della tribù di Zeus quattro pletri e mezzo di vigneti situati a Lalando, in località Craonistra, aventi come vicini Filota figlio di Asclepiade e gli eredi del romano (?) Saccalo, affinché coloro che si riuniscono per compiere riti presso il monumento di sua figlia Cirilla una volta all'anno nei giorni stabiliti dei Mithrakana vogliano usare il frutto ricavato da essi").

Nelle fonti più tarde, che presuppongono l'utilizzo del diritto romano, troviamo invece il sintagma χρῆσις καὶ καρπεία nel significato tecnico di 'usu-frutto' di un bene, come concetto giuridico separato dal diritto di proprietà. Un'epigrafe proveniente da Ariasso, in Pisidia, datata al 238 d.C. circa, ricorda una donazione effettuata da Diotimo, figlio di Samo, sacerdote del culto imperiale (ἀρχιερεὺς), in favore della sua città²⁰. Diotimo trasferisce alla città la proprietà delle sue terre, mantenendone tuttavia l'usufrutto vita natural durante (*I. Pisidia Central* 117, ll. 16-19): τῆς κτή|σεως, ὥς καὶ τότε ἐπὶ τῆς βουλῆς εἶπον, τὴν χρ[ε]ίαν | καὶ τὴν καρπείαν ἔξω ἐγὼ παρὰ τὸν τῆς ζωῆς χρό|νον ("come anche allora affermai dinanzi al consiglio, sarò io ad avere il diritto d'uso e il godimento del frutto della proprietà vita natural

¹⁸ IG XII.3, 330, B, ll. 69-75: εἰ δὲ κα μὴ ἀπο{ι}δῶι Ἐπιτέλεια [ε]ἰ οἱ κληρονόμοι αὐτᾶς ἐν τῷ Ἐλευσινίῳ μηνὶ τῷ ἀνδρείῳ τῶν συγγενῶν τὰς διακοσίας δέκα δραχμάς, ἔστω ἡ καρπεία τῶν προδεδη[λ]ωμένων χωρίων τῶν ἐν Μελαιναῖς τοῦ κοινο[ῦ] τοῦ ἀνδρείου τῶν συγγενῶν ποτὶ τὰς διακοσί[α]ς δραχμάς ("Se Epiteleia o i suoi eredi non consegneranno nel mese Eleusinos le duecentodieci dracme alla comunità maschile dei parenti, il frutto delle sunnominate terre a Melainai sarà dell'associazione della comunità degli uomini della parentela fino alle duecento (dieci?) dracme"). Traduzione tratta da A. WITTENBURG, *Il testamento di Epikteta*, Trieste 1990, 27.

¹⁹ W.M. RAMSAY, *Inscriptions d'Asie Mineure*, in REG, 2, 1889, 17-37, in particolare 17-22.

²⁰ G.H.R. HORSLEY-S. MITCHELL, *The Inscriptions of Central Pisidia*, *Inchriften griechischer Städte aus Kleinasien*, 57, Bonn, 2000, 124-127, n. 117.

durante"). Alla l. 17, anziché χρ[είαν], andrà probabilmente integrato χρ[ῆσιν], che è attestato come termine tecnico corrispondente al latino *usus* almeno a partire da Ulpiano e probabilmente già da Papiniano (Ulp. 17 *ad Sab. D.* 7.8.10.1): *sed si χρῆσις sit relictā, an usus sit, videndum: et Papinianus libro septimo responsorum ait usum esse, non etiam fructum relictum* ("ma se è stata lasciata la χρῆσις, bisogna controllare se si tratta del diritto d'uso: e Papiniano, nel libro VII dei *Responsa*, afferma che è stato lasciato il diritto d'uso, non anche il godimento dei frutti"). Il sintagma χρῆσις καὶ καρπεία compare anche nel testamento di Gregorio di Nazianzo, morto nell'anno 390 d.C. In esso, il santo vescovo prescrive che sia predisposta per la sua parente Russiana un'abitazione, che la donna avrà "in usufrutto vita natural durante" (εἰς χρῆσιν καὶ καρπείαν μέχρι βίου ζωῆς); alla morte di Russiana, la casa verrà restituita alla chiesa di Nazianzo, che Gregorio ha istituito come erede universale²¹.

Resta da discutere il termine δεσποτεία, impiegato nell'iscrizione ierapolitana di Tito Flavio Diodoro (da cui siamo partiti) per indicare il diritto di proprietà. Il termine è attestato in questo senso in un'iscrizione di Stobi, in Macedonia, databile probabilmente tra la seconda metà del II e l'inizio del III secolo d.C. Il testo ricorda la donazione effettuata da un certo Tiberio Claudio Policarmo alla sinagoga della città di Stobi: a questa associazione religiosa Policarmo dona un immobile comprendente diverse stanze, una sala da banchetto e un cortile porticato, riservando però a sé stesso e ai propri eredi ogni diritto sul piano superiore dell'edificio (*I.Stobi* 19, ll. 16-24): τὴν | δὲ ἐξουσίαν τῶν ὑπερῶν πάντων πᾶσαν | καὶ τὴν <δ>εσποτείαν | ἔχειν ἐμὲ τὸν Κλ(αύδιον) Τιβέρι|ον Πολύχαρμον καὶ τοὺς | {καὶ τοὺς} κληρονόμους | τοὺς ἐμοὺς διὰ παντὸς | βίου ("ma ogni potere e

²¹ Gr. Naz. *test.* pp. 156.17-157.1 Pitra: Τῇ αἰδεσιμωτάτῃ παρθένῳ Ρουσιανῇ, τῇ συγγενίδι μου, ρητὰ ἐκέλευσα καθ' ἕκαστον ἔτος δίδοσθαι πρὸς τὸ ἐλευθερίως αὐτὴν διάγειν· ἅπερ βούλομαι καὶ κελεύω πάντα κατὰ τὸν τύπον, ὃν προσέταξα, ἀνυπερθέτως αὐτῇ δίδοσθαι καθ' ἔτος. Περὶ δὲ οἰκήσεως αὐτῆς, τότε μὲν οὐδὲν διεταξάμην, μὴ εἰδὼς ποῦ μᾶλλον ἀρεστόν ἐστιν αὐτῇ διάγειν· νῦν δὲ καὶ τοῦτο βούλομαι, ὥστε, ἐν οἷῳ ἂν ἐπιλέξηται χωρίῳ, κατασκευασθῆναι αὐτῇ οἰκίαν ἐλευθερὰ πρέπουσαν, εὐσχήμονι διαγωγῇ παρθένου· ἢ περ οἰκίαν ἔξει δηλαδὴ ἀνενοχλήτως εἰς χρῆσιν καὶ καρπείαν μέχρι βίου ζωῆς, μετὰ δὲ ταῦτα ἀποκαταστήσει τῇ ἐκκλησίᾳ ("Alla reverendissima vergine Russiana, mia parente, ho ordinato che venisse data ogni anno una certa somma perché potesse vivere dignitosamente: tale somma voglio e dispongo che le sia data tutta intera, ogni anno, senza ritardi, nel modo che ho ordinato. Riguardo poi alla sua abitazione, a quel tempo non ho dato alcuna disposizione, non sapendo dove le facesse più piacere abitare; ora, però, voglio anche che sia approntata per lei, in qualsiasi luogo ella scelga, una casa degna di una persona libera, appropriata alla residenza di una vergine: restando inteso che ella avrà quella casa in usufrutto, in modo indisturbato, vita natural durante, e dopo la sua morte verrà restituita alla chiesa"). Il documento è pubblicato in *Iuris ecclesiastici Graecorum historia et monumenta*, curante I.B. Pitra, II, Romae 1868, 153-160.

la proprietà di tutti gli ambienti del piano superiore li avremo io, Claudio Tiberio Policarmo, e i miei eredi vita natural durante”)²². Particolarmente interessante è la struttura sintattica dell’epigrafe, che inizia con il nome del donatore in caso nominativo ma poi cambia repentinamente costruzione passando a una frase infinitiva (ἔχειν ἐμὲ ...): questa discordanza si può spiegare come conseguenza della giustapposizione di escerti di testo tratti da punti diversi del documento originariamente redatto dal donatore, un procedimento che si riscontra abbastanza spesso anche negli escerti di testamenti trasmessi dall’epigrafia funeraria.

Degno di nota nell’iscrizione di Policarmo è anche l’impiego del termine ἐξουσία, abituale resa greca del latino *potestas*, che nell’ambito del diritto privato assume frequentemente il senso di diritto di disporre di un bene come si desidera²³; il termine compare in diverse epigrafi funerarie dell’Asia Minore, tra cui alcune dalla stessa Ierapoli, per indicare il diritto di sepoltura²⁴, il diritto di disporre di una tomba ed eventualmente di modificarla²⁵, il diritto di denunciare eventuali violatori della tomba stessa²⁶.

Questa cursoria rassegna ci ha consentito di evidenziare l’uso di istituti giuridici tipici del diritto romano (*proprietas/dominium* e *possessio*; *usus*, *fructus* e *ususfructus*; *potestas*) in un limitato nucleo di testimonianze epigrafiche provenienti dalle province dell’Asia Minore e datate tra il I e il IV secolo d.C. La presenza di riferimenti alla sfera giuridica nell’epigrafia funeraria è da mettere in relazione con la tendenza, ben attestata in quest’area geografica, a riportare, nelle iscrizioni collocate sui monumenti, escerti tratti dalle disposizioni testamentarie dei fondatori. Da un lato possiamo

²² N. VULIĆ, *Inscription grecque de Stobi*, in *BCH*, 56, 1932, 291-298. Sulle numerose questioni ancora aperte relative a questa epigrafe, inclusa quella molto discussa della sua datazione, cf. anche, più recentemente, E. HABAS (RUBIN), *The Dedication of Polycharmos from Stobi: Problems of Dating and Interpretation*, in *JQR*, 92, 2001, 41-78; D. NOY-A. PANAYOTOV-H. BLOEDHORN, *Inscriptiones Judaicae Orientis, I: Eastern Europe*, Tübingen, 2004, 62-71, n. Mac1; J.S. KLOPPENBORG-R.S. ASCOUGH, *Greco-Roman Associations: Texts, Translations, and Commentary, I: Attica, Central Greece, Macedonia, Thrace*, Berlin-Boston, 2011, 340-345, n. 79.

²³ Cf. in proposito L. ROBERT, *Hellenica* XIII, cit., 196.

²⁴ W. JUDEICH, *Inscripfen*, in *Altertümer von Hierapolis*, hrsg. von C. Humann, C. Cichorius, W. Judeich, F. Winter, Berlin, 1898, 67-202, in particolare 116, n. 141, ll. 4-5: μηδενὸς ἑτέρου ἔχοντος ἐξουσίαν κηδεύεσθαι. W. JUDEICH, *Inscripfen*, cit., 172-173, n. 339 (T. RITTI, *‘Iura sepulcrorum’*, cit., 596, n. 42), ll. 6-7: οὐδενὶ ἐξέσται ἐπιθεῖναι ἐπὶ τὸν βωμὸν ἑτέραν σορόν, ἐκτὸς εἰ μὴ ζῶντος τοῦ Ἀπολλιναρίου κατὰ συνχώρησιν τοῦ ἐπιθεῖναι ἐξουσίαν λάβῃ.

²⁵ W. JUDEICH, *Inscripfen*, cit., 153, n. 269, ll. 2-3: ἔχ[ε]ιν δὲ [ἐ]ξου<σ>ίαν τῆς σοροῦ Ἀλέσανδρον (!) καὶ Γλύκωναν καὶ Ἀγφινανὸν τὰ τέκνα αὐτοῦ.

²⁶ W. JUDEICH, *Inscripfen*, cit., 172-173, n. 339 (T. RITTI, *‘Iura sepulcrorum’*, cit., 596, n. 42), ll. 5-6: ἐξουσίαν ἔχοντος παντὸς τοῦ βουλομένου ἐκδικεῖν.

notare che la terminologia greca utilizzata per tradurre questi istituti giuridici si ritrova anche nelle fonti legislative e giurisprudenziali della stessa epoca; ciò indica che i cittadini di madrelingua greca che, nei loro testamenti, impiegavano concetti del diritto romano erano ben informati sulle traduzioni 'ufficiali' di questi istituti giuridici utilizzate dall'amministrazione imperiale. D'altro canto, però, bisogna rilevare che il numero di iscrizioni in cui è attestato l'impiego di tali istituti giuridici è estremamente ridotto, se comparato alla vasta mole di epigrafi funerarie pervenuteci dalle città dell'Asia Minore in epoca imperiale, molte delle quali contengono escerti di testamenti. Ciò significa che la maggior parte dei provinciali di madrelingua greca non redigeva le proprie disposizioni testamentarie impiegando concetti giuridici tipici del diritto romano, nonostante una loro traduzione in greco fosse disponibile. È importante notare che la concessione della cittadinanza romana a tutti i provinciali a seguito della *Constitutio Antoniniana* del 212 non sembra aver comportato una sostanziale modifica delle abitudini testatorie ed epigrafiche degli abitanti dell'Asia Minore; tale osservazione, del resto, è in accordo con quanto la dottrina ha riconosciuto attraverso l'analisi dei rescritti imperiali, nei quali si riscontra, ancora all'inizio del IV secolo, l'impegno del legislatore a scoraggiare l'impiego delle norme giuridiche locali, ancora vitali nell'ambito del diritto privato²⁷.

²⁷ Si vedano in proposito i contributi raccolti nella sezione *Diritto e organizzazione giudiziaria* del volume *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. ECK-S. PULIATTI, Pavia, 2018, 285-619.

CHIARA GALLIGANI

QUALCHE SPUNTO DI RIFLESSIONE SUL FEDECOMMESSO NELLA GIURISPRUDENZA TOSCANA AL TEMPO DEL *CODE CIVIL DES FRANÇAIS*

SOMMARIO: 1. Il ruolo del fedecommesso nella successione *mortis causa*. – 2. Il crepuscolo del fedecommesso in Toscana. Le riforme Settecentesche. – 2.1. La legislazione napoleonica. – 3. Il fedecommesso nei verbali di udienza della Corte di Appello di Firenze.

1. *Il ruolo del fedecommesso nelle successioni mortis causa*

Il fenomeno della successione a causa di morte ha assunto nelle varie esperienze giuridiche caratteristiche e dimensioni diverse.

Tali mutamenti sono dovuti principalmente alle eterogenee realtà sociali, politiche ed economiche che si sono succedute nelle varie epoche. Basti pensare al mutamento che la ricchezza ha avuto nel tempo trasformandosi da fattore individuale a fattore prevalentemente collettivo: nel periodo basso medievale e moderno, diversamente da oggi, i patrimoni più cospicui appartenevano a singoli individui ed erano appannaggio delle classi più elevate. Non solo, nello stesso tempo è andato modificandosi profondamente anche il contenuto delle ‘eredità’: mentre una volta assumevano importanza quasi esclusivamente gli immobili, attualmente rivestono grande rilievo anche i cespiti mobiliari quali, ad esempio, gli strumenti di investimento, le partecipazioni in società, ma anche gli oggetti di arredamento: quadri, suppellettili, monili. Per non parlare poi del fenomeno della contrazione dell’antica famiglia patriarcale e la maggiore facilità di sfaldamento della stessa famiglia nucleare – costituita dai genitori e dai figli – che hanno mutato le vicende successorie che prima solo eccezionalmente assumevano direzioni extrafamiliari e che oggi, invece, appaiono fortemente influenzate dalla minore compattezza della «società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29 Cost.). Da non trascurare, infine, l’importanza che sono andati sempre più assumendo istituti di ‘nuova generazione’ che, pur ricollegandosi alla morte dell’individuo, sono del tutto indipendenti dalla succes-

sione nell'eredità del *de cuius* come, ad esempio, il ricorso ormai abituale alla stipulazione di contratti di assicurazione sulla vita al fine di garantire risorse ai familiari superstiti dell'assicurato, la disciplina sulla reversibilità delle pensioni e le regole sulla liquidazione ai supersiti delle indennità dovute al lavoratore defunto.

Tutti questi cambiamenti, responsabili dei sostanziali mutamenti nella disciplina delle successioni *mortis causa*, in realtà hanno cercato di dare risposta a quell'unica esigenza che, da sempre, è stata legata all'evento della morte dell'individuo, ovvero la necessità che un patrimonio non restasse privo di titolare. Una esigenza costante che ogni esperienza giuridica – da quella romana fino alla nostra – ha cercato di soddisfare con soluzioni profondamente diverse tra loro e che ogni ordinamento ha fatto proprie in base a valutazioni di carattere politico, economico e sociale capaci di contentare i molti interessi che nel tempo sono pian piano emersi: quello dell'ereditando, quello dei suoi familiari, quello degli eventuali creditori ed infine quello dello Stato.

Tra queste soluzioni sicuramente possiamo includere il fedecommesso, un istituto giuridico risalente al diritto romano ma che ebbe grande diffusione nei diversi Stati che componevano l'Italia a partire dal Sedicesimo secolo. Nato per aggirare i divieti imposti dall'ordinamento romano in materia successoria¹, in età medievale e moderna il fedecommesso divenne lo strumento più diffuso per la conservazione dell'intera ricchezza familiare: ricorrendo ad esso il patrimonio poteva trasmettersi secondo un ordine determinato dal testatore, senza che i successori avessero la possibilità di alienarlo in tutto o in parte. In questo modo tutti i beni della famiglia rimanevano uniti, indivisi ed inalienabili: l'erede prescelto, infatti, diventava titolare di ogni sostanza, ma contemporaneamente era obbligato a non vendere nulla, a consegnare integro il patrimonio – destinato, potenzialmente, solo ad accrescersi – per la generazione successiva. Il patrimonio era della famiglia, della casa, e doveva essere mantenuto il più possibile inalterato insieme con il titolo nobiliare e lo stemma del casato. La pratica di questo tipo di trasmissione ereditaria delle sostanze familiari rappresentava un momento fondamentale

¹ Sul fedecommesso nel diritto romano si vedano per tutti B. BRUGI, voce *Fedecommesso* (*dir. rom.*), in *Dig. it.*, XI, 1, Torino, 1895, 588 ss.; R. TRIFONE, voce *Fedecommesso* (*dir. rom.*), in *Nuovo dig. it.*, V, Torino, 1938, 999 ss.; R. TRIFONE, voce *Fedecommesso* (*dir. rom.*), in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 188 ss.; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889; F. MILONE, *Il fedecommesso romano nel suo svolgimento storico*, Napoli, 1896; R. TRIFONE, *Il fedecommesso. Storia dell'istituto in Italia*, Napoli, 1914; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, 475 ss.; P. VOCI, voce *Fedecommesso* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 103 ss.; A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991, 99 ss.

nell'acquisizione di un'immagine familiare come gruppo unitario nel tempo ed un elemento qualificante dell'identità gentilizia.

Tali risultati si adeguavano molto bene alla struttura economica e sociale della società Cinque-Seicentesca anche se molti furono i danni provocati dall'istituto a livello economico, politico e sociale. Oltre ad essere motivo di frequenti liti familiari, il fedecommissio rappresentava innanzitutto un vero ostacolo alla libera circolazione dei beni ed alla loro commerciabilità, con conseguente danno alla pubblica ricchezza ed all'agricoltura². Per far fronte a detti inconvenienti, in Toscana, già alla fine del XVI secolo, prese avvio una politica restrittiva sulle sostituzioni fedecommissarie che alla fine del Settecento porterà alla loro abolizione.

Con il movimento delle nuove idee settecentesche, molti filosofi, economisti e giuristi si schierarono contro l'istituto aprendo un importante dibattito al quale non rimase insensibile la maggior parte dei principi illuminati ed in particolare il Granduca Pietro Leopoldo che ordinò lo scioglimento di tutti i fedecommissi già istituiti ed il divieto di istituirne dei nuovi. La politica di questo sovrano, ispirata al principio della piena libertà ed uguaglianza successoria, come vedremo nelle prossime pagine, continuò ad essere portata avanti anche nel periodo napoleonico durante il quale il divieto delle sostituzioni fedecommissarie sancito dal Code civil des Français fu applicato

² Sull'evoluzione del fedecommissio nel diritto medievale e moderno si vedano per tutti F. FORTI, *Libri due delle istituzioni di diritto civile accomodate all'uso del Foro*, Firenze, 1863; B. BRUGI, voce *Fedecommissio* (dir. interm.), in *Dig. it.*, cit., 623 ss.; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, IV, *Storia del diritto privato*, Torino, 1893, 151 ss.; R. TRIFONE, *Il fedecommissio*, cit.; L. TRIA, *Il fedecommissio nella legislazione e nella dottrina dal XVI secolo ai giorni nostri*, Milano, 1945; M. CARAVALE, voce *Fedecommissio* (dir. interm.), in *Enc. dir.*, cit., 109 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Sul fedecommissio nella Lombardia teresiana*, in *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, III, Bologna, 1982, 807 ss. (ora con il titolo *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, 439 ss.); G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, V, *La famiglia*, Milano, 1988, 3 ss.; M. PICCIALUTI, *L'immortalità dei beni. Fedecommissi e primogeniture a Roma nei secoli XVII e XVIII*, Roma, 1999; C. BONZO, *Dalla volontà privata alla volontà del principe. Aspetti del fedecommissio nel Piemonte sabauda settecentesco*, Torino, 2007; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, I, Napoli, 2002; F. TREGGIARI, *La fiducia testamentaria prima dei codici*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 66 (2015): *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico comparatistico*, a cura di M.L. BICCARDI), 261 ss. Sul fedecommissio come istituto di conservazione delle famiglie: L. GAMBINO, *Il substrato socio-culturale del fedecommissio familiare*, in *La nuova critica*, 27-28, 1971, 143 ss.; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, 2002; S. CALONACI, *Dietro lo scudo incantato. I fedecommissi di famiglia ed il trionfo della borghesia fiorentina (1400 ca.-1750)*, Firenze, 2005; G. ROSSI, *I fedecommissi nella dottrina e nella prassi giuridica di ius commune tra XVI e XVII secolo*, in *La famiglia nell'economia europea. Secc. XIII-XVIII*, a cura di S. CAVACIOCCHI, Firenze, 2009, 175 ss.; C. BONZO, «Comandare oltre la morte» (L.A. Muratori): *gli ultimi due secoli del fedecommissio in Italia*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, cit., 274 ss.

in maniera molto rigorosa e dove, attraverso lo studio della giurisprudenza della Corte di Appello toscana, emerge chiaramente l'atteggiamento di ostilità nei confronti di questa fattispecie ormai «di vecchi tempi»³.

2. *Il crepuscolo del fedecommissario in Toscana: le riforme Settecentesche*

Per poter capire pienamente la posizione della giurisprudenza toscana nel periodo napoleonico in materia di fedecommissario, è necessario ripercorrere quelle che furono le tappe più importanti della legislazione granducale sull'istituto. Molti, infatti, sono i richiami che la Corte di appello fiorentina farà a detta normativa.

Dopo i dispacci del granduca Cosimo I⁴, in terra toscana, il primo significativo intervento in materia fedecommissaria si ebbe con Francesco Stefano di Lorena che, allo scopo di allentare i vincoli della proprietà e dare una scossa all'istituto, con la legge del 22 giugno 1747, circoscrisse l'efficacia dei fedecommissi già esistenti e sottopose a numerose condizioni l'istituzione di nuovi⁵.

Le limitazioni introdotte furono molte e riguardarono le persone, l'oggetto, la durata⁶; inoltre furono previste nuove disposizioni sulla pubblicità⁷, sulla tutela dei terzi⁸ e sul modo di interpretare e di supplire la tacita volontà

³ L'espressione fu utilizzata Ludovico Antonio Muratori nella sua opera *Della pubblica felicità, oggetto de' buoni principi*, Lucca, 1749, 103.

⁴ Cosimo I dei Medici intervenne in materia fedecommissaria con due provvedimenti: la legge, detta Polverina (perché suggerita dall'auditore fiscale Iacopo Polverini), dell'11 marzo 1548 e la provvisione del 14 dicembre 1569; cfr. L. CANTINI, *Provvisioni dell'Archivio pubblico della città e stato di Firenze del dì 14 dicembre 1569 ab incarnatione*, VII, Firenze, 1803, 158 ss.

⁵ Il testo del provvedimento si può leggere in L. CANTINI, *Legislazione toscana raccolta e illustrata da Lorenzo Cantini*, XXV, 362 ss.; ed anche in L.A. MURATORI, *Della pubblica felicità*, cit., 105 ss. In questo modo, Francesco Stefano cercò di dar voce a coloro che chiedevano un intervento restrittivo nei confronti delle sostituzioni fedecommissarie da parte dello Stato. Sul dibattito dottrinario Sei-Settecentesco in materia fedecommissaria cfr. C. GALLIGANI, *Il tramonto del fedecommissario nel Granducato di Toscana. Una prima ricognizione dell'istituto nella legislazione sette-ottocentesca*, in *Historia et ius*, 6, 2014, paper 4, 1 ss., in particolare, 3 ss.

⁶ Il diritto di istituire fedecommissi fu riconosciuto solo ai nobili, con un'estensione non oltre i quattro gradi (enumerati per capita senza comprendervi l'erede istituito), ed esclusivamente su beni immobili, su luoghi di monte dello Stato e, solamente previo permesso del sovrano, su raccolte di cose rare e preziose. Legge 22 giugno 1747, cit., §§ 1-7.

⁷ Legge 22 giugno 1747, cit., §§ 10-14.

⁸ Legge 22 giugno 1747, cit., §§ 23-25.

del disponente⁹, di argomentare sulla sua volontà espressa¹⁰, di calcolarne e valutarne i diversi mezzi di prova¹¹. Venne così imposta per legge l'interpretazione restrittiva dei fedecommissi con il preciso intento di arginare la moltitudine di interpretazioni fornite dalla giurisprudenza, nel tentativo di ricostruire ed interpretare la volontà del defunto (che nel diritto comune imperava) e di limitare la moltitudine di liti, cui le sostituzioni fedecommissarie davano occasione ormai da lungo tempo. Infine, il provvedimento ammise anche la possibilità di alienare o ipotecare i beni oggetto di fedecommissio o primogenitura, sia ascendenti o trasversali¹².

Nonostante le molte restrizioni introdotte, la legge di Francesco Stefano non riuscì, però, ad intaccare il sistema vigente, limitandosi a correggere solo le disfunzioni più vistose.

Un pieno rinnovamento si avrà con il figlio e successore Pietro Leopoldo che riuscì a dare una svolta più decisiva alla materia¹³. Il nuovo Granduca, grazie alla sua formazione ispirata ai principi del razionalismo e dell'illuminismo, in materia fedecommissaria emanò due provvedimenti. Il primo è il motuproprio del 14 marzo 1782 con il quale, al fine di favorire la libertà dei beni, fu ordinato lo scioglimento di tutti i fedecommissi dividui, costituiti e costituendi, le cui porzioni di beni erano state svincolate per gli avvenuti passaggi nei quattro gradi prescritti dalla legge del 1747, fatto salvo il diritto quesito delle quote dei fedecommissi (ancora esistenti secondo la legge citata) dei chiamati viventi al momento della promulgazione della legge; il secondo è la famosa legge del 23 febbraio 1789 con la quale Pietro Leopoldo, per primo in Italia¹⁴, stabilì lo scioglimento di tutti i fedecommissi

⁹ Legge 22 giugno 1747, cit., § 19.

¹⁰ Legge 22 giugno 1747, cit., §§ 16, 18.

¹¹ Legge 22 giugno 1747, cit., § 20.

¹² Ad esempio, fu consentita la disposizione per causa di dote a favore delle figlie e delle nipoti *ex filio* dell'erede gravato (nonostante l'espressa proibizione del disponente), ed ancora per causa di alimenti necessari, per spese di risarcimenti o miglioramenti dei beni ovvero effettuate ai fini della difesa e dell'annullamento del fedecommissio e, infine, per permuta o surroga dei fondi. Legge 22 giugno 1747, cit., §§ 21, 22.

¹³ Francesco Stefano introdusse poche altre limitazioni alla fattispecie fedecommissaria con le leggi del 23 gennaio 1749 e del primo aprile 1751. La prima disposizione si può consultare in *Bandi e Ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana stampati in Firenze e pubblicati dal dì primo gennaio 1747 a tutto il mese di dicembre dell'anno 1749*, Firenze, 1750, provvedimento n. 50; la seconda in L. CANTINI, *Legislazione toscana*, cit., XXVI, 320 s.

Per completezza è da ricordare anche il rescritto sovrano dell'11 gennaio 1751 sullo scorporo dei fedecommissi trasversali per debiti del possessore; in L. CANTINI, *Legislazione toscana*, cit., XXVI, 303 s.

¹⁴ Negli altri Stati italiani, infatti, l'abolizione del vincolo si avrà solo con l'arrivo delle armate francesi che riusciranno a portare in Italia nuovi principi essenziali in materia di

già istituiti ed il divieto per qualsiasi persona, su qualunque oggetto, per qualsiasi titolo o spazio di tempo di istituirne di nuovi¹⁵.

Il provvedimento, molto ben articolato, non si limitò a sancire il divieto, ma prevede anche tutta una serie di regole volte ad evitare che l'interpretazione dei giuristi eludesse l'applicazione integrale delle disposizioni. A tal fine, fu prevista la possibilità di disporre dei propri beni solo a favore di persone già nate o concepite al momento della stipulazione, nel caso di atti tra vivi, oppure al momento della morte del disponente, negli atti *mortis causa* (fatto salvo, il rispetto dei nascituri da matrimonio certo)¹⁶; parimenti furono proibite le disposizioni fra vivi o di ultima volontà aventi per oggetto l'usufrutto, l'uso, l'abitazione totale o parziale dell'eredità o di alcuni beni, o una prestazione annua o mensile o anche l'ultimo dominio dei beni con titolo lucrativo, a favore di più generazioni o persone che non fossero tutte nate o almeno concepite¹⁷. Infine, venne sancita la nullità dei fedecommissi istituiti nei testamenti rogati prima della pubblicazione della legge ma non ancora aperti, essendo ancora in vita il testatore¹⁸.

diritto di famiglia, tra i quali il divieto del fedecommissio che darà un colpo mortale alla famiglia nobile ed ai patriziati borghesi cittadini.

¹⁵ Motuproprio 23 febbraio 1789, § 1, in *Bandi e Ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana pubblicati in Firenze dal dì 8 gennaio 1789 al dì 2 aprile 1791*, Firenze, 1791, provvedimento n. 12; ed anche in *Repertorio del diritto patrio toscano vigente ossia spoglio alfabetico e letterale delle più interessanti disposizioni legislative veglianti nel granducato in materie civili, criminali, amministrative, di regia giurisdizione, di polizia, militari, commerciali, forensi, notarili ec.*, voce *Fidecommissio*, Livorno, 1833, II, 64 s. Per un'analisi sulla riforma leopoldina dell'istituto fedecommissario cfr. anche G. POGGI, *Saggio di un trattato teorico pratico sul sistema livellare secondo la legislazione e la giurisprudenza toscana*, Firenze, 1829, I, 245 ss.; A. ZOBBI, *Manuale storico delle massime e degli ordinamenti economici vigenti in Toscana*, Firenze, 1847, 169 ss.

¹⁶ Motuproprio 23 febbraio 1789, cit., § 5 e Legge del 7 aprile 1790, in *Bandi e Ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana pubblicati in Firenze dal dì 8 gennaio 1789 al dì 2 aprile 1791*, cit.

¹⁷ Motuproprio 23 febbraio 1789, cit., § 6. Differentemente da quanto dettato dalla legge del 1751, fu previsto che, nel caso di violazione della legge, dovevano essere colpite da nullità solo le disposizioni contrarie alla normativa, rimanendo il resto dell'atto valido ed efficace (§ 8).

¹⁸ Motuproprio 23 febbraio 1789, cit., § 14.

Di fatto, il provvedimento leopoldino prevede delle eccezioni: oltre all'esclusione dal divieto delle sostituzioni volgari, delle disposizioni e dei lasciti di uso, di usufrutto o di abitazione totale o parziale di qualche eredità o di certi beni separatamente, delle sostituzioni pupillari o esemplari che continuarono «ad essere permesse nei termini stabiliti dal diritto comune o dai rispettivi statuti locali», la rigidità del provvedimento venne mitigata dal rispetto scrupoloso sia dei diritti quesiti dei chiamati e sostituiti ancora in vita al momento della pubblicazione della legge (anche se non ancora in possesso dei beni oggetto di fedecommissio), sia delle aspettative dei loro figli o figlie di primo grado, che

Grazie a questo provvedimento legislativo, la Toscana fu il primo stato ad abolire i fedecommissi, avviandosi così verso il diritto contemporaneo.

Negli anni successivi, sotto i vari governi che si succedettero in Toscana, vi furono nuovi interventi legislativi in materia fedecommissaria, tutti però molto limitati e finalizzati esclusivamente al perseguimento di interessi pubblici, nonché al risanamento dell'economia statale¹⁹.

Nonostante le deroghe determinassero una limitata sopravvivenza del fedecommissario, nel Granducato l'istituto era giunto al suo crepuscolo.

2.1. La legislazione napoleonica

La politica di Pietro Leopoldo continuò ad essere portata avanti anche nel periodo napoleonico.

Con la pace di Luneville del 9 febbraio 1801, il Granducato di Toscana venne elevato dall'imperatore Napoleone I a Regno di Etruria ed assegnato ai Borbone di Parma²⁰.

Nel 1807, con il trattato di Fontainebleau (27 ottobre), fu annesso alla Francia e sottoposto, con decreto imperiale del 12 maggio 1808, al breve Governo di una Giunta straordinaria che, soli sette mesi dopo – il 31 dicembre dello stesso anno – verrà soppressa.

Di lì a poco, lo Stato toscano divenne un Granducato immediatamente soggetto alla dominazione francese²¹, e posto sotto la reggenza della sorella di Napoleone, Elisa Baciocchi, già duchessa di Lucca e di Piombino; infine,

sarebbero potuti nascere da matrimoni già contratti prima della pubblicazione dell'editto. In quest'ultimo caso, i fedecommissi sarebbero rimasti validi per le quote appartenenti a detti soggetti, con l'unica eccezione dei casi in cui le dette sostituzioni si sarebbero dovute risolvere o purificare in tutto o in parte, secondo i disposti della legge del 22 giugno 1747 e del motuproprio del 14 marzo 1782, per il compimento dei quattro gradi. Motuproprio 23 febbraio 1789, cit., §§ 2-4, 9, 11; Rescritto del 7 aprile 1790 con notificazione del 9 aprile 1790, in *Bandi e ordini*, cit., Firenze, 1791.

¹⁹ Per un approfondimento sugli interventi legislativi in questo periodo cfr. C. GALLIGANI, *Il tramonto del fedecommissario*, cit., 12 ss.

²⁰ L'Infante Duca di Parma Ludovico Borbone, rimase al governo della Toscana fino al 1803 (anno della sua morte). A lui subentrò il figlio Carlo Ludovico, in nome del quale regnò come reggente la madre Maria Luigia di Spagna. Sul Regno di Etruria, v. A. ZOBBI, *Storia civile della Toscana dal 1737 al 1840*, III, libro VIII, cap. 7, §§ 7-10 e libro IX, Firenze, 1850, 474 ss.; F. PESENDORFER, *Ferdinando III e la Toscana in età napoleonica*, Firenze, 1986, 289 ss.; C. MANGIO, *La polizia toscana. Organizzazione e criteri d'intervento (1765-1808)*, Milano, 1988, 177 ss.; C. MANGIO, *I patrioti toscani fra "repubblica etrusca e restaurazione"*, Firenze, 1991, 373 ss.; R.P. COPPINI, *Il Granducato di Toscana dagli "anni francesi" all'unità*, Torino, 1993, 1 ss.

²¹ Senatoconsulto del 2 marzo 1809, emanato con Decreto Imperiale il 3 marzo 1809.

il 24 maggio 1808, la Toscana venne definitivamente integrata nel corpo stesso dell'Impero francese²².

Con l'annessione della Toscana alla Francia si ebbero notevoli cambiamenti sia sul piano politico-istituzionale, che su quello legislativo: la struttura costituzionale prima medicea e poi lorenese ed il diritto comune toscano, che per secoli avevano caratterizzato questo territorio, vennero interrotti, almeno formalmente, dalla codificazione napoleonica²³.

Il testo normativo del Code Napoléon entrò in vigore nei tribunali della Toscana dal primo Maggio 1808²⁴, e con successivo Decreto del 16 agosto venne abolito tutto il vecchio ordine giudiziario e sostituito con un nuovo compartimento di giustizia che riproduceva quello francese²⁵, con l'unica rilevante differenza della soppressione dell'istituto della giuria popolare ritenuto da Napoleone non adatto al carattere degli italiani²⁶. Il nuovo ordinamento giudiziario entrò in effettivo vigore il 1 ottobre 1808 (deli-

²² M. MONTORZI, *Il caso della Toscana: una terra di diritto giurisprudenziale e forense di fronte alla cultura ed alle tensioni dell'omologazione codicistica*, in M. MONTORZI, *Crepuscoli granducali. Incontri di esperienza e di cultura giuridica in Toscana sulle soglie dell'età contemporanea*, Pisa, 2006, 147 ss., in particolare 149 ss.

²³ Sulle conseguenze politico-istituzionali della dominazione e della legislazione francese in Toscana e nella penisola italiana si vedano per tutti P. DEL GIUDICE, *Fonti: legislazione e scienza giuridica dal secolo decimosesto ai giorni nostri*, in *Storia del diritto italiano*, Firenze, 1969, II, 145 ss.; M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Torino, 2007, 113 ss.; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, 12^a ed., Bari, 2008, 132 ss.; M. MONTORZI, *Il caso della Toscana*, cit.

²⁴ Così fu sancito il 20 marzo 1808 dalla Giunta straordinaria di Toscana, in esecuzione del decreto Imperiale del 19 febbraio dello stesso anno; cfr. C. MASI, *I codici francesi nella Toscana napoleonica*, in *Bollettino Storico Livornese*, 1954, 254 ss., in particolare 255, ove si legge anche la trascrizione del processo verbale della pubblicazione del Codice Napoleone.

²⁵ Il decreto della Giunta del 16 agosto 1808, aboliva tutti «i tribunali civili, criminali e di polizia [...] e ogni altra autorità rivestita da qualsivoglia legge di Toscana del potere giudiziario, sia civile o criminale o di polizia; [...] ogni diritto di giurisdizione temporale attribuita al Sacro collegio, ai vescovi, capitoli e altre corporazioni ecclesiastiche; [...] tutte le corporazioni d'ufficiali legali, tutti i collegi di avvocati e tutte le istituzioni di similnatura (*sic!*) che servano all'istruzione e alla prosecuzione degli affari presso i tribunali attuali». In *Bollettino delle leggi e decreti imperiali e deliberazioni della Giunta di Toscana pubblicate nei dipartimenti dell'Arno, dell'Ombro e del Mediterraneo*, Firenze, III, 11.

²⁶ Nelle diverse sedi di giudicatura furono istituiti gli uffici del Giudice di Pace, i Tribunali di Prima Istanza, i Tribunali di Commercio, le Corti di Appello ed alcuni tribunali competenti per i reati militari, di natura politica o di particolare gravità. Al vertice stava la Corte di Cassazione, con sede a Parigi, che giudicava, in estrema istanza, senza entrare nel merito, solamente su vizi di forma o violazione di legge; cfr. *Bollettino delle leggi e decreti imperiali*, cit., III, 79; M. MONTORZI, *Il caso della Toscana*, cit., 151; M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative*, cit., 121.

berazione del 5 settembre 1808)²⁷, mentre i giudici erano già stati scelti dalla Giunta, nella seduta del 26 agosto dello stesso anno²⁸, attraverso una selezione che, come ha osservato Mario Montorzi, «si risolse piuttosto nella conferma, almeno nella massa delle terminazioni periferiche dell'apparato, del preesistente personale giudiziario»²⁹.

Molte furono le novità introdotte dal Code civil, soprattutto in materia di diritto successorio nell'ambito del quale, più che in altri settori privatistici, vennero concretizzati i principi di libertà ed uguaglianza affermati dalla Rivoluzione³⁰. Lo stesso avvenne per le sostituzioni fedecommissarie delle quali l'art. 896 prevede l'abolizione, sanzionando con la nullità qualsiasi disposizione *inter vivos* e *mortis causa* che le avesse contenute. Il divieto codicistico, che di fatto fu meno drastico di quanto possa sembrare, venne applicato in Toscana in maniera rigorosa.

La Giunta straordinaria, difatti, nella seduta dell'11 luglio 1808³¹, richiamando gli articoli 3 e 896 del Codice, decretò la pubblicazione delle leggi francesi del 25 ottobre e del 14 novembre 1792 che sancivano il divieto assoluto di costituzione dei fedecommissi, senza alcun rispetto per i diritti quesiti³².

Nello Stato toscano, in questo modo, sulla base del principio *leges posteriores ad priores pertineant nisi contrariae sint*, furono revocati sia l'art. 897 del Codice, che ammetteva la possibilità di istituire fedecommissi di primo

²⁷ *Bollettino delle leggi e decreti imperiali*, cit., III, 187 ss.

²⁸ *Bollettino delle leggi e decreti imperiali*, cit., III, 171.

²⁹ M. MONTORZI, *Il caso della Toscana*, cit., 151.

³⁰ E. MONGIANO, *Patrimonio e affetti. La successione legittima nell'età dei codici*, Torino, 1999, 3 ss.; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., 110 ss. Sulla disciplina successoria napoleonica e le sostituzioni fedecommissarie si veda tra gli altri J.L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996, 30 ss.; A. COLIN, *Le droit de succession dans le Code civil*, in *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, 1904 [rist. an. Paris 2004], 295 ss. Sulla formazione di alcune delle norme destinate a confluire nel codice si veda il progetto analizzato da S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean- Baptiste Target (1789-1799)*, Milano, 1998, in particolare per la materia successoria, 314 s., e per le sostituzioni fedecommissarie, 315.

³¹ Deliberazione della Giunta di Toscana degli 11 luglio 1808. In *Bulletin des lois. Bollettino contenente le deliberazioni della Giunta di Toscana durante il periodo dell'annessione all'impero francese*, Firenze, 1808, I, bollettino n. 7.

³² Unica eccezione fu fatta per il chiamato al fedecommissario già nato che avesse ricevuto il beneficio della sostituzione: in questo caso il fedecommissario si sarebbe conservato durante il corso della sua vita senza, però, trasmissione ai suoi eredi. La soppressione dei fedecommissi venne chiesta dagli Stati generali nei loro cahiers; cfr. B. BRUGI, *Fedecommissario (diritto intermedio)*, cit., 645; *Lois et actes du gouvernement*, VI, Parigi, 1807, 119 s. e 123; *Bulletin des lois*, cit., I, bollettino n. 7.

grado³³, sia il decreto imperiale del primo marzo 1808, che in esecuzione del 14 agosto 1806³⁴, rese ereditari i titoli nobiliari in ragione della costituzione di maggiorascati³⁵, distinguendoli in *majorats de propre mouvement* e *majorats sur demande*³⁶. Tutte eccezioni che in Francia, di fatto, andarono ad annullare quasi completamente il divieto di sostituzioni ma che non riuscirono ad avere vigore in Toscana, dove diversamente da altre provincie italiane³⁷, venivano in questo modo spazzati via tutti i privilegi

³³ Art. 897. «Sono eccettuate dall'articolo precedente le disposizioni permesse nel capo VI di questo titolo, ai genitori, ai fratelli ed alle sorelle». In particolare, secondo il disposto dell'art. 1048, il padre e la madre potevano *donnés* i propri beni, con atti *inter vivos* o *mortis causa*, ai loro figli con l'obbligo di restituzione a favore di tutti i loro discendenti nati e da nascere di primo grado. In caso di morte senza figli, la disposizione poteva essere fatta nei confronti dei fratelli o delle sorelle e, in questa ipotesi, l'obbligo di restituzione era a vantaggio di tutti i loro discendenti, di primo grado, nati e da nascere (art. 1049). Se il gravato di restituzione a favore dei figli moriva lasciando figli di primo grado e discendenti di un figlio premorto, questi ultimi avrebbero percepito quanto dovuto al loro padre per diritto di rappresentazione (art. 1051).

³⁴ Senatoconsulto del 14 agosto 1806, in *Bulletin des lois de l'Empire Français*, serie IV, IV, *Bulletin des lois* n. 112, provvedimento n. 1823, Paris, Janvier 1807, 429 ss.; mentre il Décret Imperial concernant les Majorats, au palais des Tuileries, le 1er Mars 1808, si trova in *Bulletin des lois de l'Empire Français*, serie IV, VIII, *Bulletin des lois* n. 186, provvedimento n. 3207, Paris, Août 1808, 180 ss. Entrambi i provvedimenti si possono leggere anche in P.A. MERLIN, *Dizionario universale ossia ragionato di questioni di giurisprudenza e questioni di diritto. Versione italiana di una società di avvocati sotto la direzione dell'avvocato Filippo Carillo*, voce *Maïorasco*, VIII, Venezia, 1838, 362 ss.

³⁵ «La nécessité de conserver dans les familles les biens affectés au maintien des titres, impose l'obligation de les excepter du droit commun, et de les assujettir à des règles particulières qui, en même temps qu'elles en empêcheront l'aliénation ou le démembrement, préviendront les abus, en donnant connaissance à tous nos sujets de la condition dans laquelle ces biens sont placés». Décret Imperial concernant les Majorats, au palais des Tuileries, le 1er Mars 1808, in *Bulletin des lois*, cit.; ed anche in P.A. MERLIN, *Dizionario universale*, cit., 362 ss.

Il Metternich, nelle sue *Mémoires documents et écrits divers*, dopo aver citato alcuni esempi della munificenza di Napoleone nei confronti dei marescialli, dei generali, e della guardia imperiale, indica come obiettivo perseguito dall'imperatore la creazione di una "nouvelle noblesse": "En effet, l'Empereur a l'intention de rattacher à son trône un grand nombre de citoyens par la création de titres héréditaires, par la concession de fiefs et par l'établissement de majorats dans les familles"; in R. METTERNICH, *Mémoires documents et écrits divers*, Paris, 1880, I, 298 ss.

³⁶ Décret Imperial concernant les Majorats, au palais des Tuileries, le 1er Mars 1808, in *Bulletin des lois*, cit., titolo II, sezione I, artt. 25-34. Sulla legislazione francese del periodo in materia di fedecommesso v. per tutti J.L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*, cit., 111 ss.

³⁷ Come ad esempio Napoli ed il Piemonte dove venne ammessa la costituzione di maggiorascati; cfr. Legge 21 dicembre 1809, in *Bullettino delle leggi del Regno di Napoli. Anno 1809 da luglio a tutto dicembre*, 2^a ed., provvedimento 522, Napoli, 1813, 1096 ss.;

ed i diritti in materia di fedecommesso sopravvissuti alla legislazione leopoldina ed ai governi successivi³⁸.

In realtà, nonostante la bibliografia 'tradizionale', si fermi a questi provvedimenti, l'attività legislativa anche in Toscana non si arrestò qui: nei mesi di ottobre e di dicembre dello stesso anno, la Giunta ratificò due decreti imperiali del 24 giugno 1808 concernenti i diritti di registrazione e di trascrizione dei maggiorascati e l'istruzione delle domande ad essi relative³⁹. Non solo, anche nel periodo della reggenza della principessa Elisa⁴⁰, altre disposizioni a tutela dell'istituto furono emanate dall'imperatore, come ad esempio l'avviso del Consiglio di Stato del 30 gennaio 1811 sull'amministrazione dei beni oggetto di maggiorascato in pendenza della minore età del titolare⁴¹; il Decreto Imperiale dell'11 giugno 1811 sulla sede dei beni oggetto di maggiorascati⁴², un altro del 24 agosto 1812 sulla pensione a favore delle vedove dei titolari di maggiorascati⁴³, ed infine varie altre disposizioni sui maggiorascati istituiti sul domaine extraordinaire⁴⁴.

per il Piemonte si veda il Settimo statuto costituzionale sui titoli e maggioraschi del Regno e relativo decreto entrambi del 21 settembre 1808. Questi due testi si possono leggere in *Bollettino delle leggi del Regno d'Italia. Anno 1808 dal primo giugno al 31 dicembre 1808*, parte II, provvedimenti 300 e 301, Milano, 1809, 824 ss.

³⁸ Durante il periodo napoleonico furono aboliti anche i fedecommessi aventi ad oggetto i luoghi di Monte. Questi ultimi, infatti, rientrando nel programma di liquidazione del debito pubblico, furono rimborsati su ordine di Napoleone; cfr. A. ZOBÌ, *Storia civile della Toscana*, II, cit., libro IX, cap. 10, § 6, 704 ss.; R.P. COPPINI, *Il Granducato di Toscana*, cit., 129 ss.

³⁹ Deliberazione della Giunta Straordinaria di Toscana, seduta del 24 ottobre 1808, in *Bulletin des lois*, cit., X, bollettino n. 93; e Deliberazione della Giunta Straordinaria di Toscana, seduta del 12 dicembre 1808, in *Bulletin des lois*, cit., XII, bollettino n. 111.

I due provvedimenti di Napoleone del 24 giugno 1808 descrivono in maniera puntuale e precisa i requisiti formali necessari per gli atti costitutivi dei maggiorascati previsti dal senatoconsulto del 14 agosto 1806 e dal decreto del 1° marzo 1808; cfr. P.A. MERLIN, *Dizionario universale*, cit., 569 s.

⁴⁰ La principessa Elisa ebbe una relativa autonomia nel governo statale, che veniva esercitato sotto l'occhio della vigile burocrazia imperiale; cfr. R.P. COPPINI, *Il Granducato di Toscana*, cit., 97 ss.

⁴¹ In *Bulletin des lois de l'Empire Français*, serie IV, XIV, *Bulletin des lois* n. 349, Paris, Juillet 1811, provvedimento n. 6505.

⁴² In *Bulletin des lois de l'Empire Français*, serie IV, XIV, *Bulletin des lois* n. 375, provvedimento n. 6914.

⁴³ In *Bulletin des lois de l'Empire Français*, serie IV, XVII, *Bulletin des lois* n. 447, Paris, Janvier 1813, provvedimento n. 8210.

⁴⁴ Nello specifico: Decreto Imperiale del 14 ottobre 1811 in *Bulletin des lois de l'Empire Français*, serie IV, XV, *Bulletin des lois* n. 398, Paris, Janvier 1812, provvedimento n. 7377; Decreto Imperiale del 22 dicembre 1812, in *Bulletin des lois de l'Empire Français*, serie XVII, *Bulletin des lois* n. 457, Paris, Janvier 1813, provvedimento n. 8421; Decreto Imperiale del 4 luglio 1813, in *Bulletin des lois de l'Empire Français*, XIX, *Bulletin des lois* n. 511, Paris,

Questa ulteriore attività normativa potrebbe far pensare ad una reintroduzione anche nel Granducato – ormai a tutti gli effetti parte dell'Impero – del fedecommissario o delle sue due specie della primogenitura e del maggiorascato⁴⁵. Di fatto, queste disposizioni nel territorio toscano rimasero lettera morta: la prassi, infatti, continuò a portare avanti la politica fedecommissaria adottata da Pietro Leopoldo, che aveva sancito il divieto di istituire fedecommissi, primogeniture e maggiorascati per tutte le classi sociali. A differenza di Napoleone, per il Granduca illuminato, non sussisteva alcun motivo di rilevanza politica che giustificasse in capo alla nobiltà il privilegio di istituire fedecommissi per la sua conservazione: una nobiltà immobile con grandi ricchezze territoriali, sempre uguali e costanti, altro non era che il risultato di un vecchio pregiudizio nonché una illusione. La costituzione dei fedecommissi doveva essere vietata nei confronti di tutti, al fine di favorire la prosperità del commercio e dell'agricoltura dello Stato⁴⁶.

In questo modo, nel Granducato, i principi di libertà e di uguaglianza successoria fatti propri dalla Rivoluzione francese trovarono maggior riscontro che in Francia.

3. *Il fedecommissario nei verbali di udienza della Corte di Appello di Firenze*

Un'importante testimonianza di questo atteggiamento di chiusura della prassi toscana alla reintroduzione del fedecommissario nel Granducato è data dai verbali e dai provvedimenti⁴⁷ delle udienze della Corte di Appello (in seguito Corte Imperiale) di Firenze⁴⁸. Se ci inoltriamo nella lettura di

Janvier 1814, provvedimento n. 9419; Decreto Imperiale dell'11 novembre 1813, *Bulletin des lois de l'Empire Français*, XIX, *Bulletin des lois* n. 537, provvedimento n. 9867.

⁴⁵ Sulla distinzione tra primogenitura e maggiorascato quali specie del fedecommissario, mi permetto di rinviare a C. GALLIGANI, *L'ordine delle famiglie. I consorzi gentilizi nella Lucca del seicento tra maggiorascato e primogenitura*, Pisa 2009, nello specifico 9 ss.

⁴⁶ G. POGGI, *Saggio di un trattato teorico pratico*, cit., 244 s.

⁴⁷ Fino all'udienza del 13 maggio 1809, tutti i verbali ed i provvedimenti furono redatti in due lingue: francese e italiano. I provvedimenti a volte culminano in un atto decisivo e definitivo, avente forza e forma di sentenza, altre volte formalizzano in un semplice verbale solo la decisione 'provvisoria' con il rinvio delle parti ad una udienza successiva. Nel registro non viene fatta differenza formale tra deliberato definitivo e deliberato provvisorio.

⁴⁸ La Corte Imperiale assunse le competenze della Corte di Appello nel 1811 e le continuerà a svolgere fino alla Restaurazione. La Corte di Appello, poi Corte Imperiale, si componeva di un primo presidente, un presidente e ventidue giudici, coadiuvati da sei auditori, da un procuratore generale (poi imperiale), un sostituto ed un cancelliere. In sede

questi documenti ⁴⁹, ci accorgiamo che i giudici di merito che si alternarono nell'esercizio della funzione giurisdizionale – probabilmente perché come sopra riportato le persone rimasero quelle del preesistente apparato amministrativo –, furono molto attenti e fortemente legati al divieto di fedecommissio introdotto dalla legislazione granducale e confermato dalla nuova normativa francese.

Del resto, la stanchezza dell'istituto si percepisce chiaramente sia dal contenuto dei verbali molto scarni e privi di allegazioni dottrinali e giurisprudenziali, sia dall'oggetto del contendere, ormai ridotto a solo due aspetti della fattispecie successoria: lo scorporo dei beni e la purificazione del vincolo.

Così, a titolo di esempio, nel procedimento che oppose il chiamato al fedecommissio (il possidente fiorentino signor Alamanno Da Filicaia) alla massa dei creditori del fu Conte Camillo Martini (erede gravato), ove la Corte venne chiamata a pronunciarsi sulla validità dello scorporo dei beni fedecommissari, alienati per il soddisfacimento dei debiti del Conte.

In primo grado, evidentemente, il Da Filicaia aveva tentato di far dichiarare l'esistenza del fedecommissio, proponendo domanda rivolta ad ottenere l'invalidità dello scorporo autorizzato al Conte Martini con sentenza 26 settembre 1800, e sanzionato, come richiesto dal diritto comune, con sovrano rescritto. La domanda non fu accolta, ed il Da Filicaia, soccombente, decise di proporre appello contro la sentenza, citando in giudizio i creditori che avevano beneficiato di quanto ricavato dall'alienazione dei beni scorporati.

La Corte, con provvedimento «enregistré à Florence le 26 Juin 1809» ⁵⁰, rigettò l'appello, riconobbe pieno effetto alla sentenza del soppresso Magistrato Supremo di Firenze del dì 23 settembre 1808, e condannò l'appellante alle spese del giudizio.

Le argomentazioni addotte dal collegio giudicante, molto sintetiche e sommarie, si basano su due considerazioni: la prima, che la sopravvenienza di beni liberi fa resistenza agli scorpori sussidiari non ancora consumati, ma non anche a quelli assoluti e facoltativi rispetto ai quali, perché la proprietà

giudicante, le sentenze dovevano essere emesse da almeno sette giudici. Ad essa pervenivano gli appelli contro le sentenze civili dei Tribunali di Prima Istanza e di quelli di Commercio dei dipartimenti dell'Arno, dell'Ombrone e del Mediterraneo. Inoltre, la Corte aveva giurisdizione nelle materie ad essa demandate dal codice di procedura civile e dalle leggi e ordini emanati dall'Imperatore; cfr. *Bollettino delle leggi e decreti imperiali*, cit., III, 59 ss.

⁴⁹ I documenti analizzati si riferiscono all'attività svolta dalla Corte negli anni dal 1809 al 1811; in realtà lo spoglio avrebbe dovuto riguardare anche il periodo successivo (1812-1814), ma ciò non è stato possibile in quanto i pezzi archivistici non sono consultabili, a causa dei danni riportati a seguito dell'alluvione del secolo scorso. ASFi, *Corte d'Appello*, 26, 27 e 28, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anni 1809, 1810, 1811.

⁵⁰ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 110, c. 244r.

possa dirsi obbligata, «basta il volere del concedente o la determinazione del facoltatario esternata con atti positivi capaci di denotare che l'animo suo fu quello di valersi dei beni scorporabili a pro dei creditori»⁵¹. La seconda, che la morte dell'erede gravato, sopravvenuta prima della totale consumazione dello scorporo, non comporta alcuna alterazione e variazione dell'obbligazione contratta in quanto, nel caso presente, vi è una dichiarazione di animo del *de cuius* «bastante a somministrare ai creditori medesimi un gius quesito» sopra i beni affetti alla loro soddisfazione⁵².

In sostanza, potremmo dire, la questione venne risolta dalla Corte in 'fatto', senza alcun richiamo al diritto, dando forse ormai per assodata la disciplina di diritto comune che, tra i casi di alienazione dei beni oggetto di fedecommissato per il pagamento dei debiti, considerava valida quella fatta con «la deroga o dispensa del principe sovrano», purché fosse richiesta dal gravato con ferma intenzione e venisse osservata la forma della grazia e l'impiego del prezzo⁵³. Regole, queste sugli scorpori, che si erano rese sempre più necessarie per ovviare ai danni generati dal fedecommissato nei confronti dei creditori e che nel Settecento, almeno in Toscana, furono sanzionate dalla legislazione sovrana⁵⁴.

Una seconda interessante questione è quella che vide i tribunali toscani impegnati nel doversi pronunciare sopra una richiesta di scorporo di beni fedecommissari per la costituzione di dote⁵⁵.

⁵¹ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 110, c. 244r.

La Corte tornerà sull'argomento, ribadendo quanto affermato, anche nel verbale di udienza della causa Torracchi e Giacomelli (1 agosto 1810), in ASFi, *Corte d'Appello*, 27, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1810, procedimento n. 585, c. 168rv.

⁵² ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 110, c. 244r.

⁵³ «L'ultimo caso della valida alienazione sarà quello che si faccia con la deroga o dispensa del principe sovrano, ovvero di quel magistrato, il quale (secondo le leggi, o gli stili del paese) abbia in ciò la sufficiente facoltà. [...] Si dovrà vedere, se si siano narrate al principe fedelmente tutte le circostanze del fatto, o no, sicché possa cadere il dubbio del difetto dell'intenzione, il quale annulla la grazia. Come ancora, se si sia bene osservata la forma della grazia, e particolarmente circa il modo di fare l'alienazione, ovvero circa l'impiego del prezzo». Cfr. G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, libro X, cap. 31, Firenze, 1839, 120.

⁵⁴ Legge 22 giugno 1747, cit., §§ 23-25 e Rescritto 11 gennaio 1751. Quest'ultimo consultabile in L. CANTINI, *Legislazione toscana*, cit., XXVI, 303 s.

Presumibilmente nel caso di specie, detta legislazione non viene richiamata perché i debiti erano stati contratti prima del 1747.

⁵⁵ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 172, cc. nn

Il ricorso in appello fu formulato per accertare il diritto di scorporo, sopra un fedecommissario trasversale, a favore dei figli della signora Caterina Vannucci, a titolo di restituzione della dote della defunta madre.

La soluzione della controversia apparve semplice ai giudici della Corte che, in poche righe, richiamando la legge del 1747 negarono tale diritto, ricordando le regole interpretative osservate in Toscana in materia fedecommissaria. In particolare, nel confermare la sentenza di primo grado, il tribunale dopo aver richiamato il provvedimento del granduca Francesco Stefano che «in deroga al Gius Comune ed alla volontà dei disponenti»⁵⁶ aveva permesso l'alienazione dei beni fedecommissari per causa dotale⁵⁷, non mancò di sottolineare, a sostegno della propria decisione, che per erede gravato o possessore del fedecommissario «doveva intendersi quello, che tale fu al tempo della pubblicazione del Cesareo editto [...] e ciò tanto per la lettera che per il senso di detta legge, coerentemente alle regole di ragione che in materia esorbitante e correttoria del Gius Comune obbligano alla più stretta interpretazione»⁵⁸.

Su questa argomentazione, i giudici di appello rigettarono la domanda proposta, in quanto l'erede gravato non possedeva il fedecommissario al tempo della pubblicazione della sopra richiamata legge, perché «già mancato di vita prima dell'anno 1720»⁵⁹ ed anche suo figlio – parte appellata nel presente giudizio – avendo rinunciato all'eredità paterna ed avita, non poteva «essere soggetto alle obbligazioni dei suoi antecessori»⁶⁰. In sostanza, in attuazione del noto e fondamentale principio *tempus regit actum*, la Corte applicava le regole della legislazione patria, essendo i fatti accaduti «anteriori alla pubblicazione delle leggi francesi»⁶¹.

⁵⁶ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 172, c. nn.

Sulla questione dell'alienabilità dei beni fedecommissari per la costituzione della dote delle donne discendenti dal fedecommittente nella dottrina e giurisprudenza di diritto comune, v. G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, cit., libro VI, cap. 5, 54 ss.

⁵⁷ Come già detto, la norma permise l'alienazione attuale o potenziale dei beni fedecommissari per causa dotale (costituzione, restituzione, aumento convenuto nel contratto di matrimonio) in qualunque fedecommissario ascendente o trasversale in favore delle figlie o delle nipoti *ex filio* dell'erede gravato o possessore del fedecommissario. Legge 22 giugno 1747, cit., § 21.

⁵⁸ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 172, c. nn.

⁵⁹ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 172, c. nn.

⁶⁰ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 172, c. nn.

⁶¹ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 131, c. nn.

Così sentenziando, i decidenti continuarono a seguire le orme dei loro predecessori, che bene avevano compreso lo spirito della legge del primo granduca lorenese⁶².

Diverse, inoltre, furono le cause introdotte presso i tribunali toscani in cui si chiedeva l'accertamento dell'esistenza di fedecommissi: se da un lato si dovevano tutelare il libero commercio, la circolazione dei beni e le pretese dei terzi, dall'altro, seppur nel rispetto della normativa, non si poteva eludere la volontà del testatore che, nel diritto comune, non solo dettava la legge che andava a regolare i tempi ed i modi della destinazione dei beni, ma anche la sua disciplina⁶³.

Sotto questo profilo, un caso interessante è quello avente ad oggetto un testamento redatto, il 26 marzo 1643, da Francesco del fu Desiderio Desideri, con il quale era stato indotto un fedecommissso con l'eccezione dalla vocazione di «quelli tra i discendenti di Desiderio Desideri, che si fossero trovati nel possesso del majorasco»⁶⁴, istituito nell'anno 1590, da un avo del fedecommittente.

A seguito della lite sorta tra Otto Desideri, discendente e già possessore del maggiorascato, e la massa dei creditori del defunto avvocato Vincenzo Desideri⁶⁵, anche lui discendente della casata, gli organi giudiziari – il Magistrato Supremo in primo grado e la Corte di appello in secondo – furono chiamati a pronunciarsi sul diritto del signor Otto alla sostituzione fedecommissaria.

Le soluzioni che vennero date nei due gradi del giudizio furono differenti: mentre infatti il Magistrato Supremo di Pistoia escluse il signor Otto dal fedecommissso⁶⁶, la Corte, revocò la sentenza di primo grado in tutte le sue parti.

I giudici del riesame, dopo aver preso atto della disposizione testamentaria, ricordando come in tutte le successioni *mortis causa*, non escluse quelle per fedecommissso, l'abilità o meno a succedere si determina unicamente

⁶² La Legge di Francesco Stefano venne elogiata anche da Ludovico Antonio Muratori nella sua opera *Della pubblica felicità oggetto de' buoni principi, trattato di Ludovico Antonio Muratori, bibliotecario del Serenissimo Signor Duca di Modena*, Lucca, 1749, 53 ss.

⁶³ Dottrina e giurisprudenza erano unanimi nell'affermare che «*in fideicommissis, et generaliter in ultimis voluntatibus, praecipue spectanda servandaque est testatoris voluntas nedom expressa per verba sed et tacita ex coniecturis colligibilis, nam taciti et expressi pare est virtus*»; cfr. A. TARTAGNI, *Consilia*, libro IV, cons. 100, n. 5, Ex Officina Damiano Zenari, Venetiae, 1578, 79v.

⁶⁴ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 176, c. 261r.

⁶⁵ La morte dell'avvocato Vincenzo Desideri era avvenuta nel 1807, ovvero prima dell'entrata in vigore in Toscana del Code.

⁶⁶ Null'altro sappiamo della decisione del Magistrato Supremo di Pistoia che viene solo citata nella sentenza della Corte di appello; cfr. ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 176, c. 265v.

il giorno dell'apertura della successione, senza curare l'eventuale incapacità concorsa anteriormente, sottolineavano come la sostituzione contenuta nel testamento di Francesco Desideri fosse una «vocazione abituale di tutta la collettività» e pertanto, faceva nascere nei chiamati un diritto che sarebbe venuto meno solo dal possesso di fatto dei beni sottoposti al maggiorascato, dichiarato incompatibile con il fedecommesso dividuo. Tale ultima condizione, a detta dei giudici del riesame, non si era verificata in quanto il maggiorascato si era ormai estinto e risolto «a norma della Toscana legge del mille settecento quaranta sette»⁶⁷ per il passaggio dei beni nei quattro possessori, con conseguente perdita della titolarità in capo all'appellante «unico maschio superstite della famiglia Desideri»⁶⁸. Del resto, insisteva la Corte, anche il favore che il disposto della legge del 1747 riservava alla libertà dei beni non era di ostacolo alla domanda di immissione nei beni fedecommissari proposta dal signor Otto, in quanto la prova del fedecommesso era «assistita dalla lettera del testamento e dalle regole ormai canonizzate dai tribunali»⁶⁹; e inoltre non era stato provato che i beni sottoposti al fedecommesso, diversamente dal maggiorascato, avevano fatto il passaggio in tutto e in parte nelle quattro teste, così come preteso dagli appellati.

Sulla base di queste motivazioni, la Corte, a salvaguardia delle tavole testamentarie, ordinava la restituzione del fedecommesso a favore del signor Otto Desideri, dichiarandone la purificazione in capo alla sua persona.

Come aveva più volte ribadito la Rota Fiorentina, in virtù delle leggi toscane proibitive delle sostituzioni fedecommissarie, gli atti testamentari dovevano essere interpretati in modo da salvare, in qualunque maniera, le ultime volontà dei defunti⁷⁰, seppur nel rispetto della *voluntas principis*.

Ancora una volta la causa veniva risolta con l'applicazione della legge del 1747, a conferma del fatto che il fedecommesso, in terra toscana, ormai era un istituto obsoleto.

Ciò nonostante, non mancano procedimenti che, per la loro soluzione, richiesero l'applicazione della novella normativa francese che, una volta

⁶⁷ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 176, c. 265r.

⁶⁸ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 176, c. 265v.

⁶⁹ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 176, c. 265v.

⁷⁰ Ruota Fiorentina, *Bovianensis praetensae substitutionis, fidecommissariae diei 24 Martii* 1830, in *Tesoro del Foro Toscano o sia raccolta delle decisioni del Supremo Consiglio e delle Regie Ruote civili delle prime appellazioni di Toscana opera dell'Avvocato Lorenzo Cantini*, I-LIV, Firenze, 1820-1840, nello specifico XXVII, decisione 23, 190.

estesa anche alla Toscana, almeno in materia fedecommissaria non venne rifiutata dai tribunali.

Un esempio è quello di una causa avente ad oggetto dei beni provenienti da un fedecompresso, istituito con atto di ultima volontà l'11 agosto 1622. Detti beni, dopo diversi passaggi, erano entrati nel possesso dell'appellante, signor Francesco Maria Casalini, e dichiarati liberi dal vincolo nella sua persona sotto «l'impero del Codice Napoleone»⁷¹. Il debitore, prima della liberazione dei beni fedecommissari, non avendo più liquidità per pagare i suoi creditori, era ricorso all'istituto della cessione giudiziaria, ora regolata dal Code⁷². Ottenuta la purgazione del fedecompresso, l'appellante sosteneva la non cedibilità dei beni liberati, per «aver fatta la cessione dei beni ad un'epoca in cui erano in vigore le leggi Romane»⁷³ che, in mancanza di diverse disposizioni, diventavano parte integrante dei contratti stipulati sotto il loro impero, per tacito consenso dei contraenti.

La Corte, andando a confermare la sentenza del Tribunale di prima istanza di Firenze, rigettò il ricorso in appello, sottolineando che il disposto delle leggi romane e degli statuti, nel caso *de quo*, non poteva essere applicato perché «la cessione dei beni fatta giudizialmente, alla quale i creditori non hanno potuto ricusare di acconsentire con quelle precise condizioni volute dal cedente, e prescritte dalla legge»⁷⁴, era un atto necessario, e non una concessione meramente volontaria. L'art. 1270 del Code, che faceva una chiara distinzione tra cessione volontaria e cessione giudiziale⁷⁵, in riferimento a quest'ultima, esimeva il debitore esclusivamente dall'arresto personale, prevedendo, nel caso in cui i beni ceduti non fossero stati sufficienti all'estinzione del debito, l'obbligo di cessione degli eventuali nuovi beni acquistati.

D'altra parte, ricordava la Corte, la legge del 7 ventoso anno dodici⁷⁶

⁷¹ ASFi, *Corte d'Appello*, 28, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1811, procedimento n. 51, c. 224v.

⁷² La cessione giudiziaria era regolata dagli artt. 1268, 1269 e 1270 del Codice Napoleone e consisteva in un beneficio che la legge accordava al debitore di buona fede ed insolubile per causa di un infortunio al quale, per conservare la libertà personale, era permesso di fare giudizialmente l'abbandono di tutti i suoi beni ai creditori, nonostante qualunque stipulazione contraria (art. 1268).

⁷³ ASFi, *Corte d'Appello*, 28, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1811, procedimento n. 51, c. 224v.

⁷⁴ ASFi, *Corte d'Appello*, 28, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1811, procedimento n. 51, c. 224v.

⁷⁵ Artt. 1266, 1267, 1268 Code Napoléon.

⁷⁶ Per il calendario gregoriano: legge del 27 febbraio 1804. La legge citata non corrisponde con quella pubblicata sul *Bulletin des lois de la République Française*, serie III, IX, *Bulletin des lois* n. 347, Paris, Floreal XII, provvedimento n. 3636, 520 ss.

all'art. 7 sanciva il «savissimo concetto di non lasciar concorrere ad un tempo sulla stessa materia due diverse legislazioni aventi ambedue carattere, e forza di legge, ed atte ad introdurre, o mantenere quella difformità di giurisprudenza, che appunto si volle abolire colla (*sic!*) pubblicazione del Codice»⁷⁷.

Infine, sempre in applicazione della nuova normativa, il collegio giudicante rigettò anche la domanda, formulata dai figli dell'appellante, volta all'accertamento del diritto di alimenti nascente dal fedecommesso: anche sotto questo profilo i giudici del riesame ribadivano che il riconoscimento di tale diritto avrebbe urtato «nella disposizione generale della legge per cui tutte le sostituzioni debbono assolutamente rimanere abolite, e senza effetto»⁷⁸.

Insomma, con la legge francese i fedecommissi ormai avevano perso qualunque tutela privilegiata e non formavano più un patrimonio differente.

Ormai, l'autorevole giurisprudenza toscana era schierata a favore della libera circolazione dei beni, nella convinzione che «in difetto di un espresso e necessariamente argomentabile fidecommissio deve sempre risponderci per la libertà dei beni»⁷⁹.

Il lungo cammino del fedecommesso – in tutte le sue specie⁸⁰ –, che per secoli aveva dominato la storia delle successioni *mortis causa*, in Toscana era ormai giunto al suo traguardo.

L'estensione della vigenza del Code civil des *français*, in materia fedecommissaria, non fece altro che andare a completare quel percorso già intrapreso, nel secolo precedente, con le leggi dei Lorena, che per prime avevano dato un duro colpo all'istituto. La giurisprudenza toscana, per

⁷⁷ ASFi, *Corte d'Appello*, 28, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1811, procedimento n. 51, c. 225r.

⁷⁸ ASFi, *Corte d'Appello*, 28, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1811, procedimento n. 51, c. 226r.

Con molta probabilità il riferimento è alla legge del 14 novembre 1792, pubblicata dalla Giunta straordinaria l'11 luglio 1808, che, come detto, sancì il divieto assoluto dei fedecommissi.

In altri due procedimenti la Corte applica sia la legge antica che la nuova facendo molta attenzione al tempo in cui avvennero i fatti contestati; cfr. ASFi, *Corte d'Appello*, 28, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1811, procedimento n. 891, cc. 213r-215v.; e *Corte d'Appello*, 28, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 131, cc. nn.

⁷⁹ ASFi, *Corte d'Appello*, 26, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1809, procedimento n. 104, cc. nn.

⁸⁰ Nel materiale di archivio analizzato, due soli sono i procedimenti aventi ad oggetto una primogenitura ed un maggiorascato costituiti nei secoli antecedenti l'entrata in vigore della legge leopoldina e della legislazione francese. Cfr. ASFi, *Corte d'Appello*, 27, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1810, procedimento n. 504, cc. 127r-128r; *Corte d'Appello*, 28, *Registro di sentenze, Prima sezione*, anno 1811, procedimento n. 913, cc. 145v-146v.

quanto riguarda le sostituzioni fedecommissarie, accolse il suo dettato che andava a semplificare una materia assai intricata, «generatrice di molte liti e di questioni legali⁸¹».

In realtà, il fedecommissario continuerà ad animare le aule giudiziarie finanche nel periodo della Restaurazione⁸²; ma i tempi ormai erano cambiati e non c'era più spazio per un istituto di Ancien Régime.

⁸¹ G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, cit., III, libro X, cap. 1, n. 6, 133.

⁸² Sulle sostituzioni fedecommissarie nel periodo della Restaurazione antinapoleonica, mi permetto di rinviare a C. GALLIGANI, *L'epilogo d'una «istituzione de' vecchi tempi»*. Alcune riflessioni sul fedecommissario in Toscana durante la Restaurazione, in *Iura Communia. Studi in onore di Mario Montorzi*, a cura di D. EDIGATI-M.P. GERI, Pisa, 2022, 269 ss.

ANDREA LANDI

SOCIETAS NON POTEST ULTRA MORTEM PORRIGI.
LA MORTE DEL SOCIO COME CAUSA
DI SCIoglimento DELLA SOCIETÀ
FRA DIRITTO COMUNE E CODIFICAZIONE

SOMMARIO: 1. Chiarimenti preliminari. – 2. Due passi del Digesto e uno delle Istituzioni. – 3. Nel cuore del diritto comune. – 4. Al declinare del diritto comune. – 5. Una linea alternativa: l'esperienza giuridica francese. – 6. La svolta dei Codici. – 7. Per concludere.

1. *Chiarimenti preliminari*

Com'è noto, le fonti romane classificano il contratto di società fra i contratti consensuali: in questa fattispecie di durata, il consenso era necessario non solo per il suo perfezionamento – come in tutti gli altri contratti di questo genere –, ma doveva perdurare anche nel tempo (in forza del cosiddetto *affectus societatis*), pena il venir meno della società stessa¹.

La morte di un socio si configurava allora come causa di cessazione della società – ad eccezione della società vettigale –, al pari di altre situazioni nelle quali il socio poteva incorrere, quali la *capitis deminutio*, la *bonorum venditio*, la *publicatio bonorum*, l'esercizio nei suoi confronti dell'*actio pro socio*. A queste cause si doveva aggiungere, poi, il recesso dalla società, che egli stesso poteva esercitare².

In questo contesto, stante una siffatta disciplina delle cause di estinzione, si poneva il problema della salvaguardia degli assetti societari che, specialmente quando fossero rivolti all'esercizio di attività commerciali, anche su

¹ Su questi temi è per noi sufficiente rinviare ad A. PETRUCCI, *Manuale di diritto privato romano*², Torino, 2022, 158 ss.

² Cfr. A. PETRUCCI, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana. I dati delle fonti e le più recenti cedute dei moderni*, Torino, 2021, 93 ss. Una recente messa a punto è costituita da A. MILAZZO, *La fine della societas. Recesso del socio e altre cause di scioglimento della società in diritto romano*, Napoli, 2022.

vasta scala, non potevano repentinamente essere dispersi, a séguito della morte di uno dei soci. E così, se era pacificamente ammessa la costituzione di una nuova società tra i soci superstiti e l'erede del socio defunto, al posto della precedente, non altrettanto poteva dirsi circa un eventuale negozio, col quale il socio avesse previamente disposto che alla sua morte sarebbe succeduto l'erede nella sua posizione di socio: esso, infatti, era esplicitamente vietato.

Vedremo allora nelle pagine che seguono come si pose la scienza giuridica del diritto comune di fronte alla disciplina della morte come causa di estinzione della società e soprattutto le ragioni che hanno portato, in molti degli ordinamenti contemporanei, fra i quali il nostro, alla scomparsa del divieto per il socio di disporre che la società passi al proprio erede³.

2. Due passi del Digesto e uno delle Istituzioni

Le questioni relative all'evento morte e alla indisponibilità per il *de cuius* degli effetti da esso derivanti sono disciplinati da due frammenti del Digesto – la *l. Nemo potest* e la *l. Adeo morte*, entrambi contenuti nel titolo *Pro socio* (rispettivamente D. 17.2.35 e D. 17.2.59[60])⁴ –: nel primo si afferma, fra l'altro, che «nessuno può cedere la sua qualità di socio all'erede, cosicché questi divenga socio»; nel secondo, si ribadisce lo stesso concetto, osservando che «a tal punto per la morte di un socio la società si scioglie, che non possiamo neppure fin dall'inizio pattuire che anche l'erede subentri nella società», a meno che non si tratti di una società per la riscossione dei vettigali⁵.

È proprio intorno a questi due frammenti che si appunta la *lectura* dei

³ Per un primo approccio ancora utili le pagine di E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padova, 1939, 88 ss.

⁴ Eccone i testi, secondo la *Vulgata*: «ULPIANUS libro 30 ad Sabinum. *Nemo potest societatem haeredi suo sic parare, ut ipse haeres socius sit. in haeredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet* e POMPONIIUS libro 12 ad Sabinum. *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut haeres succedat societati. Hoc in privatis societatibus: at in societate vectigalium nihilominus manet societas etiam post mortem alicuius: sed ita demum, si pars defuncti ad personam haeredis eius ascripta sit, ut haeredi quoque conferri oporteat. quod ipsum ex causa aestimandum est. Quid enim si is mortuus sit propter cuius operam maxime societas coita sit, aut sine quo societas administrari non possit? [...]*». Si è qui utilizzata l'edizione del *Digestum Vetustissimum*, Lugduni, Apud Hugonem à Porta, 1560.

⁵ Le traduzioni virgolettate sono tratte da *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, a cura di S. SCHIPANI, Milano, 2007.

giuristi medievali; e sono proprio due campioni della Scuola del Commento – Bartolo e Baldo – ad individuare le *rationes* sottese alle disposizioni romane.

Bartolo da Sassoferrato le rinviene nella limitazione alla «*libera testamenti factio*», che si determinerebbe ammettendo simili patti successori⁶, mentre il suo allievo Baldo degli Ubaldi preferirà sottolineare l'importanza imprescindibile del consenso che deve perdurare finché dura la società, fornendo, con chiarezza adamantina, le ragioni della regola suddetta e dell'eccezione costituita dalla *societas vectigalium*. Vale la pena di riportare per disteso l'osservazione del maestro perugino:

*Ratio regulae est, quia tantum durat societas, quantum durat consensus: sed consensus morte finitur. Ratio exceptionis est, quia societas vectigalium publicorum, postquam est contracta, est necessaria, et non pendet ex libera voluntate, et ideo transit ad haereditatem*⁷.

Sicché un conto è la disciplina delle società private, un conto quella delle pubbliche, che coinvolgono ragioni di utilità generale, le quali non possono certo essere lasciate, in modo esclusivo, alla libera volontà dei contraenti: la morte del socio porta allo scioglimento della società nelle prime, ma non nelle seconde, dove sussiste, appunto, un interesse pubblico alla continuazione delle attività societarie.

E l'opinione di Baldo è destinata ad essere ricevuta dagli autori successivi, fra i quali potremmo qui segnalare, l'alessandrino Giovanni Antonio De Rossi⁸, che in una sua *repetitio*, inserita nella ponderosa raccolta di Pompeo Limpio, rileverà infatti «*quod tantum durat societas, quantum durat consensus, sed consensus morte finitur*». Questo fa sì, a suo avviso, che, nei contratti di società fra privati, non vi possa essere la trasmissione della posizione di socio all'erede, mentre invece «*in societate vectigalium publicorum quis potest pascisci haeredi, quia non pendet a libera voluntate contrahentium societatem, dummodo sit haeres idoneus*»⁹.

⁶ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In l. Adeo morte ff. Pro socio* (D. 17.2.60), in ID., *In secundam Digesti Veteris partem*, Venetiis, [L.A. Giunta], 1590, 108rb-va.

⁷ BALDO DEGLI UBALDI, *In l. Adeo morte ff. Pro socio*, in ID., *In secundam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, [L.A. Giunta], 1586, 125rb.

⁸ Sul quale (1489-1544), cfr. E. MONGIANO, voce *De Rossi Giovanni Antonio*, in *Dizionario biografico italiano*, 39, Roma, 1991, 198 s. ed EAD., voce *De Rossi (Rossi, de Rubeis, Rubeus) Giovanni Antonio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, dir. I. Birocchi e al. (d'ora in avanti: DBGI), I, Bologna, 2013, 712 s.

⁹ G.A. DE ROSSI, *Rep. in l. Non solum § Morte ff. De novi operis nunciatione* (D. 39.1.8.6), in *Repetitiones in varias iuris civilis leges*, V, Venetiis, Sub signo Aquilae renovantis, 1608, 77va, n. 41.

Si noti che questo autore, riguardo alla ragione della nullità dei patti con i quali si disponga che la società passi all'erede, mostrerà di non condividere l'impostazione della Glossa, ripresa da Bartolo, che, come si è detto, l'aveva individuata nella tutela della più ampia *libertas testandi*. Egli, infatti, riterrà paradossale che da un lato le leggi consentano di limitare la libertà personale, addirittura incidendo negli *status* personali, e dall'altro esse vietino tassativamente di limitare la facoltà di fare testamento¹⁰.

Peraltro, anche le Istituzioni giustinianee forniscono alla *scientia iuris* un altro supporto autoritativo alla conferma del divieto suddetto, fondato questa volta su una ulteriore *ratio* rispetto a quelle ricavate dai testi delle Pandette: la quale va a prendere in considerazione l'*intuitus personae* che sottostà alla scelta del socio. Infatti, nelle Istituzioni, i giuristi basso-medievali trovavano affermato che

*Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi elegit. sed et si consensu plurium societas coita sit, morte unius socii solvitur etsi plures supersint, nisi si in coeunda societate aliter convenerit*¹¹.

Il riferimento ad una *persona certa*, allora, aggiungeva un nuovo supporto al divieto di pattuire la continuazione della società *in incertam personam*.

Già Angelo Gambiglionni d'Arezzo notava, infatti, che la società non passa all'erede del socio morto, perché «*in societate videtur esse electa industria personae*»; e ciò è vero «*etiam si expresse per pactum cautum sit, ut etiam ad haeredem transeat*»; a meno che non si tratti di «*societas in vectigalibus publicis*», dove al contrario c'è il passaggio all'erede «*si agatur, et ipse haeres sit idoneus*»¹²; mentre Giasone del Maino, dopo aver ribadito il divieto, ne rinveniva anch'egli la *ratio* nella scelta consapevole del socio, «*quia in societate eligitur industria personae*», fino ad arrivare a domandarsi «*quid erit si sit incertum quis sit haeres?*»¹³.

Né il discorso cambiava sul versante dell'Umanesimo giuridico, dove

¹⁰ G.A. DE ROSSI, *Rep. in l. Non solum*, cit., 77vb, n. 41.

¹¹ Inst. 3.25[26].5.

¹² ANGELO GAMBIGLIONI, *In § Solvitur Inst. De societate* (Inst. 3.25[26].5), in ID., *In quatuor Institutionum Iustiniani Libros Commentaria*, Venetiis, Apud Andream Muschium, 1585, 182rb, n. 1.

¹³ GIASONE DEL MAINO, *Add. Dissolvitur*, in CRISTOFORO PORZIO, *In § Manet autem Inst. De societate* (Inst. 3.25[26].4), in ID., *In tres priores Institutionum Iustiniani libros commentaria*, Lugduni, Apud Stephanum Servanum, 1565, 153rb. Vale forse la pena ricordare che anche l'alessandrino De Rossi, come si è visto critico di Bartolo, rinverrà la *ratio* fondamentale di un tale divieto nel fatto che «*in societate multum versatur hominis industria*» ed esplicitamente raccomanderà al lettore di tenere a mente queste sue considerazioni (G.A. DE ROSSI, *Rep. in l. Non solum*, cit., 77vb, n. 42).

Claude Chansonnette, ribadito il principio che la società si estingue con la morte di un socio, ne rinveniva la giustificazione nel fatto che con questo evento viene meno il «*societatis fundamentum*», giacché appartiene all'essenza stessa della società che chi la contrae scelga un soggetto ben determinato con il quale contrarla e non una persona qualsiasi¹⁴.

Come dirà secoli dopo un tardo, celebre istitutista, l'olandese Arnold Vinnen, presentando un parallelismo fra il contratto di società e quello di mandato – dato che in entrambi rilevano le qualità personali del soggetto col quale si contrae –, ripugna al contratto di società che si possa ammettere un patto col quale si stabilisca che, morto un socio, la qualità di socio passi all'erede di lui «*ut quis invitus socius efficiatur, cum non vult*»¹⁵: proprio quel testo delle Istituzioni, richiedendo una *persona certa*, dava per presupposta una valutazione della fiducia, dell'industria, dei beni e delle facoltà della persona che avrebbe dovuto assumere la qualità di socio.

3. *Nel cuore del diritto comune*

Il *Tractatus de communione, seu societate* del giurista di Cagli, Ettore Felici († 1623), rappresenta una di quelle opere del maturo diritto comune destinate ad avere un notevole successo non solo nella propria epoca, ma anche in quelle successive, dove tale trattato continua ad essere citato addirittura in piena età della codificazione¹⁶.

¹⁴ Cfr. C. CHANSONNETTE (CANTIUNCULA), In § *Solvitur adhuc Inst. De societate* (Inst. 3.25[26].5), in ID., *Paraphrasis in tertium librum Institutionum Iustiniani Imperatoris*, Norimbergae, Apud Iohannem Petreium, 1538 (senza numerazione delle pagine): «*Propterea autem morte socii, perire societas intelligitur, quia peremptum est societatis fundamentum: nam qui societatem contrahit, certam sibi personam eligit. Sed enim cum incerta persona non potest contrahi societas*». Su questo giurista (1490ca.-1549), cfr. A. WIJFFELS, voce *Chansonnette (Cantiuncula) Claude*, in *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, sous la direction de P. Arabeyre et autres (d'ora in poi: DHJF), Paris, 2007, 178 s., che ne sottolinea l'importanza quale sostenitore del movimento umanista, che tuttavia operò «sans rejeter radicalement les acquis de la méthode italienne» (179).

¹⁵ A. VINNEN, In § *Solvitur Inst. De societate* [Inst. 3.25(26).5], in ID., *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus, et Forensis*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1712, 754. E nessuna aggiunta o modifica sul punto farà il giurista che adattò questo manuale all'esperienza giuridica spagnola, dove esso ebbe una straordinaria diffusione; cfr. J. SALA, *Vinnius castigatus atque ad usum tironum hispanorum accommodatus*, II, Valentiae Edetanorum, Ex praelo Josephi et Thomae de Orga, 1786, 242-243 e a proposito della fama di Vinnen (1588-1657), cfr. L. BECK VARELA, *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, 2013.

¹⁶ Informazioni bio-bibliografiche in F. VECCHIETTI, *Biblioteca picena o sia Notizie istoriche*

La ragione della straordinaria accoglienza da parte del mondo giuridico sta quasi sicuramente nel fatto che Felici, «uomo versatissimo nelle leggi» e ben addentro alla pratica giudiziaria e forense del proprio tempo¹⁷, presenta nel libro un'ampia trattazione della società e della comunione, dove vengono messe a fuoco le riflessioni della *scientia iuris*, dal medioevo all'età moderna, relativamente a questi temi¹⁸.

Venendo a trattare dell'argomento, Felici, sulla base del testo delle Istituzioni e della *lectura* datane dai glossatori e dai commentatori, afferma che la società si scioglie *ex personis, ex rebus, ex voluntate* ed *ex actione*¹⁹;

delle opere e degli scrittori piceni, IV, Osimo, 1795, 106-107. Ancora citato da autori dell'*École de l'Exégèse* in pieno Ottocento (come Troplong, nel suo celebre commentario, *infra*, nt. 70), il trattato *de quo vide* la luce a Francoforte nel 1606 e fu più volte ristampato, fino al 1677; cfr. anche FONTANA, *Amphitheatrum legale seu Bibliotheca legalis amplissima*, I, Parmae, 1688, 334.

¹⁷ Per esser stato giudice delle Rote di Firenze e di Genova, Capitano di Giustizia a Siena e per aver esercitato l'avvocatura nella Curia romana; cfr. F. VECCHIETTI, *Biblioteca picena*, cit., 106. Felici, in fin dei conti, era uno dei tanti appartenenti a quelle famiglie ruotanti attorno ai vari patriziati delle realtà cittadine minori che «nell'esercizio del giure e degli uffici giurisdizionali, oltre e più che nell'attività militare e nel servizio alla Chiesa, vedevano tra '500 e '600 un mezzo per conservare la posizione acquisita o una via di ascesa sociale», per usare parole di Elena Fasano Guarini, espresse in riferimento alla maggior parte dei giudici della Rota fiorentina; cfr. E. FASANO GUARINI, *I giudici della Rota di Firenze sotto il governo mediceo (problemi e primi risultati di una ricerca in corso)*, in *Convegno di studi in onore del giurista faentino Antonio Gabriele Calderoni (1652-1736)*, Faenza 30 aprile 1988, Faenza, Società Torricelliana di Scienze e Lettere, 1989, 101; la menzione di Felici, giudice dal 1° settembre 1611, fino alla scadenza del mandato, a 113.

¹⁸ Al lettore attento non sarà sfuggita la compresenza di due termini che nell'odierno lessico giuridico sono ben distinti: quello di 'società' e l'altro di 'comunione'. La distinzione, seppure conosciuta anche nell'esperienza del diritto comune, non ha quella rigidità che oggi la contraddistingue: nel codice civile vigente, come noto, si parla di società nel libro quinto, a partire dall'art. 2247 che ne indica la nozione; e di comunione, nel libro terzo dedicato ai diritti reali, assieme al condominio. Sulle ragioni di questa sovrapposizione terminologica non è possibile soffermarsi in questa sede; si noti però quanto scriveva un celebrato professore dell'Università di Lovanio, Antonio Pérez (1589-1672), laddove precisava «*Quod Communio sit rerum; societas personarum: quod communio sit facti, societas juris*» e ne forniva la seguente spiegazione, basata essenzialmente sulla libera volontà dei contraenti, necessaria per la società ed assente nella comunione: «*Nam in Communione re ipsa et ipso facto fiunt socii; estque necessaria ea societas, quam fortuna conciliat, non voluntas, veluti si duobus communiter haereditas, vel donatio aliqua obveniret, vel eadem res fuerit legata*» (A. PÉREZ, *Institutiones imperiales erotematibus distinctae*, Vesaliae, Apud Andream ab Hogenhuysen, 1670, tit. *De societate*, 355). Esempi di questa sovrapposizione già in PIETRO DEGLI UBALDI IUN. († 1499 ca.), *Tractatus de duobus fratribus*, in *Tractatus Universi Iuris*, VI/1, *De contractibus licitis*, Venetiis, [G.B. Zilletti], 1584, *passim*, e in particolare, con riferimento all'evento morte, 163rb ss.

¹⁹ E. FELICI, *Tractatus de communione, seu societate*, Augustae Taurinorum, [Giovanni Domenico Tarino], 1610, cap. 32 *Qualiter societas finiatur*, 386, n. 1; fin troppo evidente il canovaccio della esposizione del Felici, rappresentato da D. 17.2.63(64).10.

fra le cause derivanti dalle persone, la prima è appunto quella della morte di un socio, poiché, sulla base dei noti passi romani, la società non passa agli eredi e questo in considerazione soprattutto del fatto che nella società rileva l'industria di una persona; qualità che, nel caso dell'erede, non è dato conoscere.

Proprio poggiando principalmente sul riferimento autoritativo alle Istituzioni²⁰, oltre che su di una nutrita letteratura consulente, egli può affermare che «*in societate dicitur electa industria personae*»²¹; sicché la società non passa all'erede del socio defunto, anche in considerazione del fatto che «*cum incerta persona contrahi non potest, et certam personam haeredis specificare non possumus, cum non permittatur, ut quis per contractum se restringat ad certum haeredem*»; e questo sulla base dell'insegnamento di Bartolo circa la necessità di salvaguardare la «*libera testandi facultas*», sul quale si era ormai registrata una *communis opinio doctorum*²², ricevuta da consulenti del calibro dello spoletino Ludovico Pontano²³, del pavese Francesco Corti sr.²⁴ e del milanese Filippo Decio²⁵.

La regola dell'estinzione della società per la morte di un socio vale anche nel caso che sia stato pattuito il subingresso dell'erede, stante il disposto dei passi del Digesto che considerano nulle tali pattuizioni. A questo proposito, Felici ricorda una decisione dell'autorevole Senato di Piemonte, raccolta nella propria silloge di decisioni dal giudice Ottaviano Cacherano d'Osasco, con la quale si era espressamente ribadito tale principio e si era ricordata la diversa disciplina tra società private e quelle vettigali²⁶.

²⁰ Egli cita esplicitamente Giasone a Porzio, in § *Manet autem*, n. 3, che abbiamo considerato nel paragrafo precedente (*supra*, nt. 13).

²¹ E. FELICI, *Tractatus de communione, seu societate*, cit., 386, n. 3.

²² E. FELICI, *Tractatus de communione, seu societate*, cit., 386, n. 4.

²³ LUDOVICO PONTANO (ROMANUS), *Cons. 106 Viso themate prenarrato*, in ID., *Consilia*, Lugduni, Apud Iacobum Giunta, 1545, 29vb, n. 3.

²⁴ FRANCESCO CORTI SR. († 1495), *Cons. 52 Super articulo*, in ID., *Consilia*, Venetiis, Ex Officina Damiani Zenari, 1580, 126va, nn. 5-7, dove le *rationes* del divieto, di cui abbiamo parlato, vengono ricapitolate, precisando che nella *l. Adeo* è contenuto un vero e proprio «*casus rotundus*» (126va, n. 7). Addirittura, poco prima, il consulente aveva asserito che il patto con il quale il socio si obbliga a trasferire la propria posizione all'erede doveva considerarsi «*impossibile, turpe et contra bonos mores: quia impediret libera testandi facultas*» (126va, n. 6).

²⁵ F. DECIO, *Cons. 441 Praesens*, in ID., *Consilia sive Responsa*, II, Venetiis, Apud Hieronymum Polum, 1575, 97va, nn. 4-5, il quale precisa che, pur essendo impedita la previa pattuizione che la società passi all'erede, nulla impedisce che si faccia una rinnovazione della società tra i soci superstiti e l'erede del defunto.

²⁶ O. CACHERANO D'OSASCO, *Decisiones Sacri Senatus Paedemontani*, Taurini, Apud Io. Antonium Stratam, et Bartholomaeum Gallum, 1569, dec. 76, 127ra ss.

La fattispecie presa in esame dal Senato aveva riguardato una locazione di un castello con il territorio circostante, fatta dal vescovo di Vercelli ad un nobile, col divieto di sublocare senza espresso consenso del locatore; successivamente, il conduttore aveva affidato la gestione del territorio ad altri soggetti in società tra loro, dopo aver ottenuto l'autorizzazione del vescovo predetto. Essendo morto uno di questi soci, gli altri avrebbero preteso di continuare la società, asserendo che essi erano subentrati nel contratto di locazione. Il Senato, invece, aveva affermato che, con la morte di un socio, la società si era dissolta: «*ideo non transit ad haeredes etiam si conventum sit, quod transeat*»²⁷; e questo proprio sulla base della considerazione dell'incertezza dell'erede e della limitazione della *facultas testandi* che si sarebbe verificata, ammettendosi tale patto. La Corte peraltro aveva concluso, osservando che diversa sarebbe stata la soluzione se ci si fosse trovati di fronte ad una *societas vectigalium*.

Da quanto sin qui esposto, possiamo quindi affermare che *consenso* e considerazione dell'*industria personae* sono i tratti caratterizzanti la società già enucleati dalla *scientia iuris* basso-medievale, ai quali si aggiunge la salvaguardia della *libera facultas testandi* per quanto attiene il patto circa la successione nella qualità di erede.

Quando si pongono in essere pattuizioni che prevedono in generale il subingresso dell'erede nella posizione del socio defunto, o quando si menzionano espressamente gli eredi, ecco che, ce lo ricorda ancora Felici, «*non societas, sed alius contractus initus censeretur*»²⁸: in questo modo, infatti, si snatura l'essenza del contratto di società, che è concepito con riguardo propriamente alle specifiche caratteristiche personali dei soci.

A questo riguardo è interessante notare come il giurista di Cagli indichi due *consilia*, di consulenti di grande fama, come il canonista Niccolò de' Tedeschi e il cardinale Pietro Paolo Parisio: *consilia* nei quali si faceva riferimento a fattispecie contrattuali legate ad attività di tipo pubblicistico e pertanto aventi una disciplina diversa dalle società, per così dire, *iure privatorum*.

Nel primo parere, nonostante le parvenze di società del contratto stipulato per l'esercizio di attività creditizie tra il Comune di Siena e un ebreo di nome Angeletto, al quale si erano poi uniti altri soggetti in società, l'*Abbas* aveva ricavato, da un'attenta lettura dei capitoli, che il contratto era stato stipulato «*non solum nomine Angeleti et sociorum: sed etiam pro eorum filii et haeredibus*»²⁹; questa precisazione, a suo avviso, comportava che essi

²⁷ O. CACHERANO D'OSASCO, *Decisiones*, cit., 127vb, n. 7.

²⁸ E. FELICI, *Tractatus de communione, seu societate*, cit., 386, n. 6.

²⁹ NICCOLÒ DE' TEDESCHI (ABBAS PANORMITANUS), *Cons. 86 Visis capitulis initis*, in ID., *Consilia et Quaestiones*, Augustae Taurinorum, Apud haeredes Nicolai Bevilacqua, 1577, 107va, n. 2.

avessero contratto un qualcosa di diverso dalla società, poiché una società vera e propria non avrebbe potuto mai passare agli eredi (testualmente: «*non contraxerunt nomine societatis, cum certum erat societatem non transire in haeredes*»³⁰).

Parisio, d'altro canto, occupandosi di una società relativa alle concessioni per lo sfruttamento di miniere di allume, aveva potuto ribadire il diverso regime di queste società rispetto a quelle private; se normalmente nelle società private non c'è la successione dell'erede, in questi altri tipi di società si segue il principio opposto: «*ergo transit non obstante morte*», sulla base di quanto asserito anche dall'*Abbas*; la società presa in esame dal cardinale cosentino, infatti, appariva «*facta super gabellis publicis, quo casu morte unius ex sociis non finitur*»³¹.

La società, allora, al di fuori di questi casi *publicistici*, non poteva estendersi oltre la morte del socio: anche quando si fosse pattuita una 'società in perpetuo', secondo Felici, essa doveva essere intesa come in essere fin tanto che i soci fossero vissuti; e a questo proposito non mancavano consulenti che testimoniavano la ricezione di questo assunto nella prassi del proprio tempo. Così il fiorentino Antonio Ciofi (1522-1575), professore nell'Ateneo pisano, aveva senza mezze misure asserito che la società in perpetuo è quella che dura finché vivono i soci («*in perpetuum idest donec ipsi vivunt*»)³², mentre il bolognese Girolamo Grati († 1544), da un lato, aveva riconosciuto che la «*societas non potest per partes creari in aeternum [...] et ut transeat ad haeredes*», cosicché quando è pattuita fino alla morte del socio, essa non passa all'erede³³; dall'altro, poi, aveva escluso la portata sanante del giuramento per i patti – nulli, come si è detto, in forza dei citati frammenti del Digesto – che prevedessero il passaggio della società all'erede del socio morto. In proposito, Grati aveva ricordato la contrapposizione che in pieno Trecento v'era stata fra Bartolo (che aveva asserito questo, seguito poi dalla generalità dei commentatori) e Jean Favre che invece aveva sostenuto il passaggio della società all'erede quando ci fosse stato il giuramento³⁴: a suo avviso, anche se fosse intervenuto il giuramento, la società non passa mai all'erede, poiché «*iura-*

³⁰ NICCOLÒ DE' TEDESCHI, *Cons. 86 Visis capitulis initis*, cit., 107va, n. 4.

³¹ P.P. PARISIO, *Cons. 82 Advertendum contractum*, in ID., *Consilia*, I, Venetiis, [Società dell'Aquila che si rinnova], 1593, 150va, nn. 33-34.

³² A. CIOFI, *Cons. 50 Verba contractus*, in ID., *Consilia sive Responsa iuris*, Venetiis, Apud Bernardum Iuntam, et fratres, 1583, 43rb, n. 1.

³³ G. GRATI, *Cons. 66 Visis verbis testamenti*, in ID., *Responsa*, II, Venetiis, [Società dell'Aquila che si rinnova], 1585, le citazioni rispettivamente a 76ra, nn. 8-9 e a 76rb, n. 23.

³⁴ G. GRATI, *Cons. 15 Magnificus ac generosus*, in ID., *Responsa*, I, Venetiis, [Società dell'Aquila che si rinnova], 1585, 32vb, nn. 27-28.

*mentum non debet esse vinculum iniquitatis, et continere in se absurdum et inconveniens, et indiscretionem»*³⁵.

A prescindere da queste considerazioni – aggiungeva il giurista di Cagli – la regola dell'estinzione della società in conseguenza della morte di un socio aveva due eccezioni, che, alla fine dei conti, si ponevano come conferme della regola stessa. La prima ricorreva quando la società era stata pattuita *nomine colectivo* con gli eredi di un socio: è evidente che morto uno di questi eredi, la società sarebbe continuata con gli altri, che già rientravano nel novero dei soci. La seconda sussisteva quando si fosse pattuito che, morto un socio, la società continuasse con i soci superstiti: pattuizione – questa – già ammessa dal diritto romano (D. 17.2.65[66].9 e Inst. 3.25.5).

Al contrario, la regola predetta non valeva affatto, come si accennava, «*in societate vectigalium, seu aliarum publicarum functionum*»³⁶; a tal fine però era necessario, secondo Felici, che ricorressero tre presupposti: in primo luogo, appunto, che si trattasse di una società del genere; poi, che fosse espressamente convenuto che la società passi all'erede; infine, che l'erede fosse idoneo. A questi tre requisiti, la gl. *Ascripta* in l. *Adeo* ne aveva aggiunto un altro e cioè, per dirla ancora con le parole di Felici, «*quod ipsi socii cum locatore pascisci debeant, quod societas debeat ad haeredes transire*»³⁷. A suo avviso, però, questo ulteriore requisito non è necessario, poiché fra il locatore e i «*conducentes gabellas*» sussiste una semplice locazione, nella quale, pur in assenza di una espressa convenzione, vengono ad essere ricompresi anche gli eredi in forza dei principî generali che reggono questo contratto³⁸.

³⁵ G. GRATI, *Cons. 15 Magnificus ac generosus*, cit., 33ra, n. 35.

³⁶ E. FELICI, *Tractatus de communione, seu societate*, cit., 388, n. 19.

³⁷ E. FELICI, *Tractatus de communione, seu societate*, cit., 388, n. 20. Ecco il testo della glossa: «*Tria videtur exigenda ut societas transeat ad haereditem. Primum est ut aliqui publica conducant vectigalia. Secundum ut sic conduxerint, quod haeredes succedant in conductione et societate. Tertium est ut persona succedens idonea sit. Potest addi et quartum: ut ipsi socii non tantum cum locatore vectigalium, sed etiam inter se paciscantur quod haeredes in societate succedant*».

³⁸ A mente della l. *Viam veritatis* C. *De locato et conducto* (C.4.65.10). Di seguito il testo: «*IMPERATOR GORDIANUS. Viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere haeredes conductoris existimans, cum sive perpetua conductio est, etiam ad haeredes transmittatur: sive temporalis, intra tempora locationis haeredi quoque onus contractus incumbat*». Peraltro, come egli stesso avverte, nella prassi c'erano state anche opinioni discordanti dalla sua; una delle quali riconducibili ad un consulente di vaglia come il reggiano Carlo Ruini; cfr. E. FELICI, *Tractatus de communione, seu societate*, cit., 388, nn. 21-24.

4. *Al declinare del diritto comune*

Quanto si è finora detto in merito all'evento morte e alle sue conseguenze sull'esistenza della società era destinato a durare per tutta l'esperienza del diritto comune, ancorché non siano mancate alcune riflessioni che, in certo modo, potevano aprire ad una sua diversa valutazione, quantomeno attenuandone la rigidità.

Il *Tractatus de societate* dell'avvocato romano Carlo Zanchi³⁹, apparso a Roma nel 1786 e ristampato ancora in pieno Ottocento, ci presenta il saldo definitivo della tradizione dottrinale del diritto comune, con una esposizione piana e lineare di tutte le tipologie di società e delle loro caratteristiche, non omettendo di trattare, per quel che qui rileva, la questione della trasmissibilità della società agli eredi⁴⁰.

A questo proposito, pur nella conferma della disciplina tradizionale, si possono rinvenire alcuni spunti, che lasciano spazio a nuove aperture verso una maggiore tutela degli assetti societari costituiti: due di queste ci sembrano meritevoli di essere prese in considerazione.

Nella prima Zanchi si sofferma sulla possibile trasmissione della società nella quale ci sia un socio che si limita al solo conferimento; per quanto gli autori citati non siano d'accordo – e, tutto sommato, nemmeno lui lo sia⁴¹ – egli evidenzia, parlandone, che nella pratica giudiziaria e forense vi

³⁹ Ignorato dall'*Onomasticon* di Luigi Ferrari, la sola informazione biografica su questo autore settecentesco che si ricava dai frontespizi delle sue opere giuridiche è quella di esser stato avvocato della Curia romana: il trattato di cui nel testo fu dedicato al papa Pio VI (dedica che non verrà ristampata nell'edizione Florentiae, Apud Josephum Celli, 1838), mentre altri suoi lavori, di poco precedenti, sono il *Tractatus de praelatione creditorum*, Typis et sumptibus Generosi Salomoni, 1766 e il *Tractatus de laesione domi, forisque desideratissimus*, Romae, Typis, et sumptibus Generosi Salomoni, 1771, dedicato al pontefice Clemente XIV. Non doveva essere scevro da interessi eruditi, se mandò alle stampe una breve storia della città di Vejo, che egli stesso presenta quale «operetta picciola sì di mole, ma pur degno oggetto della Repubblica Letteraria»; ci si riferisce a C. ZANCHI, *Il Vejo illustrato*, Roma, Nella Stamperia di San Michele a Ripa, 1768; la citazione è tratta dalla dedicatoria (senza numerazione delle pagine). Un cenno all'autore e alle opere, in V. LA MANTIA, *Storia della legislazione italiana*, I, Roma e lo Stato Romano, Roma-Torino-Firenze, 1884, 717.

⁴⁰ C. ZANCHI, *Tractatus de societate universam societatis materiam complectens*, Romae, Apud Antonium Fulgonium, 1786, pars 3, cap. 11 *De societate ad haeredes transmissibili*, 312-318. Dal sommario del successivo cap. 12 (318, n. 13) è tratto il titolo di questo saggio. Di questo trattato esiste anche una ristampa anastatica realizzata a Torino nel 1972 per i tipi della Bottega d'Erasmo.

⁴¹ Aveva infatti lasciato intendere, in precedenza, di essere favorevole a ritenere che la società potesse continuare con gli eredi, nel caso in cui il socio defunto non fosse stato scelto per la sua industria, conformemente ad un orientamento sorto all'interno della Rota

era stata una discussione in merito⁴². Si riferiva ad un *consilium* di Giovanni Francesco de Ponte⁴³, che aveva ripreso una decisione del Sacro Regio Consiglio di Napoli, ascrivibile ad Antonio Capece⁴⁴, dove si dava conto del tentativo di affermare la continuazione della società in caso di morte di un socio che si era limitato al solo conferimento di denaro; ma tanto il Tribunale, quanto il consulente avevano concluso per la impossibilità di questa soluzione, in quanto contraria al diritto vigente e alla costante interpretazione giurisprudenziale⁴⁵.

Anche in questa fattispecie, secondo Zanchi, si deve applicare la regola generale, perché il socio che conferisce soltanto il denaro e che quindi può apparire per questo ozioso rispetto alle attività che vengono svolte dagli altri soci, in realtà è pur sempre utile alla società: non fosse altro per rendere più solido l'affidamento dei terzi verso la società stessa⁴⁶.

A questo riguardo un interessante consiglio di Pier Filippo Della Cornia († 1493) si era espresso in termini analoghi, per quanto esso trattasse di una società collegata all'estrazione del sale, assimilabile – teste Baldo nella *l. Adeo*⁴⁷ – alla società vettigale, dato che la disciplina di questa si esten-

Romana; salvo poi constatare che «*conclusio haec tamen in puncto juris revocatur in dubium*»; cfr. C. ZANCHI, *Tractatus de societate*, cit., pars 2, cap. 5 *De societate generali*, 147, n. 117.

⁴² C. ZANCHI, *Tractatus de societate*, cit., 315, n. 21.

⁴³ Sul questo 'giurista politico' partenopeo (1541-1616), cfr. D. LUONGO, voce *De Ponte, Giovan Francesco*, in DBGI, I, 706 ss., cui appartiene la definizione virgolettata.

⁴⁴ Informazioni su questo feudista († 1535), in A. CERNIGLIARO, voce *Capece Antonio*, in DBGI, I, 419 s.

⁴⁵ Cfr. G.F. DE PONTE, *Cons. 90 Ex pluribus credo*, in ID., *Consilia sive Responsa*, II, Neapoli, Ex Typographia Tarquinii Longhi, 1615, 507, n. 15: «*Non obstat decisio Capyci, quam tamen non firmat, quia licet quando unus ponit pecuniam, et alius operam, dicat non videri finiri societatem, ex morte illius, qui ponit pecuniam, remanente altero, qui ponit operam, licet illud sit contra omnia iura, et decisiones*». La decisione cui si riferisce il consulente, nella quale Capece si era occupato di una società siffatta, si può leggere in A. CAPECE, *Decisiones novae Sacri Regii Concilii Neapolitani*, Francofurti, Ex officina Typographica Ioannis Saurii, 1600, 199-203, dec. 174. *Incidenter tantum*, il lettore non addentro alle dinamiche del diritto comune potrebbe chiedersi il perché della menzione di un'*opinio* non ricevuta; ciò si spiega, in base alla considerazione che «i giuristi oggi messi in minoranza non sono distrutti, restano buoni per un altro momento, se verranno rinforzi alla loro opinione» (così, efficacemente, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, 188). Nella materia in esame sembra esser avvenuto proprio questo, sebbene una volta superato il sistema di diritto comune.

⁴⁶ C. ZANCHI, *Tractatus de societate*, cit., 315, nn. 29-30: «*Additur, socium solam pecuniam conferentem, licet fingi otiosus velit, attamen sua persona potest, suaeque gratia, favore, praesentia, auctoritate, et consilio conciliare, atque dirigere contractus, et societati compendium afferre*».

⁴⁷ BALDO DEGLI UBALDI, *In l. Adeo morte ff. Pro socio*, cit., 125rb, aveva parlato, con

deva, secondo lo stesso consulente, «*in societatibus, quae fiunt super rebus publicis*»⁴⁸. Nel caso oggetto del parere, un certo Alovio aveva preso parte ad una società mediante un semplice conferimento di denaro, ma non aveva pattuito nulla riguardo all'eventuale passaggio all'erede – cosa pur sempre richiesta per la successione nella *societas vectigalium*⁴⁹ –. Pertanto, ad avviso di Della Cornia, la società, con la morte del socio, doveva considerarsi estinta; e comunque, a prescindere da questa considerazione, era del tutto irrilevante che egli avesse semplicemente versato somme di denaro: le qualità del socio, infatti, rilevavano anche nei confronti di un soggetto che apparentemente si fosse limitato ad effettuare un semplice conferimento, poiché «*eius persona suo credito et auctoritate erat utilis societati, et propter eius auctoritatem et favores ab eos praestandos fuerat cum eo societas contracta, et alias non fuisset contracta cum eo*»⁵⁰.

Un altro spunto verso l'attenuazione degli effetti dell'evento morte si rinviene in alcune riflessioni relative alla *persona certa* con la quale si contrae una società: ribadita la tradizionale impostazione secondo la quale non si può prescindere dalla *industria personae* nelle società private, Zanchi ricorda che l'ereditarietà si verifica, oltre che nella società vettigale (secondo le espresse previsioni di legge), anche nelle società 'improprie' come la colonia parziaria, dove non rileva l'industria della persona (elemento che invece è essenziale per la società), proprio perché questa particolare fattispecie contrattuale è avvicinabile più alla locazione, che alla società. Anche qui, come per la precedente questione del socio di solo conferimento, lo spunto, risalente ad elaborazioni medievali, aveva trovato un avallo nella prassi consulente⁵¹ ed aveva avuto addirittura il suggello di un grande

riferimento alla diversa disciplina delle società vettigali rispetto a quelle private, di «*societas publicorum vectigalium, vel similitum*» ed aveva concluso il suo commento rammentando le ipotesi di «*qui associant se ad emendum communantias istius civitatis, ut fructus, lacus, vel clusii, vel gabellarum, et similia*». Una parificazione di regime giuridico che, come non manca di notare lo stesso giurista, trovava il suo fondamento nel § *In haeredem l. Verum ff. Pro socio* (D. 17.2.63[64].8), ove la gl. *Caeterorum* aveva aggiunto alle *societates vectigalium*, quelle relative allo sfruttamento delle miniere d'oro, d'argento e di creta.

⁴⁸ Così P. F. DELLA CORNIA, *Cons. 121 Quanquam videatur*, in ID., *Consilia sive Responsa*, I, Venetiis, [Società dell'Aquila che si rinnova], 1582, 132va, pr.

⁴⁹ P. F. DELLA CORNIA, *Cons. 121 Quanquam videatur*, 132va, n. 1; in proposito, cfr. *supra*, nt. 37.

⁵⁰ P. F. DELLA CORNIA, *Cons. 121 Quanquam videatur*, 132vb, n. 2.

⁵¹ G. V. ONDEDEI, *Cons. 85 Sententiae*, in ID., *Consilia sive Responsa*, I, Venetiis, Apud Haeredem Luciani Parini et socios, 1592, 710, nn. 16-17). L'eugubino Giovan Vincenzo Ondedei († 1603) è ricordato esclusivamente per la sua produzione di opere dal carattere eminentemente pratico (*Consilia e Resolutiones*); un cenno in L. IACOBILLI, *Bibliotheca Umbriae sive de scriptoribus Provinciae Umbriae, Fulginiae*, Apud Augustinum Alterium,

maestro del *mos italicus*, quale il cardinale Francesco Mantica⁵².

Nonostante il perdurante ossequio verso la dottrina tradizionale, i tempi cominciavano a far presagire ormai quei cambiamenti che, mediante l'importazione di modelli d'oltralpe, avrebbero trovato sbocco nella codificazione.

5. Una linea alternativa: l'esperienza giuridica francese

È proprio in terra di Francia che erano maturate, nel corso dell'Ancien Régime, alcune teoriche che, fondate sulla consuetudine, avevano portato all'ammissibilità di pattuizioni con le quali si fosse disposto il passaggio della qualità di socio all'erede del socio defunto.

Ne dà conto puntualmente Robert-Joseph Pothier nel suo *Traité du contrat de société*, da un lato ricapitolando la dottrina romanistica delle società, dall'altro evidenziando le eventuali modifiche riscontrabili nella prassi⁵³.

Egli rileva innanzitutto come lo scioglimento della società a causa della morte di un socio produca due effetti: il primo è quello che l'erede, pur succedendo nei beni e nei debiti che il *de cuius* aveva in ragione della sua qualità di socio, non subentra però in tale sua qualità⁵⁴; il secondo è che la società si scioglie anche per i soci superstiti, qualora non vi sia una specifica pattuizione a favore della continuazione della società, già consentita in base a D. 17.2.65[66].9⁵⁵.

Trattando del primo effetto, Pothier osserva che i giureconsulti romani avevano sancito la nullità delle pattuizioni che stabilivano la continuazione della società con l'erede del socio defunto (D. 17.2.59[60]) e, ripren-

1658, 163, che lo definisce «*Jurisconsultus praestantissimus, et in Civitate Perusina Advocatus, et Consultor integerrimus*».

⁵² F. MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, I, Romae, Ex Typographia vaticana, 1609, L. 6, tit. 24, 432, n. 30. Precisava il giurista friulano che la regola secondo la quale «*societas morte intelligitur dissoluta, nec transit ad haeredes*» si applica «*in societate proprie dicta*» e non in quella impropriamente detta, come è la locazione «*pro certa fructuum quantitate*»; infatti qui il colono parziario è sì chiamato socio, però la locazione non si scioglie con la morte e passa agli eredi.

⁵³ Conformemente a quel modo di procedere dell'autore che ha reso tutti i suoi trattati «*simples, méthodiques et judicieux*», in quanto frutto della sua «*double expérience de magistrat et de professeur*», secondo la condivisibile valutazione a suo tempo espressa da F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, 1948, 426.

⁵⁴ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de société*, Paris, Letellier et al., 1807, cap. 8, § 3, 99, n. 144.

⁵⁵ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de société*, cit., 100, n. 146.

dendo la lunga tradizione interpretativa che abbiamo sopra esaminato, afferma che

il étoit contre la nature de la société qu'elle pût se contracter avec une personne incertaine et inconnue, et par-conséquent, avec les héritiers des parties contractantes, qui lors du contrat étoient des personnes incertaines, l'associé ne pouvant pas même s'engager à se donner pour héritier une certaine personne⁵⁶.

Nondimeno, dopo essersi così espresso, egli ritiene che questa ragione «a plus de subtilité que de solidité»: infatti, gli appare contraddittorio il fatto che gli stessi giuristi romani avessero ammesso una tale pattuizione per gli appalti delle rendite pubbliche, per poi negarla nelle società ordinarie; cosicché, in definitiva, gli sembrano ben giustificate alcune posizioni dottrinali consolidate, quantunque non in modo unanime, nel diritto francese di matrice consuetudinaria, che avevano asserito la validità delle convenzioni che ammettevano la successione dell'erede al socio defunto⁵⁷.

A questo proposito, una *auctoritas* di riferimento viene da lui rinvenuta nella *Practica forensis* del giurista Jean Masuer, un manuale processuale molto apprezzato, forgiato sulla *coutume* dell'Auvergne, originariamente scritto in latino e dipoi tradotto in francese, che è stato ritenuto con ragione «le plus célèbre coutumier du XVe siècle»⁵⁸.

Sulla problematica in esame, dopo aver asserito che «*finitur societas morte unius consociorum*», Masuer aveva precisato che questo valeva «*nisi fuerit adiectum quod transeat ad liberos et haeredes, quia valet pactum vel adiectio de consuetudine*», nonostante i testi romani indicassero appunto un'opposta soluzione; infatti, a suo avviso, l'aggiunta esplicita dell'estensione agli eredi faceva sì che la società dovesse trasmettersi agli eredi del socio defunto⁵⁹, in forza della portata obbligatoria della *stipulatio* intervenuta tra i soci stessi⁶⁰.

Accanto però all'opinione di Masuer ne erano comparse parecchie altre che si attestavano sulla interpretazione tradizionale: lo stesso Pothier ram-

⁵⁶ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de société*, cit., 100, n. 145.

⁵⁷ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de société*, cit., 100, n. 145, in fine.

⁵⁸ Così J. VENDRAND-VOYER, voce *Masuer* (*Mazuer, Masuyer*) *Jean*, in DHJF, 546.

⁵⁹ JEAN MASUER, *Practica forensis*, Lugduni, Apud Carolum Pesnot, 1577, tit. 29 *De societate*, 254, n. 35. Testualmente: «*Illa eim adiectio, et haeredibus, operatur quod illud quod de se extinguitur cum persona, transmittitur ad haeredes*» (254, n. 35). Nessuna variante di significato nella versione francese, *La pratique de Masuer [...] mise en françois par Antoine Fontanon*, Paris, Chez Sebastien Nivelles, 1597, tit. 28 *Des associations*, 402, n. 35.

⁶⁰ In questo senso debbono intendersi, a nostro parere, i luoghi romanisti indicati dal pratico quattrocentesco, cioè la *l. Stipulatio § Si quis ita stipulatus* ff. *De verborum obligationibus* (D. 45.1.38.24), la *l. Cum precario* ff. *De precario* (D. 43.26[25].12) e la *l. Non solum § Morte* ff. *De novi operis nunciatione* (D. 39.1.8.6), sul quale la *lectura* di Bartolo.

menta la tesi dell'avvocato di Montpellier, Antoine d'Espeisses⁶¹, il quale aveva ritenuto che la società si estinguesse con la morte di un socio e soltanto nel caso di una Société de Ferme publique sarebbe stata possibile la successione degli eredi. A suo avviso, se era valida la pattuizione con la quale si fosse previsto che, in caso di morte di un socio, la società continuasse tra i superstiti – questo perché l' 'industrie' di ciascun socio era ben conosciuta agli altri e quindi i soci, liberamente e consapevolmente, avevano scelto di continuare l'attività – diverso era il caso di pattuizioni a vantaggio degli eredi, poiché la loro 'industrie' non era affatto conosciuta da tutti i soci; cosicché, seguendo la tradizione, egli aveva potuto concludere che «le pacte fait par les Associés, que la Société seroit transmise aux Héritiers de celui qui décéderoit, n'est valable»⁶².

E sulla stessa linea interpretativa si era collocato un famoso avvocato al Parlamento di Parigi, Gabriel Argou (1640-1703)⁶³, per il quale i soci non potevano stipulare un patto con il quale si fosse stabilito che la società sarebbe continuata con l'erede del socio defunto, tranne nel caso degli appalti pubblici,

parce que l'une des choses des plus essentielles de la société, c'est le choix des personnes, et leur industrie. Or, on ne connoît pas des héritiers qui sont toujours incertains jusqu'à la mort de l'associé; c'est pourquoi on ne peut ni les choisir, ni avoir aucune confiance en eux⁶⁴.

Anche in Francia, dunque, pur in presenza, già nell'Ancien Régime, di novità interpretative, un completo cambiamento di rotta in merito alla successione nella società non si era ancora verificato.

6. La svolta dei Codici

Nella varietà di opinioni dottrinali, quella di Pothier, come noto, era destinata ad essere ricevuta dai codificatori napoleonici, anche nella materia di nostro interesse.

⁶¹ Su questo giurista (1594-1698), fra l'altro, convinto sostenitore dell'uso della lingua francese per la trattazione del diritto, cfr. D. DEROUSSIN, voce *Despeisses (d'Espeisses) Antoine*, in DHJF, 252.

⁶² A. D'ESPEISSES, *Traité des contrats*, in ID., *Œuvres*, I, Toulouse, Chez J. Duplex, 1778, part. 1, tit. 3, sect. 3, 152, n. 4.

⁶³ Ragguagli bio-bibliografici in P. BONIN, voce *Argou Gabriel*, in DHJF, 18 s.

⁶⁴ G. ARGOU, *Institution au droit françois*, revue, corrigée et augmentée par A.-G. Boucher d'Argis, II, Paris, Chez Knapen, 1771, L. 3, chap. 32, 324 s.

Sicché il Code civil des français, se all'art. 1865 n. 3 poteva disporre che la società si estingue «par la mort naturelle de quelqu'un des associés», all'art. 1868 esso ammetteva le pattuizioni che consentissero di continuare la società con l'erede al posto del socio defunto, prevedendo che

S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivant, ces dispositions seront suivies [...] ⁶⁵

Gli autori della cosiddetta Scuola dell'Esegesi ci offrono le ragioni della soluzione adottata dal Codice, rinvenendole non solo nell'autorità di coloro che già nell'esperienza del diritto comune l'avevano sostenuta – da ultimo lo stesso 'Père du Code civil' –, ma soprattutto nella modificata situazione economico-sociale, dove i nuovi codici del diritto privato avrebbero dovuto operare.

Nello sforzo, avvertito dai codificatori, di dare una normativa puntuale alle società, si inserisce anche la differenziazione tra società civili e società commerciali ⁶⁶, non fosse altro in conseguenza delle due diverse *sedes materiae* – rispettivamente il Codice civile e quello di Commercio –, dove andavano ad essere disciplinate: e proprio per queste ultime, allorché si trattasse di società di capitali, nelle quali il capitale conferito era del tutto 'circolante', come nella società anonima e nell'accomandita per azioni, appariva del tutto inconferente che si potesse mantenere la regola della estinzione della società per la morte di un socio ⁶⁷.

Già il principale studioso del diritto commerciale d'inizio Ottocento, Jean-Marie Pardessus, riteneva quindi che tale regola nelle società commerciali dovesse limitarsi alle società di persone – sicuramente a quella in nome collettivo, ma anche, seppur con i dubbi di qualche interprete, a quella in accomandita – mentre «la mort d'un associé ne peut être un motif de dissolution d'une société anonyme» ⁶⁸.

⁶⁵ Nella traduzione ufficiale italiana del *Codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia*, Firenze, 1806: «Quando siasi stipulato che in caso di morte di uno dei socj, la società debba continuare col suo erede, ovvero che debba continuare fra i socj superstiti, tali disposizioni dovranno eseguirsi (...)».

⁶⁶ Si legge in un diffusissimo commentario che «la distinzione tra le società civili e commerciali non era del tutto ignota nel nostro antico diritto, solamente gli autori antichi che si sono occupati del contratto di società non hanno per nulla nettamente separato le due specie di associazioni, oggi si è profondamente distinte»; cfr. P. PONT, *Comentario della società*, in V. MARCADÉ-P. PONT, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, VIII/2, Napoli, 1880, 75, n. 96.

⁶⁷ Per una recente panoramica sulle società di capitali nel Code de commerce, cfr. A. MONTI, *Per una storia del diritto commerciale contemporaneo*, Pisa, 2021, 54 ss.

⁶⁸ J.-M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, II, Bruxelles, 1836, 527, n. 1058.

Nell'ambito delle società civili, invece, permaneva la dottrina tradizionale, per quanto riguardava la considerazione degli effetti risolutivi derivanti dall'evento morte, ma si registrava, come detto, il cambiamento di valutazione rispetto alle pattuizioni circa la successione dell'erede: qui, infatti, si doveva evitare ogni limitazione alla libertà dei contraenti; sicché un personaggio di primo piano come Raymond-Théodore Troplong, non scevro da interessi storici⁶⁹, potrà in maniera sprezzante concludere che «tutto ciò che di contrario [alla disciplina permissiva del Code civil] riscontrasi nei libri non è altro che un avanzo del puro dritto romano non più adatto ai nostri tempi»; e pertanto non doveva essere tenuto in alcuna considerazione dagli interpreti⁷⁰.

Anche la ragione delle qualità personali del socio non ostava più al patto relativo alla successione: scriverà, infatti, un tardo esegeta, Louis-Vincent Guillouard (1845-1925), lodando la soluzione adottata dal Codice, che

les associés savent mieux que personne si la nature de leur société se concilie avec l'admission d'un inconnu dans leurs rangs, et, s'ils stipulent que l'héritier prendra la place de son auteur, c'est qu'ils savent que leur société n'en souffrira pas⁷¹.

Non v'era alcuna ragione, insomma, per non salvaguardare la più ampia libertà dei contraenti⁷².

Infine, non si mancava di sottolineare, da altri, come anche nelle «società puramente civili» si potessero avere fattispecie nelle quali era ammessa

Sull'autore, cfr. L. MOSCATI, *Dopo e al di là del Code de commerce: l'apporto di Jean-Marie Pardessus*, in C. ANGELICI-M. CARVALE-L. MOSCATI-U. PETRONIO-P. SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008, 47 ss.

⁶⁹ Si è discusso altrove di questo suo atteggiamento, pur in un contesto di stretto legalismo; ci sia consentito il rinvio ad A. LANDI, *Dalla gratuità necessaria alla presunzione di onerosità*, I, *Il mutuo ad interesse dal tardo Diritto comune alla codificazione italiana del 1865*, Torino, 2017, 77 ss.

⁷⁰ R.-T. TROPLONG, *Il dritto civile spiegato secondo l'ordine del Codice – Del contratto di società civile e commerciale*, Livorno, 1843, 443, n. 880.

⁷¹ L.-V. GUILLOUARD, *Traité du contrat de société*², Paris, 1892, 384, n. 296. Essendo allievo di Jean-Charles Demolombe, questo trattato costituisce una continuazione del suo commentario al Codice; cfr. J.-J. CLÈRE, voce *Guillouard Louis-Vincent*, in DHJF, 390 s.

⁷² Una posizione, questa, emersa, d'altra parte, anche nel corso dei lavori preparatori; cfr. J.-B. TREILHARD, *Présentation au Corps législatif et exposé des motifs*, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIV, [Réimpression de l'édition 1827], Osnabrück, Otto Zeller, 1968, 403: «Nous ne trouvons rien, qui blesse la bonne foi, les convenances, ni les bonnes mœurs dans la clause qui admettait l'héritier de l'associé; si telle a été la volonté des parties, pourquoi ne serait-elle pas exécutée?». Un'opinione che costituisce l'esatto capovolgimento di quanto asserito da Francesco Corti *sr.* nel *consilium*, *supra*, nt. 24.

la continuazione, dopo la morte di un socio: queste erano costituite dalla colonia e dalla soccida⁷³, secondo una direttrice che partiva, come abbiamo visto con riguardo alla colonia parziaria, dall'esperienza del diritto comune e che non possiamo qui prendere in considerazione.

7. *Per concludere*

Se volessimo conclusivamente considerare gli esiti contemporanei dell'itinerario che abbiano tracciato nelle pagine precedenti, non potremmo non sottolineare come la rilevanza dell'evento morte sulle vicende societarie sia andata sempre più affievolendosi, con il consolidarsi del nuovo ordine economico dettato dal capitalismo⁷⁴: l'esigenza di mantenere integra l'organizzazione produttiva, di fronte ad eventi che possano mettere in crisi il rapporto societario, sconvolgendo quella organizzazione, ha portato per esempio il legislatore italiano del 1942 ad escludere definitivamente la morte dal novero delle cause di scioglimento della società e a trasformare tale evento in «causa di parziale scioglimento»⁷⁵.

Il disposto dell'art. 2284 c.c., dettato per la società semplice – quella fattispecie societaria che più si avvicina alla società civile, già disciplinata dal codice civile del 1865 –, ma estensibile, *mutatis mutandis*⁷⁶, a tutte le altre società di persone, prevede, infatti, che in caso di morte di un socio, i soci superstiti debbano, salvo patto contrario, liquidare la quota agli eredi, persistendo nel rapporto societario, «a meno che preferiscano sciogliere la società, ovvero continuarla con gli eredi stessi e questi vi acconsentano».

Se da un lato la previsione del consenso degli eredi a subentrare nella posizione del *de cuius* evidenzia ancora la non automatica trasmissione *mortis causa* di quella posizione⁷⁷, dall'altro però vengono ormai pacifica-

⁷³ R.-T. TROPLONG, *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del Codice*, cit., 443, nn. 884-885; P. PONT, *Commentario della società*, cit., 516, n. 709.

⁷⁴ Una limpida analisi di questo consolidamento in R. TETI, *Un diritto per gli imprenditori. Il diritto commerciale dalle codificazioni ottocentesche al Codice civile del 1942*, Roma, 2018 e in F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Milano, 2016.

⁷⁵ *Relazione al Codice civile*, n. 935.

⁷⁶ Ci si riferisce all'art. 2322 c.c. per la società in accomandita semplice.

⁷⁷ Si leggeva ancora in un fortunato manuale di diritto commerciale che «se un socio muore, il rapporto non si trasmette agli eredi, perché essendo il contratto stipulato *intuitu personae* non è indifferente ai soci stare in società con uno anziché con un altro»; così F.

mente ammessi quei patti successori un tempo vietati in forza della *l. Adeo*.

Inoltre, non è certo un caso che questa disciplina sia stata dettata soltanto per le società di persone e non valga per quelle di capitali: per queste ultime, infatti – che hanno, come è noto, personalità giuridica e sono pertanto assolutamente distinte dalle persone dei soci –, è prevista la libera trasmissibilità delle quote, che può, ovviamente, avvenire sia per atto *inter vivos* che *mortis causa*.

Possiamo allora concludere che, ancora una volta, le istanze provenienti dall'economia e dai cambiamenti sociali, prontamente ricevute dal diritto commerciale, hanno portato a rimodellare gli istituti civilistici – in questo caso, la società – secondo le nuove esigenze: anche in questa materia – per usare una ben nota espressione di un insigne maestro – il diritto commerciale, con la sua visione della società legata all'impresa, si è mostrato come il «vero bersagliere del diritto privato»⁷⁸.

FERRARA JR.-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*¹³, Milano, 2006, 283. Sull'*intuitus personae* quale elemento identificativo delle società di persone, cfr. G. OPPO, *L'identificazione del tipo 'società di persone'*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 622 s.

⁷⁸ L'espressione, del civilista Vittorio Polacco, è stata ricordata da P. GROSSI, *Note introduttive: vocazione corporativa e vocazione globale del diritto commerciale*, in *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, Atti del Convegno di Como, 18-19 Ottobre 2007, a cura di S. ROSSI-C. STORTI, Varese, 2009, 18.

FRANCESCA CRISTIANI

LA SUCCESSIONE DEL CONVIVENTE DI FATTO: UNA REGOLAMENTAZIONE OPPORTUNA, NECESSARIA, CONCRETAMENTE ATTUABILE?

SOMMARIO: 1. La convivenza di fatto: sintesi della evoluzione normativa e giurisprudenziale fino alla legge n. 76/2016. – 2. La regolamentazione delle convivenze di fatto alla luce della normativa del 2016. – 3. Il regime successorio della convivenza di fatto. – 4. Strumenti di tutela del convivente di fatto in sede successoria *de iure condito*. – 5. I principi in materia elaborati dalla Commissione Europea per il diritto di famiglia: un possibile riferimento per i legislatori nazionali? – 6. *De iure condendo*: la tutela del convivente superstite tra opportunità, necessità e concreta attuazione.

1. *La convivenza di fatto: sintesi della evoluzione normativa e giurisprudenziale fino alla legge n. 76/2016*

La convivenza tendenzialmente stabile tra uomo e donna, con o senza figli, non consacrata nel vincolo matrimoniale, è un fenomeno che ha subito una evoluzione estremamente significativa, che si pone nel solco dei mutamenti della stessa concezione della famiglia, alla quale, per unanime constatazione, non è più possibile attribuire un significato unitario¹. La dif-

¹ Pongono in luce la non univocità del concetto di famiglia, l'esistenza di una pluralità di modelli familiari data la molteplice configurazione dei legami di coppia nella società contemporanea, *ex plurimis*, T. AULETTA, *Riforme ed evoluzione del diritto di famiglia, riflessioni su un percorso di mezzo secolo*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di U. SALANITRO, Pisa, 595 ss.; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1105 ss.; M. BIANCA, *I diversi statuti della casa familiare nella complessità dei modelli familiari*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 221 ss.; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unioni civili: fine della partita?*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 127 ss.; A. GORASSINI, *Il nuovo ordine della famiglia nella società del terzo millennio*, in *La famiglia all'imperfetto?*, Napoli, 2016, 15 ss.; N. LIPARI, *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in N. LIPARI-S. PATTI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Milano, 2024, 33 ss.; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 1306 ss.; F. PARENTE,

ficoltà di identificare un ambito di applicazione comune per le norme che presuppongono un riferimento alla famiglia si arricchisce di ulteriori interrogativi in relazione ad una possibile configurazione europea di modello familiare², con la inevitabile complessità derivante dalla convivenza di fonti di diversa origine e natura³; per porsi, poi, in termini ancora più complessi a seguito dell'emanazione della normativa che prevede l'applicazione alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso delle disposizioni che si riferiscono al matrimonio ed ai coniugi⁴ e che detta una disciplina, seppur priva di unitarietà ed esaustività, in relazione alle convivenze di fatto⁵.

I modelli familiari dopo la legge sulle unioni civili e sulla convivenza di fatto, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 956 ss.; R. PICARO, *Le famiglie e la loro regolazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1419 ss.; M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. famiglia*, 2014, 1248 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Dir. famiglia*, 2016, 221; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi*, parte I, *Dalla "famiglia-istituzione" alla "famiglia-comunità": centralità del "rapporto" e "primato della persona"* in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1043 ss.; G.E. VACCARO, *Il diritto individuale ad avere una famiglia tra il modello familiare tradizionale e le nuove unioni affettive*, in *Dir. famiglia*, 2015, 759 ss.; P. ZATTI, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, a cura di G. FERRANDO-M. FORTINO-F. RUSCELLO, vol. I, 2^a ed., *Relazioni familiari matrimonio e famiglia di fatto*, Milano, 2011, 3 ss. Parla dei diversi modelli di famiglia originati dal divorzio E. AL MUREDEN, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, in *Fam. e dir.*, 2021, 23 ss. In proposito si vedano altresì in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, Atti del Convegno Ca' Foscari Venezia 11-13 novembre 2021, a cura di CAMARDI, Padova, 2022, le relazioni di F.D. BUSNELLI, *Divorzio e famiglie, mezzo secolo di storia del diritto italiano. La parabola del matrimonio tra la crisi dell'istituto e la "resilienza" di una istituzionalizzazione familiare*, 9 ss.; P. DI NICOLA, *Differenziazione dei modelli familiari e pluralizzazione del legami di coppia*, 81 ss.; G. FERRANDO, *Divorzio e riforme degli istituti familiari*, 37 ss.; S. PATTI, *Dall'isola all'arcipelago?*, 49 ss.; M. SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, 67 ss.

² V.F.D. BUSNELLI, *La famiglia nella cultura giuridica europea*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 148 ss. e *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 767 ss. Prende in considerazione la prospettiva transnazionale anche V. SCALISI, *"Famiglia" e "Famiglie" in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 7 ss. e in *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi*, parte II, *Pluralizzazione e riconoscimento anche in prospettiva europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1287 ss. In proposito cfr. inoltre S. PATTI, *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit., 1 ss.; W. PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008, 89 ss.; S. WINKLER, *Il diritto di famiglia*, in *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea* a cura di G.A. Benacchio-F. Casucci, Torino, 2017, 305 ss.

³ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 1447 ss.; M. TRIMARCHI, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in *Jus civ.*, 2017, 393 ss.

⁴ Parla di un "ribaltamento dell'assetto complessivo che non potrebbe essere più netto rispetto alla tradizione" M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare*, cit.

⁵ La legge n. 76/2016 è così intitolata: "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze".

Il rapporto di coppia, che assume una precisa veste giuridica con il matrimonio e con l'unione civile, può sussistere infatti, in concreto, anche indipendentemente dal requisito della formalizzazione del vincolo. La relazione affettiva e duratura che si esplica anche in una stabile convivenza, situazione gradualmente sempre più diffusa nella realtà sociale⁶, e non solo nazionale⁷, è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina⁸ fin dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 nella quale, pur non contemplandosi alcuna regolamentazione in positivo dei rapporti (all'interno e verso l'esterno) tra conviventi, già si ponevano le basi almeno per il superamento della discriminazione tra figli⁹, in conseguenza che la loro nascita fosse avvenuta, o meno, in costanza di matrimonio¹⁰.

⁶ Rileva come "la maggior parte delle giovani coppie consideri il matrimonio come conseguenza solo eventuale di un rapporto che si è venuto consolidando nel tempo" N. LIPARI, *Famiglia*, cit., 43.

⁷ Pone in luce il panorama estremamente frammentario presente nell'ambito delle principali esperienze europee, con la difficoltà di individuare specifici modelli in cui si declinano le regole sulle convivenze F. VIGLIONE, *I rapporti di convivenza: esperienze europee*, in *Nuove leggi civ. comm.*, II, 1723 ss.

⁸ Si vedano, all'indomani della riforma del 1975, gli Atti del Convegno nazionale: *La famiglia di fatto*, Pontremoli 27-30 maggio 1976, Montereale, 1977, con i contributi di E. Bagnoli, L. Baldini, A. Barassi, P. Barile, P. Berardi, M. Bertocchi, F. Bile, F. Brignola, M. Brignole, R. Brunetti, F.D. Busnelli, R. Calderone, E. Chiavacci, A. Cicala, F. Coco, A. Corasaniti, G. De Leone, G. Delfini, G. Delle Pere, A. Del Nero, E. De Paola, V. D'Orsi, M. Durante, A. Ferrati, E. Ferri, V. Franceschelli, B. Grandi, A. Jannarelli, A. Jannuzzi, F. Leto, N. Lipari, M.E. Martini, G.P. Meucci, L. Montoro, U. Padoin, M. Parenti, P. Pascali, A. Piraino, S. Pirrone, D. Pone, C. Ruggiero, D. Riccomagno, E. Riviello, F. Salaris, V. Santucci, G. Stella Richter, M. Stella Richter, S. Zhara-Buda. Tra i numerosi riferimenti bibliografici cfr., tra altri, nel tempo, G. AUTORINO STANZIONE, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, Milano, 1988, 847 ss.; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004; F.D. BUSNELLI-M. SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, a cura di G. CIAN-G. OPPO-A. TRABUCCHI, Padova, 1993, 801 ss.; M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 175 ss. e, del medesimo Autore, *agg.*, 2003, 18 ss.; e la stessa voce a cura di M.R. MOTTOLA, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, V, Torino, 2010, 568 ss.; P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 601; A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica - Scritti in onore di Trabucchi*, Padova, 1988, 540 ss.

⁹ La linea evolutiva volta all'equiparazione dello *status* giuridico dei figli di coppie sposate con i figli delle coppie di fatto è stata successivamente portata a definitivo compimento con la legge n. 219/2012, che ha reso applicabili alle coppie conviventi anche le norme sull'affidamento condiviso e la competenza del giudice ordinario per le cause che trattano di affidamento e di assegno di mantenimento, sottraendole al giudice minorile: così rileva M.R. MOTTOLA, voce *Famiglia di fatto*, cit.

¹⁰ V., per tutti, G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. V, t. 1, Milano, 2002, 212 ss.

La convivenza di coppia, priva del crisma che sottopone il rapporto ad una specifica regolamentazione, determina conseguenze in relazione alle quali trova il massimo spazio la libera determinazione dei soggetti coinvolti, conviventi ed uniti, per scelta, in una relazione che non irradia i suoi effetti nei confronti dei terzi e che non li costringe, pressoché in alcun modo, con l'imposizione di obblighi e limiti.

La regolamentazione di un legame di coppia con queste caratteristiche era prevista, prima della legge n. 76/2016, soltanto in specifiche ipotesi normative e come effetto di alcune pronunce giurisprudenziali¹¹, con il risultato di una disciplina che, lungi dall'assumere carattere generale, risultava tendenzialmente frammentaria. Così come risultava estremamente ridotta, nei confronti dei conviventi di fatto, la titolarità e la tutela di situazioni di vantaggio, sia tra di loro, che nei confronti dei terzi.

La normativa del 2016 ha dettato per la prima volta una disciplina applicabile alla "convivenze di fatto"¹², delle quali ha dato una precisa definizione nel comma 36 dell'art. 1, con la conseguenza di circoscrivere il campo di applicazione della normativa soltanto alle ipotesi inquadrabili in tale ambito definitorio¹³, caratterizzate da una stabilità del rapporto.

Pertanto, la legge del 2016 non giunge ad abbracciare tutte le situazioni nelle quali un rapporto di coppia si instaura e si realizza con una abituale convivenza: ciò determina la persistente attualità di un'indagine sugli effet-

¹¹ Rileva come anche in molti Paesi europei che non presentano una disciplina unitaria del rapporto di convivenza, ma certamente non ne escludono la rilevanza, quest'ultima emerga non solo in previsioni sparse nei vari settori ordinamentali, "ma anche in quella fitta rete di decisioni giudiziali che hanno nel tempo introdotto adeguati strumenti di tutela del *partner*, durante la vita del rapporto o al momento della rottura di esso" F. VIGLIONE, *I rapporti di convivenza*, cit. Osserva come, venuto meno l'antico disfavore sociale per tali forme di organizzazione dell'esistenza, l'esperienza più o meno simile in diversi Paesi abbia determinato l'accoglimento di singole istanze, garantendo la tutela richiesta mediante diritto giurisprudenziale o interventi del legislatore relativi a specifiche problematiche S. PATTI, *Le convivenze "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Foro it.*, 2017, I, 302.

¹² L'emanazione di una disciplina in materia supera, nei fatti, "le perplessità di ritenere arbitrario accordare tutele cogenti in favore di coloro che per scelta le avevano volute evitare in spazi giuridici in cui peraltro non sono rilevanti le promesse o gli obblighi assunti": così A. GORASSINI, *Convivenze di fatto e cd. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 854.

¹³ La scelta del legislatore di introdurre una definizione di "conviventi di fatto" alla quale far riferimento per individuare l'ambito di applicazione delle relative norme comporta inevitabilmente la conseguenza che per le convivenze, pur riconosciute come tali dalle leggi di settore, e che tuttavia fuoriescono dai confini definitivi delineati dal legislatore del 2016, si continuerà ad applicare la regolamentazione di fonte giurisprudenziale e legislativa che si è venuta a stratificare prima della legge del 2016. In questo senso cfr., tra altri, L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, costituzione, presupposti e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 924; C. BONA, *La disciplina delle convivenze*, in *Unioni civili e convivenze*, Pisa, 2016, 145.

ti della convivenza precedentemente alla cd. legge Cirinnà – in virtù delle disposizioni applicabili per indicazione normativa e interpretazione della giurisprudenza – anche in specifico raffronto con quanto espressamente previsto dalla medesima.

Inoltre, tale indagine risulta tuttora attuale in considerazione del fatto che la normativa dettata nel 2016 in riferimento alle convivenze di fatto, non avendo carattere di esaustività, non esclude che anche alle fattispecie inquadrabili nella definizione del comma 36 si applichino norme non specificamente dettate dalla legge medesima, per quanto dalla stessa non espressamente previsto.

Nel panorama normativo precedente al 2016 si possono individuare alcuni specifici casi nei quali la situazione del convivente risulta parificata a quella del coniuge. Queste ipotesi attengono tendenzialmente ad aspetti di natura personale e mirano a consentire la tutela di valori di rilevanza costituzionale, di fronte ai quali anche la giurisprudenza ha mostrato maggiori aperture¹⁴.

E tuttavia, proprio dalla esistenza di ipotesi individuate dal diritto positivo, nelle quali le norme relative ai coniugi vengono espressamente riferite anche al convivente, si deduce in via interpretativa la impossibilità di una equiparazione generalizzata di trattamento, che comunque non apparirebbe giustificata a fronte di una differenza di presupposti che, per quanto se ne possa valorizzare, più o meno, la rilevanza, resta comunque obiettivamente incontestabile¹⁵.

In questa sede, dato il tema affrontato, inquadrabile nell'ambito degli effetti di carattere *lato sensu* patrimoniale¹⁶, a tali effetti della convivenza di fatto ci si può limitare per uno sguardo di insieme, nel panorama della frammentaria regolamentazione sopra accennata¹⁷.

Si possono così ricordare, nell'ambito del rapporto di lavoro, l'art. 4 del-

¹⁴ Cfr. in proposito, tra altri, F. BOCCHINI, *Il diritto di famiglia, Le grandi questioni*, Torino, 2013, 274.

¹⁵ Così F.D. BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in *Atti del Convegno di Pontremoli*, cit., 133 ss. Lo stesso Autore, in *La famiglia nella cultura*, cit., rileva come la differenza di fondo che intercorre, *naturaliter*, tra i due fenomeni, sul piano sociale prima ancora che su quello giuridico se può, in certi momenti storici, affievolirsi, non può mai scomparire del tutto.

¹⁶ V. T. BONAMINI, *I diritti del convivente di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da G. Bonilini, Torino, 2022, vol. IV, 721 ss.

¹⁷ Per una diffusa analisi delle disposizioni normative e applicazioni giurisprudenziali relative ad effetti di natura personale tra i conviventi di fatto cfr. ancora T. BONAMINI, *I diritti del convivente di fatto*, cit., 726 ss.; per una valutazione di tali effetti, in raffronto agli stessi rispetto alla posizione dei coniugi, sia consentito rinviare a F. CRISTIANI, *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, Torino, 2019, 138 ss.

la legge n. 53/2000, in tema di congedi parentali, che espressamente riconosce al convivente stabile, purché la stabile convivenza con il lavoratore risulti da certificazione anagrafica, il diritto al permesso in caso di decesso o grave infermità del *partner*. A seguito di una pronuncia del 2016 della Corte Costituzionale¹⁸ il convivente di fatto è stato altresì ritenuto titolare dei diritti volti a garantire la possibilità di fruire di permessi retribuiti per l'assistenza al convivente affetto da *handicap* e patologie, ai sensi della legge n. 104/1992.

Inoltre, in virtù di un orientamento ormai consolidato, dapprima nella giurisprudenza di merito¹⁹, successivamente in quella di legittimità²⁰, che ha poi trovato conferma da parte della Corte Costituzionale, al convivente è stato riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per la perdita subita a causa della morte dell'altro membro della coppia di fatto²¹, in quanto "la tutela risarcitoria deve fondarsi su una relazione del terzo col bene protetto dalla norma incriminatrice, argomentabile, in via di enerenza empirica, in base ad uno stretto rapporto familiare (o parafamiliare, come la convivenza *more uxorio*)"²². Naturalmente ciò non esclude la necessità di dimostrare,

¹⁸ V. sentenza Corte cost. 23 settembre 2016, n. 213, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 152, con nota di A. CORDIANO, *Una nuova pronuncia di incostituzionalità della legge n. 104/1992: i confini evanescenti della convivenza di fatto non registrata*, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 33 della legge n. 104/1992, nella parte in cui non prevede il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito di tre giorni per l'assistenza alla persona gravemente disabile, in alternativa al coniuge ed al parente o affine entro il secondo grado.

¹⁹ Si vedano, ad es., Trib. Verona, 3 dicembre 1980, in *Resp. civ. e prev.*, 1981, 74; Trib. Lanciano, 29 giugno 1991, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 108, App. Milano, 16 novembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 3212; Trib. Milano, sez. X, 14 gennaio 2009, n. 449, in *Giustizia a Milano*, 2009, 1, 4; Trib. Bologna, sez. III, 14 aprile 2010, in *Il civilista*, 2011, 1, 54.

²⁰ Cfr. Cass. 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1849; Cass. Civ., 29 aprile 2005, n. 8976, in *Diritto e giustizia*, 2005, n. 27, 18; Cass. Civ., sez. III, 16 settembre 2008, n. 23725, in *Giust. civ.*, 2009, 12, I, 2714.

²¹ Sul tema cfr., tra altri, G. BRANCA, *Morte di chi convive more uxorio e risarcimento (in margine ad un caso di uccisione di un convivente adulterino)*, in *Foro it.*, 1970, IV, 142 ss.; G. ALPA, *Famiglia di fatto e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1976, IV, 64 ss.; A. FLAMINI, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale per l'uccisione del coniuge di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, 645 ss.; A. GENTILI, *Sul risarcimento del danno da morte del convivente nella giurisprudenza francese ed italiana*, in *Dir. famiglia*, 1985, 1126 ss.; F. GHSIGLIERI, *Il risarcimento del danno per uccisione del convivente more uxorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 598 ss.; C.G. TERRANOVA, *Convivenza e situazioni di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. I, 1^a ed., Milano, 2002, 877; più recentemente, M. TAMPIERI, *Il danno non patrimoniale. La lesione di valori costituzionalmente tutelati*, Padova, 2015, 60 ss.

²² Il riferimento è alla sentenza della Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale e il danno da morte*; in *Giust. civ.*, 1994, I, 3029, con nota di F.D. BUSNELLI, *Tre "punti esclamativi", tre "punti*

nel caso concreto, la duratura relazione di coppia e, dunque, la lesione del legame affettivo esistente²³.

Alla situazione di stabile convivenza di fatto è stato espressamente attribuito specifico rilievo per la tutela del diritto primario all'abitazione, attraverso la sentenza della Corte Costituzionale²⁴ intervenuta sull'art. 6 della legge n. 392/1978, dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevedeva tra i successibili *ex lege* nel contratto di locazione il convivente *more uxorio*, riconosciuto altresì titolare del diritto a succedere nel contratto al conduttore che abbia cessato la convivenza, in presenza di prole²⁵.

Sempre con riferimento al diritto all'abitazione, il convivente di fatto, non previsto dall'art. 12 del d.P.R. 30 dicembre 1972, n. 1035, che detta le norme applicabili agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, nell'elenco degli aventi titolo all'assegnazione, in caso di decesso del concorrente, è stato inserito tra gli aventi diritto dalla deliberazione adottata dal C.I.P.E. il 19 novembre 1981, recepita da varie leggi regionali, qualora abbia stabil-

interrogativi" e un "punto a capo" e in *Resp. civ. prev.*, 1994, 976, con nota di G. SCALFI, *L'uomo, la morte e la famiglia*.

²³ Recentemente, seppure in fattispecie relativa alla domanda di risarcimento del danno proposta dal convivente della madre del deceduto, la Corte di cassazione (Cass. Civ., sez. III, 15 novembre 2023, n. 31867, in *Gius. civ. mass.*, 2024), ha precisato che non è sufficiente l'allegazione della mera convivenza, ma è necessaria la prova di un legame affettivo, la cui lesione possa ritenersi fonte di pregiudizio non patrimoniale.

²⁴ Si tratta della sentenza 7 aprile 1988, n. 404. Si veda in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1627 con nota di A. TRABUCCHI, *Il diritto di abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 515, con nota di S. GIOVE, *Estensione della tutela prevista dall'art. 6, l. n. 392 del 1978 al convivente more uxorio*; in *Dir. famiglia*, 1988, 1559 ss., con nota di A. SCALISI, *Il "diritto" all'abitazione del convivente more uxorio nella successione del contratto locativo*, e in *Dir. famiglia*, 1990, 767, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale attribuisce (ma solo a metà) rilevanza giuridica alla famiglia di fatto*; in *Giur. cost.*, 1988, I, 1789, con nota di R. LENZI, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*. La Corte, modificando un orientamento precedentemente espresso (cfr. Corte cost. 14 aprile 1980, n. 45, in *Dir. famiglia*, 1980, 507), ha rilevato che la pronuncia non si giustifica nell'ottica di evitare un trattamento discriminatorio, in violazione degli artt. 2 e 3 Cost., a danno della convivenza *more uxorio*, ma in virtù "della contraddittorietà logica della esclusione del convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza"; la protezione dei figli nati fuori del matrimonio è altresì il fondamento giustificativo della declaratoria di illegittimità costituzionale della stessa norma nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione del conduttore che abbia cessato la convivenza quando vi sia prole naturale. V. in proposito, tra i numerosi contributi dottrinali, F. BOCCHINI, *Il diritto di famiglia, Le grandi questioni*, cit., 275; G. TERRANOVA, *Convivenza e situazioni di fatto*, cit., 867; C. MADONIA, *Diritto abitativo e convivenza more uxorio*, in *Dir. famiglia*, 2015, 1531 ss.

²⁵ Osserva come "previsioni normative contemplano espressamente il convivente tra i successori nel contratto di locazione in pressoché tutti i principali Paesi europei (pur con varietà di presupposti)" F. VIGLIONE *I rapporti di convivenza: esperienze europee*, cit., 1727.

mente convissuto con l'assegnatario defunto da almeno due anni anteriori al bando di concorso per l'assegnazione.

Nella stessa materia la Corte costituzionale si era espressa²⁶, in relazione all'art. 18 della legge reg. Piemonte 10 dicembre 1984, n. 64, dichiarandone la illegittimità nella parte in cui non prevedeva il diritto del convivente, affidatario della prole, a succedere nell'assegnazione dell'alloggio, in seguito alla cessazione della convivenza, con pronuncia che appare in parallelo a quanto già rilevato in riferimento al contratto di locazione. Anche in questo caso, infatti, la tutela del convivente si giustifica nella prospettiva della garanzia del diritto all'abitazione, non lasciando, peraltro, del tutto in ombra il carattere familiare della convivenza.

Il soggetto convivente da almeno cinque anni è altresì espressamente previsto come titolare del diritto di opzione all'acquisto, in caso di rinuncia dell'assegnatario, in ordine di gradazione, successivamente al coniuge, e prima dei figli, tra coloro che possono subentrare nell'assegnazione dell'alloggio in caso di alienazione da parte degli Istituti autonomi delle case popolari, dall'art. 13 del d.l. n. 112/2008, convertito nella legge n. 133 dello stesso anno.

Al di là di queste specifiche, sporadiche indicazioni normative e applicazioni giurisprudenziali, tuttavia, non si può non osservare come i più rilevanti effetti patrimoniali, di natura *lato sensu* attributiva, nel panorama normativo precedente alla legge n. 76/2016 siano pressoché totalmente assenti nell'ipotesi della coppia di conviventi di fatto, in raffronto con quanto accade nell'ambito del rapporto coniugale.

Così, per fare riferimento agli aspetti maggiormente significativi, si nota la mancanza di ogni diritto ed obbligo di natura alimentare, non essendoci alcun riferimento ai medesimi tra le categorie di soggetti tassativamente individuate dagli artt. 433 ss. c.c.

Il convivente di fatto non è preso in considerazione neppure come possibile partecipante dell'impresa familiare²⁷. Sotto quest'ultimo pro-

²⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte cost. 20 dicembre 1989, n. 559, in *Foro it.*, 1990, I, 1465 e in *Rass. dir. civ.*, 1991, 888, con nota di L. MEZZASOMA, *Ancora sulla irrilevanza della famiglia di fatto*.

²⁷ La Corte di Cassazione ha giudicato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 230-bis c.c., nella parte in cui esclude dai soggetti tutelati il convivente *more uxorio*, sul presupposto che la norma che regola l'impresa familiare si pone come eccezione rispetto alle norme generali in tema di prestazioni lavorative ed è pertanto insuscettibile di interpretazione analogica; pertanto, dato che elemento saliente dell'impresa familiare è la famiglia legittima, individuata nei più stretti congiunti, un'equiparazione fra coniuge e convivente risulta in contrasto con la circostanza che il matrimonio determina a carico dei coniugi conseguenze perenni ed ineludibili (quale il dovere di mantenimento o di alimenti al coniuge, che persiste anche dopo il divorzio), mentre la convivenza è una

filo, peraltro, la giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni, superata la presunzione di gratuità del lavoro svolto da un convivente a beneficio dell'altro, aveva, seppure *incidenter tantum*, ipotizzato l'eventuale inquadramento del rapporto quanto meno nell'ipotesi della comunione tacita familiare e nella fattispecie della vera e propria impresa familiare, stante la riconducibilità della famiglia di fatto ad una formazione sociale a rilevanza costituzionale.

Nessun riferimento al convivente di fatto compare nell'ambito della disciplina del patto di famiglia, nel quadro, più generale, di totale assenza di tutela e di regolamentazione del convivente in sede successoria, ambito nel quale appaiono maggiori le resistenze, da parte della coscienza sociale, ad addivenire al riconoscimento di effetti giuridici alla convivenza²⁸.

2. *La regolamentazione delle convivenze di fatto alla luce della normativa del 2016*

Con la legge n. 76/2016, per la prima volta, si è voluto dettare una disciplina rivolta a dare regolamentazione ad una fattispecie di indiscussa rilevanza nella realtà sociale e nella coscienza collettiva, con l'obiettivo, forse non pienamente perseguito, e sicuramente non raggiunto, di superare la disciplina frammentaria alla quale si è finora fatto riferimento.

La legge prevede, al comma 36 dell'art. 1, una definizione di convivenza di fatto che individua, e circoscrive, il campo di applicazione della normativa. La scelta del legislatore finisce così per individuare due diversi modelli di convivenza e priva quindi il modello normativo delineato del carattere

situazione di fatto caratterizzata dalla precarietà e dalla revocabilità unilaterale *ad nutum*. V. Cass. Civ., sez. lav., 2 maggio 1994, n. 4204, in *Fam. e dir.*, 1994, 514, con nota di M. GIORGIANNI, *Convivenza more uxorio e impresa familiare*; in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 844, con nota di L. BALESTRA, *Sulla rilevanza della convivenza "more uxorio" nell'ambito dell'impresa familiare* e in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, I, 278, con nota di M. BERNARDINI, *Rapporto di lavoro, o di collaborazione "parasubordinata", e tutela del convivente more uxorio (cd. familiare di fatto)*.

²⁸ Da notare che la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità proposta con riferimento agli artt. 565 e 582 c.c., nella parte in cui non equiparano, ai fini successori, il convivente *more uxorio* al coniuge: v. Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Giur. cost.*, 1989, 1407, con nota di M. CARDUCCI, *Infondatezza di questione di legittimità costituzionale riguardante rapporti di fatto e limite degli interventi additivi della Corte* e in *Dir. famiglia*, 1989, 474 ss., con nota di A. SCALISI, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio*. Per una interessante analisi della problematica dal punto di vista comparatistico cfr. F. VIGLIONE, *I diritti successori dei conviventi, Uno studio di diritto comparato*, Torino, 2017.

dell'universalità, con rilevanti conseguenze in ordine alla disciplina rispettivamente applicabile.

In relazione all'accertamento della stabilità del rapporto di coppia, la legge dà rilievo alla esistenza di una dichiarazione anagrafica, il cui valore, costitutivo o probatorio, è stato oggetto di specifica attenzione sin dai primi commenti²⁹ al fine di definire il presupposto oggettivo di applicazione della normativa.

La questione è tuttora aperta e dalla sua soluzione discendono rilevanti conseguenze applicative³⁰. Non soccorre, al momento, la giurisprudenza

²⁹ Sulla effettiva funzione, definita dalla norma, di accertamento del carattere della stabilità, della dichiarazione anagrafica, ed in particolare sulla sua imprescindibilità ai fini dell'applicazione della normativa, gli interpreti si sono divisi: cfr. quanto riferito da G. FERRANDO, *Conclusioni*, cit., in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, 1775 ss. Contestano il valore costitutivo della dichiarazione anagrafica, tra altri, L. BALESTRA, *La convivenza di fatto*, cit., 927; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 866; L. MARTINEZ, *La rilevanza del "fatto" convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, 1731 ss. L'opzione nel senso del valore costitutivo della dichiarazione anagrafica come presupposto di applicazione della normativa prevista dalla legge n. 76/2016 per la convivenza di fatto è vigorosamente sostenuta da C. COPPOLA, *Concetto e fonte della convivenza di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 682 con interessanti e analitiche considerazioni anche sugli aspetti tecnici e applicativi, nelle prassi comunali, rispetto alle dichiarazioni anagrafiche, con ampi richiami dottrinali in riferimento all'affermato valore costitutivo della dichiarazione. L'Autrice osserva che anche "alla luce della prassi ormai invalsa, apprezzabile, quanto meno, per la portata correttiva di un modello legale decisamente sbagliato", non possa trovare accoglimento l'opinione, secondo la quale l'elemento costitutivo della convivenza «di fatto» sarebbe la stabile convivenza, mentre la dichiarazione anagrafica ne diverrebbe un mero strumento di accertamento sul piano probatorio, e neppure l'unico. Si dovrebbe, perciò, ritenere, "da un lato che i diritti previsti dalla legge n. 76 spettino ai conviventi di fatto pur in assenza della dichiarazione anagrafica purché dimostrino la ricorrenza di tutti gli elementi indicati nel comma 36, e dall'altro che, nonostante ricorra l'iscrizione anagrafica, sia possibile in ogni tempo dimostrare che è assente uno degli elementi costitutivi della fattispecie e quindi pervenire all'esclusione dell'applicazione della disciplina in discorso". In proposito, cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Milanofiori Assago, 2016, 7ª ed., 41; M. GORGONI, *Le convivenze "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, in *Unioni civili e convivenze di fatto*. L. 20 maggio 2016, n. 76, a cura di M. GORGONI, Santarcangelo di Romagna, 2016, 191; F. MECENATE, *Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*, in M. DI BLASI-R. CAMPIONE-A. FIGONE-F. MECENATE-G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, 151; U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1755 ss.

³⁰ Osserva come la scelta sul carattere costitutivo o probatorio della iscrizione anagrafica implichi rilevanti conseguenze sul corretto significato della nuova disciplina, che assumerebbe nel primo caso il carattere di un regime opzionale, nel secondo quello di una normativa di tutela che prescinde da un atto di volontà e trova applicazione sulla base del fatto, rilevando come si possa operare una distinzione nell'ambito della legge, i cui commi

che, a quanto consta, si è limitata sul punto a due contrastanti decisioni di merito³¹.

Ponendo l'accento sull' insistito riferimento che nella legge compare ai conviventi *di fatto*, che individua – al contrario che per l'unione civile, che si costituisce mediante *dichiarazione* – come preminente l'elemento fattuale della genesi del rapporto in ordine al quale è opportuno fornire adeguata protezione a ciascun componente della coppia, dovrebbe privilegiarsi la prevalente opinione³² secondo la quale – ferma la necessaria stabilità del rapporto stesso come presupposto di applicazione della disciplina – la dichiarazione anagrafica ne costituisca strumento probatorio privilegiato³³, ma non imprescindibile o esclusivo. Con la conseguenza che, in assenza della relativa prova di stabilità, dovrebbero continuare ad applicarsi le

38-49 e 65 costituiscono una normativa di tutela, applicabile indipendentemente dalla volontà delle parti, sussistendone i presupposti di fatto, laddove, al contrario, i commi 50-64 sarebbero espressione di un regime opzionale. S. PATTI, *Le convivenze "di fatto"*, cit.

³¹ Nel senso che "la dichiarazione anagrafica è richiesta dalla legge 76 del 2016 «per l'accertamento della stabile convivenza», quanto a dire per la verifica di uno dei requisiti costitutivi ma non anche per appurarne l'effettiva esistenza fattuale", costituendo strumento privilegiato di prova, ma non elemento costitutivo di una formazione sociale "non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo formale si è espressa, all'indomani dell'entrata in vigore della legge, la IX sezione del Tribunale di Milano, con ordinanza 31 maggio 2016, in *Fam. e dir.*, 2017, 891 ss., con nota adesiva di S. PELLEGGATTA, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*, il quale pone in luce specificamente la rilevanza fattuale della convivenza. Fa riferimento invece alla dichiarazione anagrafica come strumento esclusivo di prova della stabile convivenza, quanto meno ai fini dell'opponibilità ai terzi, il Tribunale di Verona, nel decreto 2 dicembre 2016, in *Foro it.*, 9, 1, 2883. Assume il valore unicamente probatorio di natura ricognitiva della dichiarazione, che concorre, assieme agli altri dati «a rilevanza esterna», all'accertamento della fattispecie R. MAZZARIOL, *Coabitazione e registrazione anagrafica; due requisiti non essenziali per la configurabilità di una "convivenza di fatto"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1242 ss. Nello stesso senso, più recentemente, G.E. PUOTI, *La regolamentazione delle coppie conviventi tra interventi normativi e soluzioni giurisprudenziali*, in *Famiglia*, 2024, 63.

³² In tema si vedano diffusamente C.M. BIANCA, in C.M. BIANCA (a cura di) *Le unioni civili e le convivenze, Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017*, Torino, 2017, 469 ss. e M. PARADISO, *ivi*, 488 ss., il quale, con approfondite osservazioni sul punto, attribuisce alla dichiarazione di coabitazione la qualifica di "dichiarazione di scienza", destinata ad operare sul piano probatorio.

³³ R. SICLARI, in *Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1473 ss., suggerisce di ovviare alla rigida alternativa tra valore costitutivo e probatorio attribuito nei primi commenti alla dichiarazione anagrafica, "associando alla formalità di cui al comma 37 la valenza di atto programmatico, di dichiarazione *ad hoc* (distinta dall'ordinaria dichiarazione costitutiva della famiglia anagrafica) diretta a manifestare l'impegno solidaristico dei *partners* di dar vita ad un nucleo di tipo familiare, fondato su ragioni affettive e rispondente ai caratteri di cui al comma 36".

stesse norme e gli stessi principi di elaborazione giurisprudenziale finora presi in considerazione, comunque applicabili, *a fortiori*, per quanto non espressamente previsto dalla recente normativa, posto che lo spirito della legge è nel senso di ampliare la tutela delle convivenze di fatto e non certo di attenuarla.

La natura costitutiva della dichiarazione, considerata come imprescindibile presupposto di applicazione della normativa di tutela dettata dalla legge n. 76/2016, sulla base di un'interpretazione sostenuta con altrettanto validi argomenti – ritenuta peraltro espressione di una scelta criticabile del legislatore che finisce così per imporre una sorta di cristallizzazione di un rapporto, a chi ha liberamente scelto di vivere una relazione di coppia non formalizzata³⁴ – avrebbe il pregio di rendere di più agevole individuazione l'ambito applicativo della legge, ancorandolo ad un elemento fattuale documentale. Al tempo stesso, tuttavia, ne conseguirebbe un notevole ridimensionamento, sotto il profilo quantitativo, delle ipotesi alle quali potrebbe essere applicata la normativa, visto che, nei primi anni di vigenza della legge, non risulta che siano molte le coppie che abbiano deciso di effettuare la dichiarazione, pur apprestata dai Comuni con appositi moduli.

Qualunque sia l'opinione accolta in merito all'effetto della dichiarazione anagrafica, è certo comunque, in entrambi i casi, che la normativa dettata dai commi 37 e seguenti dell'art. 1 della legge del 2016 non soltanto non copre tutte le ipotesi di convivenza di coppia rilevanti per l'ordinamento, ma neppure esclude che per la fattispecie espressamente individuata come rappresentativa della “convivenza di fatto” si applichino norme non specificamente previste dalla legge che per prima ha cercato di dettarne una regolamentazione, senza carattere di esaustività. Le stesse norme e gli stessi principi di elaborazione giurisprudenziale finora presi in considerazione, saranno comunque applicabili, infatti, *a fortiori* – come già rilevato – per quanto non espressamente previsto dalla legge n. 76/2016.

Per quanto si riferisce all'ambito soggettivo di applicabilità delle norme relative alla situazione di stabile convivenza, si deve osservare che la legge Cirinnà, nel precisare che si intendono per “conviventi di fatto” “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”, ha inequivocamente e definitivamente ricompreso nel concetto di convivenza rilevante per legge, situazioni nelle quali i due soggetti appartengano allo stesso sesso.

La questione della tutela delle coppie omosessuali, prima dell'emanazione della legge che ha istituito le unioni civili, poteva e doveva essere

³⁴ Cfr., tra altri, C. COPPOLA, *Concetto e fonte della convivenza di fatto*, cit., 690; T. BONAMINI, *I diritti del convivente di fatto*, cit., 721.

affrontata in primo luogo alla luce del principio di non discriminazione, affermato dall'art. 13 del Trattato istitutivo della Comunità europea e ribadito nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; principio che, proprio nell'ambito della convivenza di fatto, non avrebbe potuto soffrire di alcuna limitazione, invocata – o comunque invocabile – nella prospettiva della difficoltà di estendere il vincolo matrimoniale³⁵ a coppie formate da persone dello stesso sesso. Infatti, se ciò che distingue, e determina un trattamento normativo – sia o meno giustificato – diverso tra coppie di fatto e coppie coniugate è l'esistenza di un vincolo formalizzato attraverso l'atto matrimoniale, niente, alla luce del principio di non discriminazione, può giustificare un trattamento differenziato tra coppie di fatto etero o omosessuali³⁶.

Benché già alcune pronunce, anche non recentissime³⁷, avessero seguito tale linea interpretativa, tuttavia lo stesso riferimento all'espressione convivenza "*more uxorio*", che, almeno nella tradizione, deve intendersi riferibile ad una coppia eterosessuale, poteva determinare l'esclusione dall'ambito di

³⁵ Sulla non omogeneità delle unioni omosessuali al matrimonio si è pronunciata la Corte Costituzionale con sentenza 15 aprile 2010, n. 138, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alle norme del codice civile che, sistematicamente interpretate, non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Si veda in *Giur. cost.*, 2010, 1629, con nota di R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*; e, *ivi*, 2715, con nota di B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*; in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1505, con nota di L. MORLOTTI, *Il no della Consulta al matrimonio gay*; e in *Dir. famiglia*, 2011, 4, con nota di V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*. In merito cfr. anche M. GATTUSO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso, in Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, cit., 2^a ed., 793 ss.

³⁶ Per l'esclusione di ogni differenza, nella famiglia di fatto, tra coppie omo ed eterosessuali cfr. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993, 18 ss. Osserva come il principio di non discriminazione non possa essere invocato per denunciare l'illegittimità di una esclusione dal matrimonio tra persone dello stesso sesso e come il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia enunciato dalla Carta di Nizza debba essere interpretato nel nostro sistema alla luce ed entro il modello delineato dall'art. 29 Cost., il che non significa che il fenomeno sociale delle coppie omosessuali sia immeritevole di tutela F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit.

³⁷ Riporta alcune decisioni che, seppur con cautela, sembravano aprire spazi operativi alla rilevanza giuridica della coppia omosessuale M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, cit., osservando come "tutto il cammino percorso dalla famiglia di fatto composta da un uomo e una donna dovrebbe imporsi anche per quella di persone del medesimo sesso". La Corte d'appello di Milano (App. Milano, sez. V, 20 novembre 2012, n. 6836, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 2, 641, con nota di M.M. WINKLER, *Ai confini dell'arcipelago familiare: unioni tra persone dello stesso sesso e danno da perdita parentale*), ha riconosciuto la legittimazione al risarcimento del danno per omicidio del convivente al *partner* dello stesso sesso.

applicazione delle norme e delle interpretazioni datene dalla giurisprudenza, in ordine ai soggetti stabilmente conviventi del medesimo sesso. Esclusione senz'altro inconcepibile alla luce di un'interpretazione sistematica successiva all'emanazione della legge del 2016, non potendosi certo più ragionevolmente sostenere che la regolamentazione, per quanto frammentaria, riferibile alla convivenza di coppia, non possa riguardare persone tra loro legate in una relazione omoaffettiva³⁸.

Le conseguenze che la legge n. 76/2016 riconduce alla "convivenza di fatto" di cui al comma 36 dell'art. 1 non sembrano rivestire carattere di rilevante novità³⁹, se si escludono le norme in tema di alimenti, di diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza in favore del convivente superstite in caso di decesso del convivente proprietario e di impresa familiare.

In molti casi, infatti, il legislatore si è limitato a prevedere espressamente disposizioni che già trovavano attuazione pratica, con la possibile conseguenza di determinare, nell'ottica di una interpretazione rigidamente formalistica, il riconoscimento di un più limitato ambito di applicazione di norme delle quali già i conviventi erano ritenuti destinatari, che potrebbe oggi ritenersi esclusivamente riferibile alle convivenze qualificate come tali dal comma 36 dell'art. 1 della legge. Quest'ultima opzione interpretativa dovrebbe tuttavia essere superata in virtù della considerazione della *ratio* della normativa che, ponendosi l'obiettivo di definire, in maniera inequivoca, l'applicabilità di alcune disposizioni ai conviventi di fatto, etero o omosessuali, non ha certamente, al contempo, voluto ridurre l'ambito di tutela della quale fino ad oggi, alla luce di interpretazioni delle norme vigenti avallate anche dalla giurisprudenza, hanno goduto i soggetti uniti da un vincolo di stabile convivenza.

In altri termini, non sembra possa essere messo in discussione il fatto che le disposizioni normative che già venivano applicate ai soggetti stabilmente conviventi continuino ad essere applicate ai medesimi⁴⁰, indipendente-

³⁸ Pone espressamente in luce la portata della normativa che, sotto questo profilo, "riconosce rilevanza giuridica alle convivenze omoaffettive del tutto pariteticamente rispetto alle coppie omosessuali" M. BLASI, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 182. Osserva come sia sicura la conclusione che la convivenza disciplinata dagli artt. 36 ss. della legge sia riferibile ad una coppia di soggetti sia di sesso diverso che del medesimo sesso C. COPPOLA, in *Concetto e fonte della convivenza*, cit., 666.

³⁹ Osserva G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1718 ss., come si sia trattato "più di un consolidamento e di una legittimazione (anche morale) che non di una innovazione straordinaria. Insomma, della trasformazione del diritto di creazione giurisprudenziale in un diritto legislativo".

⁴⁰ Rileva E. QUADRI, in *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il*

mente dal fatto che la convivenza sia qualificabile come tale *ex* comma 36 dell'art. 1 della legge, con la precisazione che la rilevanza giuridica della stabile convivenza non può certamente dipendere dal carattere omosessuale, o meno del rapporto di coppia.

Limitando l'esame – così come per la normativa precedente al 2016 – all'ambito dei diritti di natura *lato sensu* patrimoniale, seppur rispondenti a bisogni primari, come il diritto all'abitazione, si può fare riferimento innanzitutto alla previsione del comma 44. Essa comporta sostanzialmente, con alcune specificazioni⁴¹, l'ampliamento dell'ambito di applicazione di una disposizione già presente nell'ordinamento, a seguito della giurisprudenza della Corte Costituzionale intervenuta sull'art. 6 della legge n. 392/1978⁴².

In particolare, il diritto del convivente di fatto risulta esteso dal comma 44 rispetto a quanto già previsto in caso di convivenza *more uxorio*, nell'ipotesi di recesso dal contratto di locazione, il quale, in presenza della convivenza di fatto, nonostante la presumibile rottura di tale rapporto, contempla il diritto del *partner* di subentrare nel contratto di locazione, senza che – allo stesso modo che per il coniuge separato – sia necessaria l'esistenza di prole.

È ancora con riferimento alla tutela del diritto primario all'abitazione che il legislatore del 2016 è intervenuto, espressamente statuendo, in favore dei conviventi di fatto, il diritto di usufruire di un titolo di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, peraltro già contemplato per i conviventi da alcune legislazioni regionali e da intendersi, ora, esteso a tutto il territorio nazionale per i “conviventi di fatto”, *ex* comma 45 dell'art. 1 della legge⁴³.

Significativa novità è quella rappresentata dall'introduzione nel codice civile dell'art. 230-ter, norma che, seppure ha il pregio di fugare definitivamente ogni dubbio sulla presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative del convivente⁴⁴, poneva quest'ultimo in una posizione molto

non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, 7, 893 ss., che riguardo alle unioni affettive “non del tutto conformi alla fattispecie in tal modo definita dal legislatore”, “pare difficile negare che debba continuare comunque ad operare – in presenza dei relativi presupposti esistenziali, quali concretamente individuati, di volta in volta, in via legislativa e giurisprudenziale – quella ricca regolamentazione, appunto di fonte legislativa e giurisprudenziale, fino ad ora venutasi a stratificare”.

⁴¹ Cfr. le puntuali osservazioni di F. MASTROBERARDINO, in *I diritti del convivente di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 756.

⁴² V. *supra*, par. 1.

⁴³ V. ancora F. MASTROBERARDINO, *I diritti del convivente di fatto*, cit., 767.

⁴⁴ Cfr., tra altri, F. MONCALVO, in *I rapporti patrimoniali dei conviventi di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 848 ss.; M. TOLA, *Famiglia, famiglie e discriminazioni nell'impresa familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 888 ss. Per una ricostruzione della evoluzione

meno solida rispetto a quella del coniuge e degli altri familiari.

Se la posizione peggiore poteva essere giustificata dall'assenza di un regime primario di obblighi tra convivente, il che determinava l'assenza, nell'art. 230-ter, della previsione del diritto al mantenimento⁴⁵, poiché il *partner* è titolare solo del diritto di partecipazione agli utili, non altrettanto motivata appariva la mancata estensione al convivente della facoltà di partecipare alle decisioni relative all'impresa, come previsto per gli altri partecipanti dall'art. 230-bis.

Le obiezioni da più parti mosse⁴⁶ rispetto alla previsione dell'art. 230-ter sono oggi superate dalla sua declaratoria di illegittimità costituzionale, conseguente alla ritenuta illegittimità dell'art. 230-bis del codice civile nella parte in cui esclude dal novero dei partecipanti all'impresa familiare il convivente di fatto in virtù di una recente sentenza della Corte Costituzionale⁴⁷.

A seguito di questa pronuncia, pertanto, il convivente di fatto, nell'ambito dell'impresa familiare, risulta totalmente parificato agli altri possibili partecipanti⁴⁸.

legislativa fino all'introduzione dell'art. 230-ter, v. G. QUADRI, *Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230-ter c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 590 ss., il quale pone in luce come la nuova disciplina, "se ha il pregio di intervenire su una lacuna legislativa e di confermare, anche per il convivente, il superamento della presunzione di gratuità delle prestazioni di lavoro", "lascia per molti aspetti insoddisfatti e presenta numerosi nodi problematici".

⁴⁵ Ritiene la scelta del legislatore, sul punto, "del tutto opinabile, dal momento che non si scorgono ragioni per distinguere, sotto questo punto di vista, tra famiglia tradizionale e famiglia *more uxorio*. Per quanto, infatti, su un piano generale, la legge 20 maggio 2016, n. 76, non preveda il diritto al mantenimento nel novero delle posizioni giuridiche soggettive attribuite, di regola, al convivente, va ricordato che tale diritto non spetta nemmeno a molti dei familiari elencati dall'art. 230-bis, ai quali tuttavia, in caso di collaborazione all'attività di impresa, la legge riconosce il diritto di essere mantenuti secondo la condizione patrimoniale della famiglia", nell'ambito di un ampio e analitico esame del nuovo art. 230-ter, G. GUERRIERI, *Convivenza di fatto e impresa familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1007 ss.

⁴⁶ Parla di una "inspiegabile limitazione di tutela tra persone considerate tutte *familiari*, limitazione di dubbia costituzionalità" T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 627. Ritiene che la scelta del legislatore sia basata proprio sull'assenza di un legame, sia esso di parentela, affinità, coniugio, unione civile, differenza valorizzata intenzionalmente dalla disposizione introdotta per il convivente F. ROSSI, *La disciplina dell'art. 230 ter c.c. e la sua (pretesa) lacunosità*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 582.

⁴⁷ Il riferimento è alla sentenza 4-25 luglio 2024, n. 148, pubbl. in G.U. 31 luglio 2024 n. 31

⁴⁸ La dottrina pressoché unanime, nei primi commenti, ha ritenuto pienamente condivisibile la soluzione accolta dalla Corte. V., per tutti, L. BALESTRA, *Il convivente more uxorio e l'impresa familiare: un lungo percorso, infine con un approdo definitivo*, in *www.giustiziacivile.com*, 29 agosto 2024.

In relazione ad altri aspetti patrimoniali non appare innovativa la previsione del comma 49, che parifica il convivente di fatto, nella individuazione dei criteri per il risarcimento del danno, al coniuge superstite. La legge del 2016 può, infatti, determinare un'agevolazione, in favore del *partner*, sotto il profilo probatorio, riferibile alla stabilità del rapporto, ma, dal punto di vista del *quantum* del risarcimento, al quale sembra riferirsi il comma richiamato, già la giurisprudenza aveva operato una equiparazione tra convivente e coniuge, una volta che fossero presenti i presupposti per il risarcimento stesso⁴⁹.

Rilevante novità determina invece la previsione del comma 65 dell'art. 1 della legge n. 76/2016 che, superando le regole di fonte legislativa e giurisprudenziale elaborate con riferimento alla convivenza *more uxorio*, individua nell'obbligazione alimentare un efficace strumento di tutela delle aspettative patrimoniali del *partner* che si trovi in condizione di bisogno, a seguito della rottura della relativa convivenza⁵⁰.

Il legislatore opera in questo caso un riconoscimento del legame soggettivo del convivente di fatto al pari di parenti e affini⁵¹, ponendolo al terzo posto nell'elenco tassativo dell'art. 433 c.c., se si esclude il donatario, dal momento che non possono esservi né il coniuge, né gli affini.

La disposizione che prevede, in caso di cessazione della convivenza, un diritto agli alimenti, introduce peraltro, con una scelta davvero singolare⁵², una importante limitazione rispetto agli altri casi di obbligazione

⁴⁹ Osserva come l'obiettivo del comma 49 sia l'assimilazione, sul punto, del convivente di fatto al coniuge superstite, tramite il recepimento normativo di un orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, G.F. BASINI, in *I diritti del convivente di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 775.

⁵⁰ Cfr. F.S. MATTUCCI, in *La risoluzione del contratto di convivenza*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 916 ss.

⁵¹ Cfr. M. BLASI, *La nuova regolamentazione*, cit., 255. Rileva come nella stringata previsione normativa del diritto alimentare in favore dell'ex-convivente bisognoso, manca un richiamo generale all'organica disciplina degli alimenti contenuta negli artt. 433 ss. c.c., il che ne evidenzia il diverso trattamento operato dal legislatore, nella stessa legge, rispetto al diritto alimentare in favore delle parti dell'unione civile, e come la scelta sia dettata, evidentemente, dalla necessità di tracciare un peculiare regime alimentare, improntato a un più attenuato rigore e a una minore onerosità rispetto a quello derivante dal rapporto di coniugio e dall'unione civile" F.S. MATTUCCI, *La risoluzione del contratto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 927.

⁵² Osserva F.S. MATTUCCI, *La risoluzione del contratto*, cit., 926, come l'instaurazione di un rapporto proporzionale tra la durata della convivenza e il limite temporale massimo dell'obbligo alimentare tradisce l'intenzione del legislatore di porre un temperamento alla portata economica del riconosciuto obbligo alimentare, innestando nella fattispecie il riferimento ad una regola di valutazione dettata per la diversa ipotesi dell'assegno previsto dall'art. 5, comma 6, della legge n. 898/1970, nella quale, peraltro, la durata del matrimonio

alimentare, imponendo un termine finale, direttamente proporzionale al periodo della convivenza di fatto, termine che contrasta con la natura dell'obbligazione alimentare, insuscettibile, dati i suoi presupposti tipici, di una fissazione *ex ante* della sua durata. Né tale diritto, come avviene in altri ordinamenti, costituisce il possibile presupposto per una tutela del convivente superstite⁵³.

A questo specifico proposito, infatti, la totale assenza di una regolamentazione successoria⁵⁴ è superata soltanto, al comma 42, dalla espressa previsione del diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza⁵⁵, se di questa sia proprietario il convivente deceduto, diritto peraltro limitato nel tempo, con termini differenti in considerazione della presenza di figli minori o disabili del superstite. Questa disposizione – che non trova applicazione, in virtù della espressa esclusione del suo *incipit*⁵⁶, laddove l'assegnazione della casa familiare miri a tutelare il preminente interesse dei figli *ex art. 337-sexies c.c.* – prevede un diritto che, pur rievocando, a prima lettura, quello previsto dall'art. 540 cpv. c.c., se ne discosta fortemente per caratteristiche e contenuto⁵⁷.

Il regime successorio della convivenza di fatto, in conclusione, è stato toccato solo in modo estremamente marginale dalla regolamentazione del 2016, e risulta quindi affidato alle scarse indicazioni appena riferite, che finiscono per esaurire il quadro specifico della relativa regolamentazione.

assume il ruolo di parametro fondamentale del rapporto, laddove, al contrario, nell'ipotesi in esame, la durata della convivenza diventa un criterio di fissazione del limite massimo dell'erogazione degli alimenti posti a carico dell'ex convivente.

⁵³ Nell'ordinamento inglese la finalità di mantenimento costituisce il presupposto per una tutela del convivente anche in sede successoria, legittimandolo alla richiesta di *family provision* se sia in grado di dimostrare il reciproco atteggiamento *more uxorio* almeno nel biennio antecedente il decesso: cfr. A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2015, 327.

⁵⁴ Cfr. G. BONILINI, in *La successione mortis causa del convivente di fatto*, in *Tratt. dir. fam.*, cit., 944, parla di silenzio normativo dal quale si deduce che il convivente di fatto non gode di diritti successori in senso classico; e, tra altri, F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, 1771 ss.; S. PARDINI, *I diritti post mortem del convivente superstite*, in *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016 n. 76*, a cura di M. GORGONI, Rimini, 2016, 247 ss.; V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 542.

⁵⁵ Osserva come, contrariamente ad altri ordinamenti, il sistema delineato dalla legge n. 76 del 2016 offre rilevanza al rapporto di convivenza in caso di morte di uno dei *partners* in relazione principale al solo bene abitazione F. VIGLIONE, *I diritti successori dei conviventi*, cit., 172.

⁵⁶ Parla di "clausola di salvaguardia" F. MASTROBERARDINO, *La successione mortis causa del convivente di fatto*, in *Tratt. dir. fam.*, cit., 952 ss.

⁵⁷ V. ancora F. MASTROBERARDINO, in *La successione mortis causa*, cit., 954 ss.

3. *Il regime successorio della convivenza di fatto*

L'intervento del legislatore del 2016, mentre ha comportato, per le unioni civili "l'estensione sostanzialmente lineare della disciplina dedicata al coniuge superstite"⁵⁸, si è limitato, con riferimento alle convivenze di fatto, a prevedere alcune figure di nuove vocazioni anomale legali.

In particolare, come poco sopra rilevato, il comma 42 dell'art. 1 della legge attribuisce al convivente superstite il diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza, ove il defunto ne fosse proprietario, per due anni o per un periodo pari alla convivenza, se superiore a due anni, ma comunque non oltre il quinquennio.

Il comma 44 prevede il diritto di succedere nel contratto di locazione per la casa di comune residenza.

La disciplina in tema di alimenti, dettata al comma 65 in favore del convivente in caso di scioglimento del rapporto, limita i suoi effetti all'obbligato, non estendendosi ai suoi eredi.

Per quanto sia espressamente previsto che i conviventi possano disciplinare i loro rapporti patrimoniali attraverso la stipula di contratti di convivenza, non è dubbio che tali contratti abbiano per oggetto le modalità di contribuzione relative alla vita in comune⁵⁹ e non possano quindi essere riferiti ad un momento successivo, sia per la lettera della legge, sia perché, a tutta evidenza, una pattuizione di tal genere si infrangerebbe contro il divieto imposto dall'art. 458 c.c., con la sola eccezione, ad oggi, rappresentata dalla previsione del patto di famiglia.

L'assenza di una disciplina più ampia in riferimento agli effetti della convivenza di fatto in ambito successorio è stata oggetto di critiche da parte della dottrina pressoché unanime, che non ha mancato di rilevare come anche le vocazioni anomale legali previste dalla legge siano rigidamente contenute entro limiti tali da farle apparire pressoché "centellinate"⁶⁰.

Tuttavia, pur nella generale insoddisfazione manifestata a fronte della scelta del legislatore, il rammarico degli interpreti si è per un verso riferito, più specificamente, alla occasione persa, nella prospettiva, da tempo avanzata, di un ripensamento più ampio dell'assetto normativo delle successioni, in

⁵⁸ V. F. PADOVINI, *Il regime successorio*, cit., 1817; G. BONILINI, *La successione mortis causa*, in *Tratt. dir. fam.*, cit., 943 ss.

⁵⁹ Tra altri, cfr. C. COPPOLA, in *I rapporti patrimoniali dei conviventi di fatto*, in *Tratt. dir. fam.*, cit., 810 ss.; S. PATTI, *Convivenza e contratto di convivenza*, in *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit., 133.

⁶⁰ Osserva ancora F. PADOVINI, *Il regime successorio*, cit., come in tema di locazione di immobili urbani si sia esclusa l'estensione alla locazione di immobili ad uso non abitativo oppure l'affitto dei fondi rustici, del tutto ignorati dal legislatore.

riferimento alla successione necessaria⁶¹ e al divieto dei patti successori⁶²; per altro verso alla contraddizione insita nella soluzione normativa accolta. La legge del 2016, infatti, ha recepito forme nuove di modelli familiari, prendendo così atto che il paradigma comune qualificante la relazione di

⁶¹ V., tra altri, G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 581 ss. Per l'opportunità di cancellare dal sistema positivo italiano la disciplina della successione necessaria, "lasciando, al più, permanere una riserva nei termini nei quali è ammessa negli ordinamenti di *common law*, ossia quale diritto di credito di natura meramente alimentare" si esprime V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Fam. dir.*, 2014, 507. Anche G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 526 ricorda come sia da tempo sollecitata una revisione del nostro diritto successorio, "specie per quel che riguarda la tutela dei legittimari che appare ormai eccessiva ed il ruolo dell'autonomia privata nel definire gli assetti patrimoniali *post mortem*, che al contrario, appare troppo modesto". Sulla opportunità, o meno, del mantenimento dell'istituto della successione necessaria cfr. anche, tra altri, E. AL MUREDEN, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, 1945; G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, I, 803 ss.; dello stesso Autore, *Le proposte di riforma della successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, 1942 ss. e, più recentemente, *La riforma della successione necessaria*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2016, 301 ss.; M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 493 ss.; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* in *Riv. not.*, 2007, I, 815 ss.; L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 540 ss.; M. PARADISO, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, a cura di S. PAGLIANTINI-E. QUADRI-D. SINESIO, III, Milano, 2008, 2055 ss.; P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, 1941 ss.; M. TAMPONI, *Come cambia il diritto successorio*, in *Giur. it.*, 2012, 2212 ss. Propende per un potenziamento dell'autonomia privata, senza che ciò conduca a eliminare radicalmente dall'ordinamento la successione necessaria A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. succ. e fam.*, 2018, 95 ss. Per una analisi comparatistica, specificamente relativa alla c.d. riserva ereditaria, negli ordinamenti europei, cfr. A. FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 747 ss.

⁶² I limiti all'autonomia del *de cuius*, in particolare, potrebbero essere ulteriormente ridotti qualora si desse spazio, anche nel nostro ordinamento, come da più parti suggerito, allo strumento del patto successorio e comunque ad un ampliamento della contrattualità successoria, anche in prospettiva di uniformità con quanto previsto in altri Stati europei. V. in proposito, con riguardo alla Germania e all'Inghilterra, A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2015, 262. Non è certo un caso che il Regolamento UE 650/2012 in materia di successioni abbia fatto ampio riferimento alla disciplina in materia di legge applicabile ai patti successori. V. in merito, tra altri, E. ROSSI, *Patti successori: necessità o impedimento*, Torino, 2018, il quale riporta anche le diverse proposte di riforma suggerite dal Consiglio nazionale del Notariato. Nel senso di una auspicabile accentuazione della contrattualità successoria si esprime A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma*, cit. Sottolinea il recente "orientamento giurisprudenziale volto ad estendere il riconoscimento della legittimità di strumenti alternativi al testamento nel contesto della pianificazione ereditaria" F.P. PATTI, *Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 914.

coppia è costituito da una peculiare intimità affettiva e sessuale⁶³. Nella realtà attuale, l'accento si è spostato dalla forma alla sostanza del legame, ormai indipendente dall'esistenza del vincolo matrimoniale che, lungi dall'esserne il presupposto, potrebbe piuttosto esserne l'esito, solo eventuale. Ciò nonostante, il legislatore ha rinunciato a soluzioni innovative⁶⁴ e abbandonato la tutela del convivente superstite sostanzialmente all'ambito della autonomia privata dei soggetti coinvolti.

Il territorio delle successioni *mortis causa* rimane, come autorevolmente osservato⁶⁵, sostanzialmente privo di tutela in relazione alla convivenza di coppia "sganciata" da un vincolo prefissato, con la conseguente disparità che si viene inevitabilmente a creare tra quella parte privilegiata di popolazione in grado di porre in essere, in vita, strumenti di pianificazione successoria che consentano di tutelare i successibili che si desidera avvantaggiare e quella parte dei consociati che, meno avveduti o preparati culturalmente, da sempre confidano nella tutela delle istituzioni.

Non si è mancato di rilevare che, nel momento in cui lo stesso legislatore ha preso atto del mutato rapporto, in ambito di famiglia, tra modelli sociali e modelli giuridici, riconoscendo che lo schema familiare tendenzialmente prevalente è del tutto indipendente da formalismi peculiari, appare impropria, in chiave di costituzionalità, una disciplina che riconnette la successione necessaria "all'esistenza di un atto ritenuto ormai prevalentemente superfluo".

In questo modo, peraltro, anche la seconda ragione di critica alla soluzione accolta dalla legge del 2016 in riferimento al regime successorio della convivenza di fatto finisce per convergere nell'altra, ovvero nell'evidenziare come il crescente iato tra società civile odierna e assetti familiari postulati dai regimi successori legali possa portare a ritenere auspicabile un più generale ripensamento del sistema normativo successorio esistente.

⁶³ Cfr. N. LIPARI, *Famiglia (evoluzione dei modelli)*, cit., 50 ss.

⁶⁴ Ipotesi legislative che non hanno trovato poi seguito prevedevano una tutela più specifica rispetto al convivente, partendo dal presupposto di regolamentazione di una figura unica di "unioni registrate" o unioni civili, riferite ad ogni forma di convivenza, indipendentemente dal sesso, diverso o comune della parti. Così il disegno di legge 2069 qualificava come successore legittimo, parificato al coniuge, la persona unita in unione registrata, cui non veniva peraltro attribuita la qualifica di legittimario. Il disegno di legge 2084, a fronte di una unione civile protrattasi per almeno nove anni, prevedeva per il superstite l'attribuzione, a titolo di legato, dell'usufrutto su una quota del patrimonio calcolata in maniera variabile a seconda delle diverse ipotesi di concorso con altri chiamati. Cfr., in proposito, F. PADOVINI, *Il regime successorio*, cit.

⁶⁵ V. N. LIPARI, *Famiglia (evoluzione dei modelli)*, cit., 53; G. BONILINI, *La successione mortis causa*, in *Tratt. dir. fam.*, cit., 943 ss.

4. *Strumenti di tutela del convivente di fatto in sede successoria de iure condito*

La assenza di previsioni di legge in riferimento ad una generalizzata tutela del convivente in sede successoria non esclude, naturalmente, la possibilità che l'esercizio di atti di autonomia privata⁶⁶, posti in essere dai conviventi, con diverse modalità, possa rappresentare strumento adeguato a garantire loro (anche reciprocamente) diritti di carattere patrimoniale in caso di morte di uno dei componenti la coppia, con effetti che si possono esplicitare nei confronti di altri successori e, in particolare, in relazione ad eventuali legittimari.

Una pianificazione successoria tra conviventi è possibile e può essere variamente realizzata, come dimostra l'esperienza giurisprudenziale, anche precedente alla legge n. 76/2016, la quale – si ripete – pressoché niente ha mutato in proposito. È indubbio, tuttavia, che tutti i diversi, possibili strumenti di regolamentazione in vista della tutela del convivente superstite si muovono nell'ambito dei limiti costituiti da un lato dal divieto dei patti successori, dall'altro dalle disposizioni in tema di intangibilità della legittima.

Inoltre, come ricordato poco prima, è innegabile che la mancanza di previsioni legali a favore del convivente determini la imprescindibilità di una scelta avveduta e consapevole fatta in vita, scelta evidentemente riservata a persone di elevato livello culturale e di istruzione.

Se, naturalmente, il testamento costituisce lo strumento privilegiato per consentire al convivente di beneficiare di attribuzioni patrimoniali a suo favore al momento della cessazione della convivenza dovuta alla morte di uno dei componenti della coppia, non si possono sottacere le obiezioni alla effettività della tutela, costituite da una parte dalla revocabilità irrinunciabile delle disposizioni testamentarie; dall'altra, dalla riducibilità delle disposizioni laddove si sia in presenza di legittimari asseritamente lesi nella loro quota di riserva.

L'atto testamentario potrebbe prevedere, nell'esercizio dell'autonomia riconosciuta al testatore, non soltanto attribuzioni dirette di una quota ereditaria o di un determinato cespite, a titolo di legato di specie.

L'ampio spazio riconosciuto alla volontà del testatore potrebbe esplicarsi anche con la previsione, a favore del convivente superstite, di un legato di rendita vitalizia o di prestazioni periodiche di assistenza, oppure di un contratto di lavoro che obbliga gli eredi ad assumere il convivente superstite stesso.

⁶⁶ Parla del necessario esercizio dell'autonomia privata per la sistemazione degli interessi *post mortem* G. BONILINI, *La successione mortis causa*, in *Tratt. dir. fam.*, cit., 947.

Ancora, il legato potrebbe avere ad oggetto l'azienda o partecipazioni societarie, oppure essere costituito semplicemente da un legato attributivo condizionato all'esistenza di una situazione di bisogno.

Più generalmente, il convivente potrebbe essere destinatario di disposizioni dettate in funzione divisoria o di divisione, *ex artt.* 733 e 734 c.c.

Quelle ora indicate esemplificativamente sono tutte possibili modalità di esplicazione dell'autonomia che l'ordinamento attribuisce al testatore come contenuto dell'atto testamentario, le quali tuttavia trovano il loro ineludibile limite – come sopra ricordato – nella revocabilità dell'atto stesso e nella tutela dei legittimari.

Quest'ultimo confine non può che essere superato attraverso una rivisitazione delle norme in tema di successione necessaria, da tempo auspicata da ampia parte della dottrina, con alcuni Autori che ne ipotizzano una abrogazione vera e propria, altri che suggeriscono una riduzione della platea dei legittimari o almeno una modifica della normativa in relazione alla entità delle quote rispettivamente ai medesimi riservate⁶⁷.

Una garanzia di tutela per il convivente, sottratta ad ipotesi di revoca da parte del disponente, potrebbe essere raggiunta attraverso la stipula di atti *inter vivos*, i quali pure, tuttavia, non si sottraggono alla possibilità di essere oggetto di riduzione, laddove configurino ipotesi di donazione anche indiretta, nonché di cadere nell'ambito della sanzione di nullità prevista dall'art. 458 c.c. Il mantenimento del divieto previsto da questa norma è pure oggetto di discussione da molti anni⁶⁸, così come non sempre costanti sono le pronunce giurisprudenziali sulla configurabilità, o meno, di un patto successorio vietato in alcune ipotesi di più frequente applicazione pratica.

Non vi è dubbio che la donazione costituisca lo strumento maggiormente idoneo, o comunque più diretto, a consentire una elargizione in favore del convivente, non sottoposto al rischio della revoca connesso alle disposizioni testamentarie. L'effetto immediato della perdita di disponibilità dei beni da parte del donante può essere evitato con la riserva di usufrutto a suo favore, certamente possibile, mentre la condizione di premorienza o il termine iniziale costituito dalla morte del donante attribuiscono al contratto una coloritura che potrebbe renderlo contrario al disposto dell'art. 458

⁶⁷ Cfr. *supra*, nt. 61.

⁶⁸ Come già rilevato (cfr. *supra*, nt. 62) dare spazio ad una regolamentazione pattizia dei rapporti successori avrebbe anche il pregio di consentire una maggiore armonizzazione con altri ordinamenti europei, rispetto ai quali il Regolamento UE 650/2012 ha tenuto in ampia considerazione la problematica relativa alla legge applicabile ai patti successori. V., in tema, S. MARINAI, *La disciplina internazionale privatistica delle successioni nel Regolamento Roma IV: quale possibile influenza sulla cultura giuridica degli Stati membri dell'Unione Europea*, nei presenti Scritti, 216 ss.

c.c.⁶⁹. Si richiede, in sostanza, una indagine che, analizzando il contenuto concreto dell'atto, consenta di escludere che lo stesso si configuri come una vera e propria donazione a causa di morte, sicuramente in contrasto con la previsione del divieto dei patti successori.

L'attribuzione patrimoniale a favore del convivente superstite può altresì essere l'effetto di un contratto a favore di terzo, con una eventuale tutela rafforzata costituita dalla espressa rinuncia dello stipulante al potere di revoca così come previsto dall'art. 1412 c.c.

Il contratto a favore di terzo nel quale il convivente superstite rappresenti il terzo favorito potrebbe essere costituito da una polizza di assicurazione; oppure dalla costituzione di un deposito bancario con intestazione al terzo, che acquista il diritto di prelievo soltanto alla premorienza del depositante, circostanza che viene così a realizzare una condizione rispetto a tale acquisto; o ancora da un contratto di rendita vitalizia o da un vitalizio alimentare a favore del convivente, con espressa pattuizione della intrasmissibilità del potere di revoca agli eredi dello stipulante⁷⁰.

Non deve sottacersi, peraltro, come la riconducibilità di tutte queste ipotesi ad un intento donativo del disponente le sottoponga alla possibile riducibilità come donazioni indirette, consentendo così, rispetto alle disposizioni testamentarie, di tutelare il convivente a fronte di una revoca dell'attribuzione patrimoniale, senza però garantire l'inattaccabilità di questi atti da parte dei legittimari, e le renda così strumento pienamente efficace soltanto in assenza di questi ultimi.

Donazione ravvisabile (con i conseguenti obblighi di forma) anche nell'ipotesi di un obbligo di mantenimento o di corresponsione di una determinata somma vita natural durante in favore del convivente superstite, "sgan-

⁶⁹ A questo proposito la Cassazione (cfr. Cassazione civile, sez. II, 13 dicembre 2023, n. 34858, in *Riv. not.*, 2024, 2, II, 347), ha affermato che "È valida la donazione con clausola sospensiva di efficacia subordinata alla premorienza del donante (clausola si praemoriari). Ferma la nullità della donazione *mortis causa* per violazione dell' art. 458 c.c., la donazione con clausola sospensiva di premorienza del donante produce effetti preliminari immediati in vita del donante ed investe un singolo bene inteso come entità separata dal resto del patrimonio, sempre che permangano l'irrevocabilità della disposizione e l'immediata costituzione del vincolo giuridico tra le parti, con conseguente attualità dell'attribuzione la cui efficacia è solo differita alla morte, avendo il donatario facoltà di compiere atti conservativi e finanche di disporre del bene (sotto condizione)". Cfr. M. RINALDO, *Divieto di patti successori e donatio si praemoriari*, in *Accademia*, n. 4/2024, 337 ss.

⁷⁰ Cfr. G. OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della L. 219/2012*, *Quaderni a cura della Fondazione Italiana del Notariato*, Anno XVII, n. 3/2014, 35 ss.; A.A. CARRABBA, *Pianificazione successoria, disposizioni testamentarie e destinazioni: articolazioni del patrimonio e contrattualizzazioni nell'atto di ultima volontà*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 51 ss.

ciata” dalla cessione della proprietà di determinati beni dal vitaliziato al vitalizante, a meno che la controprestazione non sia rappresentata da un obbligo reciproco di assistenza.

Una possibile modalità volta a consentire, con effetti reali, l’acquisto della proprietà su beni tra conviventi può essere rappresentata dall’acquisto contestuale su di un medesimo bene della nuda proprietà sulla quota di un mezzo e dell’usufrutto sulla restante metà, cosicché alla morte di uno dei due comproprietari automaticamente si consoliderà la piena proprietà sull’intero a favore dell’altro.

Strumento direttamente “spendibile” nei confronti degli eredi del convivente, in relazione a determinate somme, potrebbe essere costituito altresì dal rilascio di dichiarazioni di debito da parte dei conviventi, cosicché al momento della morte di uno di loro tale dichiarazione possa essere presentata agli eredi come prova della qualità di creditore, legittimato ad esigere la relativa somma. La possibilità che tale strumento si tramuti in una deprecabile “arma di ricatto” potrebbe essere evitata attraverso la reciprocità, per pari importo, di tali dichiarazioni, reciprocità che, tuttavia, presuppone l’inesistenza di una situazione di debolezza o di estrema disparità, sotto il profilo patrimoniale, dei due conviventi.

Ancora, si è prospettato, seppure in via dubitativa e con il limite rappresentato dalla sua eventuale riconducibilità ad una donazione, di utilizzare l’istituto del *trust* per vincolare determinate somme in favore del convivente di fatto, o di costituire in suo favore un vincolo *ex art. 2645-ter c.c.*⁷¹

Autorevole dottrina⁷², nel lodevole tentativo di sottrarre all’ambito delle donazioni le elargizioni in favore del convivente, muovendo dalla considerazione, pressoché unanimemente condivisa, che la convivenza determina il sorgere di obbligazioni naturali, ha sostenuto che tali obbligazioni non si estinguono con la morte dell’obbligato. Pertanto, eventuali attribuzioni a favore del convivente superstite configurano, se disposte per testamento, legati con funzione solutoria, e, dunque, non sono soggette a riduzione perché integranti l’adempimento di un debito. Tale opinione è peraltro in contrasto con la dottrina maggioritaria che tende a negare la trasmissibilità *iure successionis* del rapporto obbligatorio naturale.

Il quadro sintetico, ora delineato, degli strumenti utilizzati e utilizzabili, nella realtà concreta e giuridica attuale, per offrire una possibile tutela al convivente – strumenti che si muovono esclusivamente nell’ambito della

⁷¹ Cfr. G. OBERTO, *La pianificazione successoria*, cit.

⁷² Così V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1 ss. In tema, cfr. inoltre L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, Milano, 2004, 80 ss.; G.F. BASINI, *Obbligazioni naturali e successione a acusa di morte*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 678 ss.; P. PERLINGIERI, *Le vicende dell’obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, 385 ss.

autonomia negoziale, in mancanza di previsioni legali a favore del convivente, rendendo imprescindibile una scelta avveduta e consapevole fatta in vita – conferma quanto rilevato poco prima.

In conclusione, tale tipologia di scelta, al di là dei suoi concreti contenuti, appare evidentemente riservata soltanto a persone di elevato grado culturale e di istruzione. Non si può realisticamente ipotizzare che possa essere seguita dalla generalità di coloro che si trovano a vivere un rapporto di coppia di fatto.

5. *I principi in materia elaborati dalla Commissione Europea per il diritto di famiglia: un possibile riferimento per i legislatori nazionali?*

La Commissione per il diritto di famiglia europeo (CEFL), preso atto del numero sempre più rilevante delle unioni di fatto nell'ambito degli ordinamenti europei, nel 2019 ha elaborato un insieme di regole che potrebbero orientare i legislatori nazionali nel dettare una regolamentazione dei rapporti tra coloro che vivono in una relazione di coppia non formalizzata attraverso un vincolo.

Detti Principi⁷³, formulati a fronte (così recita il Preambolo) “dell'aumento della convivenza come coppia” e delle differenze ancora esistenti tra gli ordinamenti europei che ostacolano la libera circolazione delle persone, “nel desiderio di migliorare la posizione di coloro che vivono in una convivenza di fatto”; “riconoscendo gli interessi comuni e la necessità di proteggere il partner più debole, soprattutto quando la convivenza di fatto è terminata”, “senza fare distinzioni tra le convivenze di sesso diverso e dello stesso sesso”, sono suddivisi in sette capitoli, il sesto dei quali si riferisce all'evento morte che colpisca uno dei componenti la coppia.

Il primo capitolo detta le definizioni e individua l'ambito di applicazione dei Principi medesimi.

La definizione di convivenza di fatto postula l'esistenza di una relazione duratura, tra due *partners*, che la norma considerata “qualificata” se i due componenti la coppia hanno un figlio in comune, o in caso di durata della relazione superiore a cinque anni.

Si esclude (Principio 5:2) l'applicabilità dei Principi se i due componenti la coppia sono sposati o uniti con vincolo registrato tra loro; al contrario

⁷³ Cfr. B. LANDAHL-L.A. PATTI, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions. Are all solutions fair?*, in *Familia*, 2022, 909 ss.

non si esclude che i Principi si applichino in presenza di una relazione di fatto, uno o entrambi i componenti della quale siano coniugati o uniti con vincolo registrato con altri soggetti.

Con riferimento all'evento morte, i Principi prevedono il diritto di continuare a vivere nella casa familiare appartenente al *partner* deceduto o il diritto di subentrargli nel contratto di locazione, da far salvi anche in caso di diversa disposizione testamentaria.

L'aspetto più originale (e nello stesso tempo più dirompente) dei Principi è costituito dalla previsione, in caso di successione *ab intestato*, di una parificazione di diritti tra coniuge e convivente. Questo trattamento normativo è subordinato, tuttavia, alla esistenza di una duplice condizione, ovvero la durata almeno quinquennale della relazione e l'esistenza di un figlio in comune ai due *partners*.

L'ultima norma in tema, ovvero il principio 5:25, garantisce al *partner*, in presenza di un figlio in comune e purché la relazione sia durata almeno due anni, il diritto di esigere comunque dagli eredi una somma forfettaria, in misura adeguata e limitata al sostegno economico di base a breve termine in considerazione delle risorse del superstite. Il diritto, da far valere entro un anno dalla morte del *partner*, non preclude in ogni caso i diritti successori indisponibili di altre persone.

Come è stato acutamente osservato⁷⁴, i Principi elaborati dalla Commissione, esprimendo indicazioni assai differenti rispetto alle legislazioni nazionali e specificamente, per quanto si riferisce all'ordinamento italiano, rispetto alla regolamentazione prevista dalla legge n. 76/2016, difficilmente potranno costituire una base di riferimento per individuare un modello di regolamentazione comune.

In particolare, già l'ambito di applicazione individuato in apertura dei Principi si discosta dalla previsione della legge n. 76/2016, nella misura in cui per un verso non indica come presupposto imprescindibile la convivenza, per altro verso non esclude la sussistenza di una unione di fatto, in presenza di una unione registrata o di un matrimonio che vincoli uno o entrambi i *partners*.

Inoltre, non pochi dubbi di compatibilità sia con la normativa italiana, sia, più in generale, con principi di uguaglianza e non discriminazione, suscitano le previsioni volte ad "agganciare" l'esistenza di alcuni diritti o la possibilità di farli valere non tanto alla durata della relazione, ma anche, come condizione ulteriore richiesta, all'esistenza di figli in comune, indipendentemente dalla loro autosufficienza o meno.

In sostanza, la compatibilità dei Principi elaborati dalla Commissione

⁷⁴ V. S. PATTI, *Convivenza e contratto di convivenza*, in N. LIPARI-S. PATTI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit., 144.

con il regime successorio del convivente di fatto previsto dalla legge italiana appare esclusa sia per eccesso che per difetto.

Sotto il primo profilo, la parificazione tra convivente e coniuge affermata dal Principio 5:24 è sicuramente in contrasto con la legge italiana, non solo in linea teorica, ma anche in concreto, soprattutto laddove si realizzi in presenza di rapporto coniugale tuttora in corso, secondo la definizione di unione di fatto accolta dai Principi, definizione che risulta in piena dissonanza con quanto previsto dalla legge n. 76/2016.

Sotto il secondo aspetto, non appare certamente condivisibile la limitazione dei diritti previsti esclusivamente in favore di coppie che abbiano un figlio in comune, a tutta evidenza discriminatoria e pregiudizievole per le coppie anziane e senza figli e, soprattutto, per le coppie che non possono o non vogliono averne.

In conclusione, sul punto, per quanto appaia condivisibile lo spirito che ha animato la Commissione nel lodevole auspicio di offrire criteri tendenzialmente unificanti e ispiratori delle diverse discipline nazionali, non si può che rilevare come le obiettive e rilevanti differenze ravvisabili tra i Principi e le soluzioni accolte nei Paesi dell'Unione finiranno per privare di effettivo peso il lavoro svolto dalla Commissione, destinato, prevedibilmente, a rimanere "lettera morta".

6. De iure condendo: *la tutela del convivente superstite tra opportunità, necessità e concreta attuazione*

Le considerazioni finora svolte consentono di trarre alcune conclusioni in relazione al regime successorio dei conviventi di fatto, anche in prospettiva *de iure condendo*, così da rispondere agli interrogativi posti nel titolo di questo lavoro.

A fronte dell'ineludibile constatazione rappresentata dal numero sempre crescente di persone, sia di sesso diverso che del medesimo, che decidono di vivere in uno stabile legame di coppia indipendentemente dalla sua formalizzazione, è inevitabile che il legislatore prenda atto della altrettanto crescente esigenza di tutela che proviene dai conviventi e che determina l'opportunità di previsioni normative, riferite sia ai rapporti tra loro, soprattutto laddove ci sia una situazione di disparità, anche sotto il profilo economico, specificamente in caso di cessazione della convivenza; sia nei confronti dei terzi, in relazione a particolari momenti della vita, con riferimento a determinate circostanze, nonché all'evento fatale.

La legge del 2016, come già detto, non ha offerto soluzioni particolarmente innovative, ma piuttosto recepito collaudati orientamenti giurispru-

denziali e previsioni già contenute in leggi di settore. Tuttavia, muovendo dalla indiscutibile rilevanza della posizione del convivente e del suo riconoscimento anche nei confronti dei terzi, ha fatto luce su alcuni aspetti specifici.

La attuale normativa identifica il suo ambito oggettivo di applicazione nella convivenza di fatto caratterizzata dalla stabilità del legame affettivo di coppia e dalla reciproca assistenza morale e materiale.

Come già rilevato, è controverso se la dichiarazione anagrafica prevista dal comma 37 dell'art. 1 della legge costituisca un possibile indizio privilegiato di conferma della stabilità del legame di coppia, così come definito dal comma 36, o ne sia elemento costitutivo, tale da individuare l'ambito oggettivo ed esclusivo di applicazione della tutela apprestata dalla normativa.

La prima opzione interpretativa comporta che l'esistenza del legame affettivo stabile – potendo sussistere indipendentemente da un aspetto di facile accertamento oggettivo, quale la comune residenza attestata con apposita dichiarazione – dovrà essere oggetto di prova, laddove la si assuma come presupposto ai fini di richiedere l'applicazione delle norme dettate dalla legge, quanto meno con riferimento a quella parte della legge che si ritiene automaticamente applicabile alla stabile convivenza di fatto⁷⁵.

Al contrario, la diversa interpretazione che postula la configurazione della convivenza di coppia come presupposto di applicazione dalla legge del 2016 soltanto a seguito della apposita dichiarazione anagrafica porta ad escludere che le norme dalla stessa dettate entrino in gioco in assenza di una scelta in tal senso espressamente effettuata dai conviventi *ex* comma 37 dell'art. 1.

Dalle due diverse impostazioni interpretative ipotizzate *de iure condito* potrebbero sorgere un rilevante criterio dirimente in prospettiva *de iure condendo*, proprio in relazione ad una eventuale, più generale normativa, che valorizzi la posizione del convivente in sede successoria.

Infatti, se la duratura relazione di coppia, che pur si connota come un “modello” familiare ormai estremamente diffuso, è priva, per sua natura e per scelta, più o meno consapevole, dei *partners*, di una qualsiasi modalità di formalizzazione, appare estremamente ardua la stessa possibilità di predisporre una disciplina, i cui presupposti di applicazione non possono, in concreto, prescindere da un dato oggettivo, agevolmente riscontrabile in fatto. Solo quest'ultimo può consentire all'interprete, in sede di applicazione pratica, di giustificare la previsione di forme di tutela, anche forte e generalizzata, nei confronti dei due componenti la coppia.

In altri termini, anche per valorizzare quella che può essere la scelta compiuta in piena e consapevole autonomia da parte dei conviventi di fatto,

⁷⁵ V. S. PATTI, *Convivenza e contratto di convivenza*, in *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit., 113.

se una regolamentazione si rende opportuna, occorre individuarne il più corretto ambito di riferimento, lasciando fuori dalla regolamentazione, per così dire generalizzata, in presenza dei presupposti di fatto, tutti gli aspetti di carattere patrimoniale che non si fondino su un requisito di immediata e oggettiva apprezzabilità, anche sotto il profilo probatorio.

Per un duplice motivo: in primo luogo perché in questo modo si lascia libero chi non vuole vincolare le proprie scelte di vita di farlo; in secondo luogo, si rende effettiva, possibile e agevolmente applicabile da parte del giudice la normativa prevista.

In sostanza, la previsione legale di una pianificazione successoria per il convivente di fatto non potrebbe che essere fondata sul presupposto di una scelta operata dai conviventi stessi, scelta verificabile sulla base di un dato oggettivo di riferimento individuato dalla legge.

È certamente incontestabile che sia stata da tempo superata l'impostazione racchiusa nella famosa frase attribuita a Napoleone, secondo la quale, visto che "i concubini" si disinteressano della legge, la legge può disinteressarsi di loro⁷⁶, con la conseguenza che la convivenza di fatto non doveva e non poteva essere oggetto di regolamentazione. Superamento dovuto non soltanto alla circostanza che la relazione di convivenza di fatto ha perduto la vaga aura di illegittimità che la rivestiva, ma anche alla considerazione che il legislatore non può non prendere atto di una realtà fattuale estremamente diffusa, che ha reso indifferente il legame affettivo di coppia, per quanto duraturo e caratterizzato da reciproca assistenza morale e materiale, all'esistenza di un vincolo formale.

Occorre tuttavia delimitare specificamente l'ambito dello spazio possibile, opportuno o necessario della relativa regolamentazione.

Né si può dimenticare, nel delineare tale spazio, di dare rilievo, e nello stesso tempo tutela, alla legittima e libera scelta di chi ha consapevolmente deciso di vivere un legame di coppia "sganciato" da qualsiasi vincolo.

Anche in questa prospettiva, il bilanciamento tra mantenere la scelta di deregolamentazione, che può essere ragionevolmente considerata sottesa alla assenza di un crisma formale che "suggelli" il legame di coppia, da una parte; e la opportunità di una tutela che si espliciti soprattutto per tramite del riconoscimento del valore del legame nei confronti dei terzi, consentendo così l'accesso dei conviventi a determinate prerogative altrimenti loro precluse, ed anche nei confronti dei *partners*, tra loro, reciprocamente, dall'altra, potrebbe essere operato da una duplice angolazione di riferimento.

In primo luogo, l'applicazione automatica della normativa dettata dal

⁷⁶ Cfr. S. PATTI, *Convivenza e contratto di convivenza*, in *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit., 107.

legislatore dovrebbe essere riferita essenzialmente ad aspetti di carattere non esclusivamente patrimoniale, lasciando questi ultimi ad una regolamentazione che i *partners* siano liberi di adottare per scelta, consapevole e determinata. In questo senso sembrerebbe essere orientata la legge del 2016, che prevede la possibilità di regolare le modalità di contribuzione alla vita comune attraverso il contratto di convivenza⁷⁷, per tramite del quale i componenti la coppia possono scegliere anche di sottostare ad un regime rigorosamente predeterminato, quale quello della comunione legale. Fermo rimanendo, tuttavia, che in assenza della stipula di tale contratto, manca, tra i *partners*, una regolamentazione predefinita e di riferimento per i loro reciproci rapporti patrimoniali.

In secondo luogo, laddove la regolamentazione attinente alla sfera patrimoniale dei conviventi si configuri come un *corpus* normativo che debba essere coordinato o comunque presenti occasioni di contatto e anche di potenziale contrasto con diritti di terzi, la possibilità di applicarla deve essere subordinata all'esistenza di un presupposto oggettivo, la cui verifica appaia, per l'interprete, immediata o comunque di agevole accertamento, in modo da rendere effettiva, e, dunque, concretamente attuabile, l'applicazione delle disposizioni previste.

In questa prospettiva si inserisce certamente il diritto successorio – come quello puramente patrimoniale – che, avendo ricadute immediate sulla circolazione giuridica, non può che essere dotato di regole intransigenti a presidio della prevedibilità e della certezza dei suoi effetti⁷⁸, risultando le successioni “per loro natura condizionate dal dato normativo”⁷⁹.

Queste potrebbero essere, anche *de iure condendo*, le linee di indirizzo di una regolamentazione della successione tra conviventi, nell'ambito della quale potrebbe anche essere ipotizzata una parificazione, nella successione legittima e necessaria, tra coniuge e *partner* del legame di coppia, muovendo dal presupposto che la realtà sociale e di costume non giustifica più un trattamento diverso.

Allo stesso tempo però il riconoscimento di una tutela in sede successoria – che eventualmente parifichi o comunque assimili il coniuge al convivente di fatto – non può prescindere dall'esistenza di un elemento oggettivo, volu-

⁷⁷ S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago*, cit., osserva come lo stesso contratto di convivenza abbia avuto scarso successo nell'applicazione pratica, quasi a conferma di un rifiuto degli interessati a stabilire regole e conseguenze di un rapporto che si vuole affidare unicamente all'affetto e alla spontaneità.

⁷⁸ Cfr. F. AZZARRI, *Mutamenti della famiglia e diritto successorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1045.

⁷⁹ V. N. LIPARI, *La famiglia (evoluzione dei modelli)*, in *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit., 53.

to, conosciuto e deciso dai conviventi, che faccia “scattare”, senza alcuna difficoltà o onere di prova, la regolamentazione prevista.

Sarà il legislatore ad individuare un fatto storico che deve avere una pubblicità anche nei confronti dei terzi, e che non può essere lasciato all'onere della prova di chi lo invoca ai fini di giustificare l'applicazione di una norma – nel caso che ci riguarda – in ambito successorio.

Potrebbe essere la stessa dichiarazione di registrazione di una residenza comune a costituire – ma espressamente e non per tramite di un controverso e comunque contestabile procedimento interpretativo – elemento fattuale e documentale, che valga da presupposto per l'applicazione della relativa normativa.

Si garantirebbero, in questo modo, in primo luogo la libertà dei conviventi di scegliere di non essere sottoposti alla regolamentazione prevista, non ponendone in essere il presupposto di applicazione. In secondo luogo, la agevole e concreta attuazione della tutela prevista come regime legalmente applicabile, in presenza del presupposto, per il convivente di fatto, in assenza di disposizioni testamentarie o anche in contrasto con le medesime – laddove il convivente avesse la veste di legittimario – senza che lo stesso fosse onerato di dare la prova dell'esistenza del legame affettivo stabile. Infine, i terzi, posti in grado di conoscere immediatamente, al momento dell'apertura della successione, il numero e la qualifica dei soggetti chiamati.

In conclusione, la regolamentazione delle successioni tra conviventi appare opportuna, per non lasciare privo di tutela, se non per tramite di consapevoli atti di autonomia privata, sia *mortis causa* che *inter vivos*, il convivente di fatto al momento della morte del *partner*.

Tale regolamentazione non dovrebbe, tuttavia, essere impostata come normativa automaticamente applicabile, in assenza di uno specifico presupposto di fatto posto in essere dai *partners* come esercizio di libera scelta, volta a determinare l'applicabilità di quella normativa prevista dalla legge.

La profonda differenza che esiste, oggi, tra matrimonio e unione civile, da una parte, e convivenza di fatto, dall'altra, sotto il profilo delle rispettive modalità di costituzione⁸⁰, potrebbe ridursi laddove si seguisse la strada verso una procedimentalizzazione della formazione della convivenza, quanto meno al limitato fine di sancire la scelta dei soggetti coinvolti nel determinare al loro rapporto l'applicabilità di una eventuale normativa

⁸⁰ Osserva come, sotto il profilo della costituzione, la distanza tra matrimonio e convivenza resta profonda, rilevando che tale profonda differenza (tra il modo in cui si entra nel matrimonio ed il modo in cui si costituisce una convivenza) rispecchia la differente graduazione di tutela costituzionale dei due fenomeni, riconducibili l'uno all'art. 29 Cost. e l'altro all'art. 2 Cost. A. RENDA, *La costituzione del matrimonio, dell'unione civile e della convivenza*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 179.

dettata in ambito successorio. Scelta che andrebbe a costituire presupposto imprescindibile per poter rendere effettiva e concretamente attuabile, senza incertezze, la regolamentazione prevista.

Regolamentazione che risulta, dunque, senz'altro opportuna, ma non necessaria – nel senso della sua non necessaria applicazione, in assenza di una scelta dei soggetti coinvolti – e che deve essere pensata e prevista in modo da poter essere agevolmente applicabile in concreto.

BRUNELLA BELLÈ

IL CAMBIO GENERAZIONALE DELL'IMPRESA INDIVIDUALE NELLA DISCIPLINA DELL'IMPOSIZIONE SUL REDDITO

L'analisi delle norme previste in materia di imposte sul reddito in ipotesi di atti di disposizione mortis causa o nel diverso caso di atti inter vivos (nello specifico il patto di famiglia) conferma la chiara preferenza da parte del sistema per questi ultimi avuto riguardo al trasferimento del patrimonio e delle responsabilità

SOMMARIO: 1. Breve premessa. – 2. Regime fiscale dell'azienda caduta in successione: considerazioni preliminari ed esame dell'art. 58 del T.u.i.r. L'irrilevanza della prossimità parentale. – 3. La continuazione dell'attività d'impresa. – 4. Il patto di famiglia ed il regime fiscale applicabile ai fini delle imposte dirette in mancanza di previsioni espresse. – 4.1. Il regime fiscale dei flussi di valore a favore degli assegnatari. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Breve premessa

Il passaggio generazionale nell'impresa è un fenomeno decisamente ampio che coinvolge numerose realtà, basti pensare che, in prossimità dell'introduzione in Italia della normativa sul patto di famiglia, secondo alcune stime Eurostat – nel 2006 – sarebbero state oltre cinque milioni le imprese che, nell'Unione Europea, avrebbero dovuto risolvere il problema del trasferimento dell'azienda alla generazione successiva, mentre l'Aidaf¹ valuta che, nei prossimi anni, saranno più della metà gli imprenditori italiani che dovranno confrontarsi con la fase assai delicata del cambio di generazione nel governo dell'impresa.

Il tema è assai complesso e spesso è affrontato dai giuristi muovendo dal presupposto che i sistemi sembrerebbero essere determinati dall'adeguatezza delle tradizionali regole e dei correlati istituti successori (o *post mortem*) e, dunque, incapaci a far fronte alle esigenze di una trasmissione

¹ Associazione italiana delle aziende familiari.

aziendale (o societaria) pianificata ed organizzata; oltre che inidonei ad evitare liti successorie, mantenendo l'unità dei complessi organizzati secondo le regole del diritto dell'impresa, ma anche nel rispetto della volontà di chi quell'impresa ha contribuito a creare. Volontà che, come risulterà evidente, meglio si esprime, attraverso atti posti in essere in vita.

Parte di questo assetto, articolato e complesso, è, ovviamente, il diritto tributario, il quale esercita sicuramente un ruolo di primo rilievo, essendo il prelievo fiscale capace (com'è noto – o, per lo meno, intuitivo) di divenire elemento integrante dell'articolato sistema dei diritti di proprietà privata e di regole di mercato che le stesse norme tributarie concorrono a creare, limitare o – a seconda dei casi – ad espandere e tutelare, nel rispetto dei principi fondamentali di uguaglianza e di solidarietà.

È per questo che, muovendo da siffatto assunto, fin dal lontano 1994, l'Unione Europea, con la raccomandazione n. 1069² e la coeva Comunicazione della Commissione³, avuto principalmente riguardo alla successione delle piccole e medie imprese, rivolgeva agli Stati Membri l'invito ad adottare le misure necessarie per facilitarne "la successione" ed agevolare il ricambio generazionale al fine di assicurarne la sopravvivenza ed il mantenimento dei livelli occupazionali⁴.

In particolare, l'anzidetta Raccomandazione evidenziava come occorresse sensibilizzare maggiormente l'imprenditore in ordine ai problemi connessi alla sua successione per favorire la continuazione dell'impresa, anche avuto riguardo alle società di persone – specie nel caso di decesso del socio – così da assicurare un buon esito dell'avvicendamento all'interno dell'ambito familiare per il mezzo di un'adeguata imposizione fiscale, fino ad introdurre nell'ambito degli ordinamenti interni – laddove vi fossero contraddizioni tra normativa relativa al diritto delle società e quella concernente le disposizioni testamentarie – discipline in base alle quali il contratto di società potesse prevalere ai fini sopra accennati.

Ed infatti, qualora la successione avvenga *mortis causa*, essa può costituire un "momento critico" per la sopravvivenza dell'impresa stessa, in quanto il passaggio di consegne a livello generazionale, laddove non strategicamen-

² In G.U.C.E. legge 31 dicembre 1994, n. 385.

³ In G.U.C.E. 31 dicembre 1994, C 400/1.

⁴ Alle iniziative europee ha fatto seguito, in Italia, l'introduzione nel codice civile degli artt. 768-*bis* e segg. sul «patto di famiglia» (con la legge 14 febbraio 2006, n. 55) attraverso cui l'imprenditore «sceglie» l'erede destinato a succedere nella titolarità dell'impresa. A questa prima novazione del codice civile, nella direzione indicata a livello europeo, è poi seguita l'introduzione del beneficio dell'esenzione dall'imposta di successione contenuto nell'art. 3, comma 4-*ter*, d.lgs. n. 346/1990, introdotto dall'art. 1, comma 78, legge 27 dicembre 2006, n. 296, con l'evidente scopo di tener conto dell'esigenza di evitare che i sistemi fiscali danneggino le imprese in occasione della trasmissione ereditaria.

te preordinato e coordinato, potrebbe comportare conseguenze negative, sia in termini economici, che organizzativi, fino al punto di costringere a decretare la fine dell'impresa⁵.

Per questo è fondamentale che il legislatore tributario non trasformi la legislazione fiscale in un elemento di disturbo di un momento spesso delicato in cui è necessario assumere decisioni difficili in merito all'assunzione del timone dell'azienda, anche nella prospettiva di una condivisione con altri⁶ e delle particolari istanze di rilevanza sociale che vengono in considerazione in questo caso, ovvero la necessità che il bene continui ad essere produttivo e passi nelle mani di chi è ritenuto più capace di proseguire l'attività nel solco del rendimento.

Del resto, non meno delicato si presenta il tema quando la prosecuzione dell'azienda avviene con una serie di differenti operazioni, *inter vivos* ovvero *mortis causa*, tutte accomunate dall'essere idonee a garantire, in modo diretto o indiretto, l'esercizio dell'impresa, essendo eterogenee le scelte percorribili per la sistemazione patrimoniale contrattuale con funzione successoria e le diverse conseguenze fiscali ad esse connesse⁷.

Oggetto del presente studio è, dunque, l'esame della disciplina fiscale dell'azienda acquisita ai sensi dell'art. 58 del T.u.i.r., il quale, per l'ipotesi di trasferimento dell'impresa per causa di morte o per atto gratuito, evidenzia l'intenzione del legislatore tributario di non voler interferire con pesi fiscali nella scelta degli eredi di proseguire l'attività del dante causa, limitandosi – unicamente – a preservare le aspettative dell'Eraio da salti d'imposta e disponendo la salvaguardia delle situazioni fiscalmente pendenti attraverso un subentro integrale degli eredi in ognuno dei singoli valori fiscalmente riconosciuti, per come essi sono maturati nei confronti dell'imprenditore deceduto.

Nulla, o molto poco, come vedremo, è dato disporre al testatore sulla scelta dei destinatari delle future situazioni giuridiche attive o passive e, in ogni caso, la *ratio* delle norme che si applicano è basata esclusivamente su ragioni fiscali in una prospettiva che, rispetto alla volontà del disponente, potremo definire di assoluta neutralità.

Allo stesso tempo, il tema del trasferimento dell'azienda *mortis causa* viene affrontato in termini che prescindono totalmente dai legami familiari e con il chiaro intento di provare a salvare – o forse meglio favorire – la

⁵ V. MASTROIACOVO, *L'imposizione indiretta del passaggio generazionale dell'azienda tra regimi agevolati e criticità di sistema*, in *Rass. trib.*, 2012, 615 ss.

⁶ In questi termini si veda R. LUPI, *Successione generazionale nelle attività produttive e tributi*, in AA.VV., *L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme*, Milano, 2001, 196 ss.

⁷ A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

continuità aziendale che diviene il valore da perseguire⁸ anche se, talvolta, in forma mediata.

2. *Regime fiscale dell'azienda caduta in successione: considerazioni preliminari ed esame dell'art. 58 del T.u.i.r. L'irrelevanza della prossimità parentale*

È noto che nel nostro ordinamento non è consentito designare i beneficiari di una successione ereditaria ed individuare attribuzioni patrimoniali a loro favore se non mediante un testamento; ed è altresì noto che, in mancanza di un atto di disposizione *mortis causa*, l'individuazione dei beneficiari della successione e le attribuzioni ad essi spettanti sono disposte direttamente dalla legge.

La successione a causa di morte, infatti, può essere legittima o testamentaria (art. 457, comma 1, c.c.) e la delazione per legge (cioè, l'offerta del patrimonio ereditario secondo le regole della successione legittima) opera nella misura in cui il *de cuius* abbia disposto con testamento solo di parte delle proprie sostanze.

Al contempo, occorre ricordare che il nostro codice civile comprime fortemente la libertà di disporre della propria eredità mediante testamento, e ciò per effetto dalle regole della cosiddetta "successione necessaria", vale a dire le norme che impongono di riservare a favore di determinati stretti congiunti del *de cuius* una rilevante quota del suo patrimonio (la cosiddetta quota di legittima). Regole che, pertanto, quando si redige un testamento; vanno sempre tenute presenti così da evitare di creare situazioni conflittuali.

Vero è che, il testamento può contenere anche disposizioni rilevanti sotto un profilo non strettamente patrimoniale: ed infatti è possibile che il testatore utilizzi il proprio atto di disposizione per il riconoscimento di un figlio naturale; così come il testamento può sempre contenere volontà che non hanno alcun rilievo giuridico ma solo un valore morale o religioso, come quando vi ritroviamo l'esortazione a determinati comportamenti; ma ciò, tuttavia, a patto che mai si modifichi il suo contenuto patrimoniale e non si travalichino i limiti imposti rispetto al perimetro ritenuto dalla scelta legislativa "essenziale"⁹.

⁸ Malgrado ciò, ancora dai dati Aidaf, emerge che soltanto il 30% delle imprese sopravvive alla seconda generazione e di queste solo un ulteriore 50% chiude entro la terza generazione. Detto in altri termini, solo in 15 casi su 100 i nipoti proseguono nell'attività fondata dai nonni.

⁹ Diverso il caso del legato; ed infatti, in assenza di una disciplina che la regoli, la fatti-

Questa rigidità, cui si è cercato nel tempo di porre rimedio con specifici istituti, quali ad esempio, tra i più diffusi ed utilizzati, il *trust*¹⁰ ed il patto di famiglia¹¹, rappresenta la inevitabile premessa logico-giuridica dell'art. 58 del T.u.i.r. che, con una previsione generale, nell'ambito della imposizione sul reddito, affronta il diverso tema della continuità fiscale dell'azienda del dante causa; senza, ciò nondimeno, interferire sulle possibili eterogenee intenzioni degli eredi di volere taluni proseguire nell'iniziativa economica già intrapresa dal *de cuius*, attraverso la costituzione di una nuova società, ed altri, invece, di volere vedere riconosciuti i loro diritti successori in quanto del tutto disinteressati a proseguire personalmente nell'attività imprenditoriale.

Vediamo, dunque, cosa prevede l'art. 58, comma 1, del T.u.i.r. a questo scopo.

La norma, frutto di lunga evoluzione legislativa, ha una struttura lineare e semplice, e stabilisce, innanzitutto, che "il trasferimento di azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa".

specie legato d'azienda è stata variamente ricostruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza sussistendo a tutt'oggi contrasti interpretativi sulle norme da applicare.

In linea di principio, in ossequio al principio di autonomia testamentaria secondo il quale il *de cuius* è libero di disporre a suo piacimento delle sue sostanze per il periodo successivo alla sua morte, l'oggetto del legato può comprendere qualsiasi cosa, perfino priva di patrimonialità, purché rispetti i limiti della possibilità, liceità, determinatezza e determinabilità previsti dall'art. 1346 del codice civile. Non vi è dubbio, pertanto, che l'azienda sia anch'essa suscettibile di divenire oggetto di disposizione *mortis causa* considerato che essa costituisce un'universalità di fatto ai sensi dell'art. 816, comma 1, c.c. in forza del quale è considerata universalità di mobili la pluralità di cose che appartengono alla stessa persona e hanno una destinazione unitaria. È importante ricordare ai nostri fini, che la Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. II, sent. n. 1720, 29 gennaio 2016, in *Bancadati ONE Fiscale*) ha affermato la responsabilità del legatario per i debiti dell'azienda legata, seppure nei limiti del valore della stessa, in quanto in questo caso i debiti non sono da identificare con i debiti ereditari di cui all'art. 756 del codice civile che il legatario non è tenuto a pagare.

¹⁰ Tra i moltissimi ed autorevoli contributi si veda, per tutti, M. LUPOI, *Trusts*, Milano 1997; G.C. CHESHIRE, *Il concetto del "Trust" secondo la common law inglese*, Torino, 1998; A. GAMBARO, *Trust*, in *Dig. disc. priv.*, Sezione civile, vol. XIX, Torino 1999, *ad vocem*; S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011; C. SACCHETTO, *Il trust e il suo utilizzo nella famiglia e nell'impresa: caratteristiche, applicazioni e profili fiscali*, Torino, 2011.

¹¹ In tema di patto di famiglia la letteratura è davvero ampia, per un primo inquadramento sistematico e salvo ulteriori rinvii, si vedano, soprattutto: A. PALERMO (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2009; G. CASU, *Il patto di famiglia: rassegna ordinata di dottrina nella sua prima interpretazione*, in *Studi e materiali del Cnn*, 2006, n. 2; F. VOLPE, *Il patto di famiglia*, Napoli, 2011; F. GERBO, *Il patto di famiglia: problemi dogmatici. Loro riflessi redazionali*, in *Riv. notariato* n. 6/2007; F. SCODELLARI, *La successione ereditaria e la donazione nel diritto civile e tributario*, Torino, 2010, 729 ss.; D. PIRILLI, *Patto di famiglia e interessi familiari*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, 1534 ss.

Il primo elemento che dobbiamo, pertanto, registrare in queste considerazioni preliminari è il regime della “neutralità” ai fini reddituali dell’evento morte cui si è già accennato. Ed infatti, la norma esclude, in linea di principio, l’insorgenza di qualsiasi presupposto d’imposta ed esprime con evidenza la volontà del legislatore di conferire continuità ad ogni “dinamica fiscale pendente”¹², escludendo qualsivoglia rilevanza all’aspetto traslativo intersoggettivo, come si evince chiaramente dall’inciso immediatamente successivo per il quale “l’azienda è assunta ai medesimi valori fiscalmente riconosciuti nei confronti del dante causa”.

Si verifica, pertanto, l’integrale subentro fiscale dell’avente causa in ogni singolo elemento patrimoniale che concorre a formare l’azienda del *de cuius* (come anche del donante), il quale determina una sorta di immobilismo valutativo tale per cui, in nessun caso, il trasferimento dell’azienda può divenire occasione di distribuzione di valori fiscalmente rilevanti¹³.

Altra è la soluzione individuata, qualora gli eredi decidano di vendere o liquidare, anche parzialmente, l’azienda.

In questo caso, la cessione genererà un reddito diverso ai sensi dell’art. 67, comma 1, lettera *b-bis*) del T.u.i.r.; ed invero, la plusvalenza derivante dalla vendita sarà, in questo caso assoggettata a tassazione¹⁴, fatte salve alcune situazioni specifiche che saranno di seguito esaminate, e fermo restando, altresì, la possibilità che la plusvalenza derivante dalla cessione a titolo oneroso di un’azienda ricevuta in eredità sia tassata separatamente in capo all’erede, ai sensi dell’art. 17, comma 1, lett. *g*), del T.u.i.r., laddove la stessa sia stata posseduta dal cedente da più di cinque anni¹⁵, considerando

¹² L’espressione è di L. SORGATO, *Regime fiscale dell’azienda ceduta in successione ereditaria*, in *Il Fisco*, 2022, 3032.

¹³ Dubbi sorgono in merito al c.d. trapasso dell’eventuale avviamento pregresso contabilizzato nello stato patrimoniale del *de cuius*, alla luce delle restrittive prese di posizione dell’Amministrazione finanziaria, la quale dal 2010, continua a sostenere l’impossibilità di trasferire l’avviamento in occasione del conferimento dell’azienda (per un’ampia e puntuale ricostruzione dell’interpretazione erariale si vedano, per tutti, G.M. COMMITTERI-A. CERRAI, *Conferimento d’azienda in neutralità fiscale e regime circolatorio dell’avviamento*, in *Il Fisco*, 2022, 1919 ss.). Di avviso contrario è la giurisprudenza di merito (Comm. trib. reg. Lombardia, sentenza n. 4556/2019, in *Bancadati ONE Fiscale*), per la quale “L’avviamento è una qualità inscindibile dell’azienda e non del soggetto che ne ha la titolarità, ed indica l’attitudine di un complesso aziendale a produrre reddito” ed ancora “l’avviamento rappresenta una qualità dell’azienda, inscindibile dalla stessa, che non può circolare autonomamente e si trasferisce necessariamente con essa”.

¹⁴ Simmetricamente le operazioni effettuate potranno generare anche un debito IVA in quanto in questo caso l’erede (o gli eredi) si sostituisce all’imprenditore individuale defunto, applicando l’IVA sulle cessioni dei beni aziendali ed eventualmente compensando anche l’eccedenza d’imposta maturata dal *de cuius*.

¹⁵ Il mancato rispetto di questa condizione comporta la decadenza dal beneficio e il

anche il periodo di possesso maturato in capo al *de cuius*¹⁶.

In tali fattispecie, coerentemente con i principi consolidati all'interno del sistema tributario, il criterio di determinazione delle plusvalenze deve intendersi corrispondente a quello ordinario, dal momento che l'art. 71, comma 2, del T.u.i.r., pur trattandosi di altri redditi, rinvia espressamente all'art. 86 del medesimo testo normativo¹⁷.

Sempre in via preliminare, è bene sottolineare come, ai fini della applicazione della disciplina appena accennata, sia del tutto irrilevante la prossimità parentale.

Ed infatti, per effetto dell'art. 3, comma 25, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, venne introdotta all'art. 54, comma 5 (divenuto a seguito dell'introduzione dell'IRES l'art. 58, comma 1), la previsione in forza della quale solo il trasferimento dell'azienda per causa di morte o per atto gratuito "ai familiari" non costituiva realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa. Tuttavia la previsione è stata successivamente superata con l'entrata in vigore del secondo comma dell'art. 16 della legge 18 ottobre 2001, n. 383¹⁸ che ha esteso la neutralità fiscale anche ai casi in cui il passaggio generazionale dell'azienda coinvolgesse soggetti diversi dai familiari dell'imprenditore, subordinatamente al fatto che la causa fosse correlata alla morte o all'atto gratuito, e che, come inizialmente previsto, fosse garantita la necessaria prosecuzione dell'attività di impresa¹⁹.

pagamento dell'imposta in misura ordinaria della sanzione amministrativa prevista dall'art. 13, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, nonché degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata.

¹⁶ Ricordo che in tema di plusvalenza da cessione di azienda, il requisito del quinquennio per la tassazione separata nel caso di successione *mortis causa* si calcola dalla data di acquisto da parte dell'originario proprietario. Ciò in quanto, secondo il codice civile, il possesso continua nell'erede, con effetto dall'apertura della successione, senza soluzione di continuità. È quanto ha stabilito la Corte di Cassazione con la sentenza n. 4444 dell'11 febbraio 2022, in *Il Fisco*, 2022, 1186 ss. con nota di M. DENARO, *Tassazione separata per la cessione dell'azienda ereditata se posseduta complessivamente da più di cinque anni*.

¹⁷ In questi termini anche SORGATO L., *Regime fiscale della cessione dell'azienda affittata, ereditata o donata*, in *Il Fisco*, 2022, 2929 ss.

¹⁸ Successivamente abrogato con l'art. 18, comma 4, del d.lgs. 18 novembre 2005, n. 247.

¹⁹ È opportuno ricordare che la sovrapponibilità parziale delle due disposizioni, aveva indotto parte della dottrina a concludere per un'abrogazione tacita del disposto dell'art. 54 T.u.i.r. ad opera dell'art. 16 anzidetto in virtù dei criteri di specialità e di successione delle norme nel tempo; ed infatti, l'ultima previsione si presentava più puntuale e specifica su determinati aspetti. La dottrina considerò anche che la condizione prevista dall'art. 54 del testo unico dovesse intendersi riferita solo all'ipotesi della donazione e non anche delle successioni per causa di morte e che la condizione – prevista dall'art. 16 – della prosecuzione dell'attività avesse di per sé una funzione limitativa della neutralità delle fattispecie in esame e dunque dovesse intendersi riferita solo alle ipotesi della donazione ad estranei (in

Infine, la norma, epurata di qualsiasi riferimento ai familiari, è stata riprodotta nell'art. 58 nella versione che oggi conosciamo²⁰ a dimostrazione del fatto che la disciplina ha perduto definitivamente ogni legame con lo schema della volontarietà e della famiglia.

3. *La continuazione dell'attività di impresa*

Come ho anticipato, in linea di principio, al decesso dell'imprenditore individuale può seguire la scelta dell'erede tra la prosecuzione dell'attività d'impresa ovvero la sua cessazione, di conseguenza il passaggio intergenerazionale dell'impresa individuale si caratterizza per una disciplina tributaria differenziata a seconda che l'erede intenda continuare l'esercizio di tale attività oppure cessarla con liquidazione dei beni aziendali ovvero con la loro destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'impresa (c.d. etero-destinazione o autoconsumo)²¹.

Si è già detto che, nel caso più semplice, in cui l'unico erede decida di proseguire nell'esercizio dell'attività di impresa individuale del contribuente deceduto, il trasferimento di azienda *mortis causa* non costituisce realizzo di plusvalenze *ex art. 58 T.u.i.r.*, assumendo egli l'azienda ai medesimi

questo senso L. SORGATO, *Incondizionata irrilevanza reddituale delle donazioni di azienda e simmetrie "donante-donatario"*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005, 1072; contra M. BEGHIN, *Il trasferimento d'azienda mortis causa o per atto gratuito tra vecchie e nuove disposizioni*, in *Corr. trib.*, 2217). Ad analogo risultato era pervenuta l'Agenzia delle entrate nella circolare 18 ottobre 2001, n. 91/E (in *Bancadati ONE Fiscale*) che, al par. 5, aveva precisato "con il comma 2 dell'art. 16 si amplia la previsione normativa già contenuta nell'art. 54, comma 5, del T.u.i.r., al fine di stabilire il regime agevolato delle plusvalenze patrimoniali in caso di trasferimento a titolo di successione per causa di morte o di donazione dell'azienda nell'ipotesi di prosecuzione dell'attività di impresa. In tale evenienza, indipendentemente dal grado di parentela con il beneficiario, è stabilito che il trasferimento, ancorché riferibile ad un atto di liberalità, non ha effetti realizzativi ed i beni si trasferiscono al beneficiario che prosegue l'attività in regime di neutralità fiscale ai fini delle imposte sui redditi, senza quindi emersione di plusvalenze o minusvalenze fiscalmente rilevanti" (altresì in *Corr. Trib.*, 2001, 3338, con commento di L. ALEMANNO-F. RICCA).

²⁰ A seguito del d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, introduttivo dell'IRES.

²¹ In questo caso il patrimonio aziendale e i beni residui devono essere considerati come destinati all'autoconsumo o ad altre finalità estranee all'impresa *ex art. 2, d.P.R.* 26 ottobre 1972, n. 633, con conseguenti obblighi di fatturazione e dichiarativi. In base all'art. 58, comma 3, T.u.i.r., le plusvalenze dei beni relativi all'impresa concorrono a formare il reddito non soltanto in caso di cessione da parte dell'erede, ma anche se i beni vengono destinati al consumo personale o familiare o a finalità estranee all'esercizio dell'impresa.

valori fiscalmente riconosciuti nei confronti del dante causa²², a patto che lo stesso prosegua nell'esercizio dell'attività d'impresa per un periodo non inferiore ai cinque anni dalla data del trasferimento, e ciò anche nell'ipotesi in cui, prima del decorso di cinque anni dalla donazione o successione: 1) il beneficiario conferisca l'azienda in una società di persone, indipendentemente dal valore della partecipazione ricevuta a fronte del conferimento; 2) il beneficiario conferisca l'azienda in una società di capitali, purché, in tal caso, le azioni o quote assegnategli a fronte del conferimento consentano di conseguire o integrare il controllo ai sensi dell'art. 2359, primo comma n. 1), del codice civile²³.

Dissimili sono le dinamiche fiscali che possono verificarsi tra i diversi eredi quando l'unica azienda individuale cade in successione, dinamiche che non possono essere condizionate in alcun modo (se non indirettamente) dalla volontà del *de cuius*; volontà che, necessariamente, deve esprimersi all'interno del perimetro di possibilità concesse dal dettato normativo.

Innanzitutto, è sempre possibile che solo uno o alcuni dei legittimari preferiscano essere liquidati in quanto non intendono proseguire nell'esercizio dell'azione societaria con l'altro (o gli altri) eredi. In questo caso la fattispecie rispetto a questi ultimi si dovrà configurare alla stregua di una cessione parziale di azienda, con corrispondente realizzo di redditi diversi per coloro che non hanno inteso proseguire nella nuova organizzazione imprenditoriale.

Si cumuleranno, quindi, gli effetti del subentro previsto dall'art. 58, comma 1, T.u.i.r., con quelli correlati alla capitalizzazione delle plusvalen-

²² Ricordo, inoltre, che qualora la successione avvenga a favore dei discendenti e del coniuge, il trasferimento non è soggetto all'imposta sulle successioni e donazioni *ex art.* 3, comma 4-*ter*, d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346. Ed infatti «le donazioni e i trasferimenti effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-*bis* e seguenti del codice civile a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera *a*), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile.

Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. Il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata».

²³ Così Circ. 22 gennaio 2008, n. 3 in *Bancadati Fisconline*.

ze tassate come redditi diversi nei confronti dei soggetti liquidati (art. 67, primo comma, lettera h-*bis* T.u.i.r.)²⁴.

Nel caso in cui, invece, in seguito al decesso dell'imprenditore individuale, subentri una pluralità di eredi, se alla morte del titolare l'impresa individuale non cessa con la conseguente e necessaria fase di liquidazione, si deve presumere che essa venga continuata in una forma di comunione incidentale da tutti i chiamati all'eredità, e, quindi, che tra di loro, come chiarito dalla Suprema Corte di Cassazione, sia legittimamente configurabile, in mancanza di atti formali, una società di fatto²⁵ che perdura fino a quando i soci non manifestano – esplicitamente o mediante comportamenti concludenti – la volontà di proseguire nella gestione dell'attività economica ovvero l'intenzione di addivenire alla sua cessazione.

Ed invero, la fruizione dell'azienda da parte degli eredi “per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili” – oltre a costituire manifestazione *per facta concludentia* della loro volontà di continuare l'attività imprenditoriale – coincide con la definizione di società *ex* art. 2247 c.c.

Aggiunge sul punto la Corte che “si deve ritenere, di conseguenza, per il principio di affidamento e di necessaria tutela dei terzi, che ogni chiamato che voglia restare estraneo alla continuazione della impresa deve formulare una rinuncia espressa nelle forme di legge, non essendo sufficiente il fatto che l'eredità non sia stata accettata.

Questa presunzione non è certamente di carattere assoluto, ma è una presunzione “*iuris tantum*” che ammette, dunque, la prova del contrario, tesa a dimostrare che nessun atto di gestione dell'impresa è stato compiuto o che gli atti di gestione sono stati compiuti da alcuni soggetti e non da altri”²⁶.

²⁴ Come evidenzia L. SORGATO (*Regime fiscale dell'assegnazione dell'azienda all'unico socio in caso di scioglimento della società*, in *Il fisco*, 2022, 2739) l'eventuale prosecuzione che comporti *de facto* una trasformazione da società a ditta individuale, nonostante la conservazione dello statuto d'impresa, non sembra consentire di evitare la tassazione delle plusvalenze maturate nei confronti della società destinata ad estinguersi.

²⁵ Cass., Sez. trib., sent. 17 novembre 2000, n. 14889, in *Bancadati ONE Fiscale*. Si veda anche ord. 18 aprile 2018, n. 9464, in *Corr. trib.*, 2018, 2773 con nota di L.R. Corrado, *Adempimenti dichiarativi e IVA in caso di decesso dell'imprenditore e comunione ereditaria*.

²⁶ Si veda anche Cass., Civ., Sez. II, sent. 6 febbraio 2009, n. 3028 (in *Bancadati ONE Fiscale*), secondo cui nel caso di comunione d'azienda, ove il godimento di questa si realizzi mediante il diretto sfruttamento della medesima da parte dei partecipanti alla comunione, è configurabile l'esercizio di un'impresa collettiva (nella forma della società irregolare o di fatto), non ostandovi l'art. 2248 c.c., che assoggetta alle norme degli artt. 1100 ss. cc. la comunione costituita o mantenuta al solo scopo di godimento; l'elemento discriminante tra comunione a scopo di godimento e società è infatti costituito dallo scopo lucrativo perseguito tramite un'attività imprenditoriale che si sostituisce al mero godimento ed in funzione della quale vengono utilizzati beni comuni.

La comunione ereditaria quando ha come scopo il mero godimento – sia esso diretto o indiretto – dei beni aziendali *ex art. 2248 c.c.*, non assume una autonoma soggettività tributaria, come si può evincere dal fatto che i coeredi, ai fini IVA, assolvono agli obblighi previsti e correlati ai doveri liquidatori, utilizzando la partita IVA dell'imprenditore deceduto²⁷.

Quando, invece, tra i coeredi, si crea una società di fatto²⁸, la volontà di continuare nell'attività imprenditoriale determina l'applicazione della disciplina tributaria delle società in nome collettivo ovvero delle società semplici in caso di esercizio di attività non commerciale²⁹.

Ricordo, inoltre, che fino a quando non si verifichi la cessazione della comunione ereditaria, le operazioni effettuate dagli eredi ai fini della liquidazione dell'azienda sono assoggettate a IVA *ex art. 35-bis*, comma 2, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633; ed altresì grava sugli eredi l'onere di provare che nell'anzidetta fase di liquidazione i beni aziendali non sono stati ceduti a terzi o destinati ad autoconsumo.

Tra le eventuali opzioni di gestione dell'azienda caduta in successione è possibile considerare anche l'affitto dell'azienda ad una costituenda società partecipata da tutti o alcuni degli eredi o anche da terzi.

In questo caso la migliore dottrina³⁰ ritiene che non venga meno la comunione ereditaria dell'azienda la quale *rimane, ancora coordinata dal diritto successorio, nella sfera personale degli eredi, con la contemporanea combinazione contrattuale di un affitto d'azienda ad una costituenda società partecipata da tutti o solo da alcuni dei coeredi o ad una nuova o preesistente società partecipata da soci tutti terzi rispetto agli eredi*³¹.

In questo caso, i canoni dell'affitto di azienda costituiranno redditi diversi che i coeredi saranno chiamati a dichiarare *pro quota* in corrispondenza alla percentuale del diritto successorio sull'azienda ereditata, e dunque secondo le spettanze di ognuno.

Nel caso, poi, che, alla scadenza del contratto di affitto, gli eredi, tor-

²⁷ Così, L.R. CORRADO, cit., 2776.

²⁸ In dottrina: A. AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971; M. CIAN, *Società di mero godimento tra azione in simulazione e Durchgriff*, in *Giur. comm.*, 1998, 452; M. DI CAMILLO, *Società di fatto, comunione di impresa, società di mero godimento*, nota a Trib. Roma, 19 febbraio 1991, in *Giur. merito*, 1992, 1124; P. FERRERO, *Comunione incidentale di azienda e società di fatto*, in *Giur. comm.*, 1977, 252; F. GALGANO, *Comunione d'impresa, società di fatto e conferimento immobiliare*, in *Contr. imp.*, 1988, 689 ss.; A. MATTURRI, *Differenze funzionali e formali tra società e comunione di godimento*, nota a C. App. Genova, 9 giugno 1994, e C. App. Genova, 11 luglio 1994, in *Società*, 1995, 793.

²⁹ Art. 5, comma 2, lett. b), T.U.I.R.

³⁰ L. SORGATO, *Regime fiscale dell'azienda caduta in successione*, in *Il Fisco*, 2022, 3031 ss.

³¹ *Idem*, 3035.

nati in possesso dell'azienda, decidano di proseguire l'attività d'impresa, organizzandosi in società e conferendo in essa l'azienda, si ritiene³² che, nonostante l'art. 176 T.u.i.r. contempli il regime di neutralità fiscale per i soli conferimenti effettuati nell'esercizio di imprese commerciali, i coeredi possano usufruire, a loro volta, del regime di neutralità previsto nell'art. 58 T.u.i.r., ricongiungendo la loro personale condizione fiscale a quella di eredi dell'azienda caduta in successione.

Ricordo che, se successivamente alla costituzione della società con conferimento dell'azienda caduta in successione, la società dovesse perdere la pluralità dei soci-eredi, in forza dell'ultimo inciso del comma 1 dell'art. 58 più volte richiamato è ancora assicurata la neutralità fiscale del passaggio dell'azienda nel patrimoniale personale del socio-erede superstite.

Prevede, infatti, la norma, che "I criteri di cui al periodo precedente si applicano anche quando a seguito dello scioglimento entro cinque anni dall'apertura della successione della società esistente tra gli eredi, la predetta azienda resti acquisita da uno solo di essi".

La previsione impone, così, di verificare se la persistenza del regime fiscale neutro debba considerarsi conseguente rispetto alla condizione che il socio superstite prosegua le dinamiche d'impresa prima perseguite dalla società, oppure se essa (la neutralità) possa essere ritenuta comunque assicurata anche nel caso in cui, ad esempio, l'unico socio-erede non prosegua l'impresa e conceda in affitto l'azienda ad imprenditori terzi ovvero, ancora, temporeggi al fine di verificare la migliore soluzione liquidatoria.

La questione si pone in quanto il rinvio operato al periodo precedente dall'inciso finale del comma 1, dell'art. 58, non richiede più in termini espliciti, diversamente dalle prime versioni del testo normativo, la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dei legittimari che ereditano l'azienda in successione; ed altresì, in ragione del fatto che lo stesso ultimo inciso non è perentorio in tale senso, dal momento che si limita a prevedere l'acquisizione dell'azienda da parte dell'unico socio-erede superstite entro cinque anni dalla data di apertura della successione, senza il vincolo di continuazione dell'attività d'impresa per gli altri.

Altrimenti detto, poiché non è mai richiesta la condizione della continuazione di una attività economica, ne deriva che la persistenza del regime fiscale neutro si raccorda, sia con la decisione dell'unico socio-erede di proseguire l'esercizio d'impresa (nel qual caso il regime fiscale dovrà essere quello del reddito d'impresa), sia con la diversa soluzione di procedere con atti economici diversi.

³² *Ibidem*, 3036.

4. *Il patto di famiglia ed il regime fiscale applicabile ai fini delle imposte dirette in mancanza di previsioni espresse*

La disciplina prevista ai fini dell'imposta sul reddito fin qui esaminata, caratterizzata, come si è detto, dall'obiettivo della salvaguardia della continuità, si, pone rispetto alla questione assai ostica della modifica della *governance* aziendale nella fase del ricambio generazionale (fase che – lo si ripete – impegna molto gli imprenditori costretti a confrontarsi con le conflittualità connesse) in termini di neutralità, ma anche, si potrebbe aggiungere, in termini di assoluta irrilevanza rispetto al tema sistemico della valorizzazione o meno della volontà dell'imprenditore; per nulla incidendo rispetto alla prospettiva civilistica che, nell'ambito della successione *mortis causa* (sia essa o meno testamentaria) riduce (o forse meglio contiene) in termini sensibili la possibilità di espressione della volontà di disposizione del *de cuius*, al punto che – sempre più spesso – gli imprenditori preferiscono disporre in vita della propria azienda attraverso un patto di famiglia.

Vero è, infatti, che, a tale scopo, ha assunto nel tempo sempre più rilievo questo istituto con il quale il legislatore ha inteso agevolare il trasferimento, in tutto o in parte, dell'azienda, “compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie”³³ e, riguardo al quale, in una prospettiva di sistema, è ora opportuno verificare il trattamento fiscale, così che si possa comprendere come si pone l'imposizione sul reddito anche in questo caso, e dunque nell'ipotesi in cui è l'imprenditore a scegliere nella massima libertà l'erede destinato a succedere nella gestione della propria azienda.

Lo scopo è, dunque, quello di verificare se le scelte del legislatore tributario rimangono immutate, ed anche in questo caso si possono ritenere orientate nel senso della neutralità, ovvero se, diversamente, anche il regime impositivo diviene parte di un ordinamento che, nel complesso, sembra favorire un negozio giuridico il quale, fin dalla sua introduzione, non ha mancato di stimolare critiche ed interrogativi nella sua sede naturale, vale a dire il comparto civilistico.

È noto del resto che il patto di famiglia è un negozio giuridico ricondotto dalla dottrina a quelli aventi carattere plurilaterale, *inter vivos*, ad effetti rea-

³³ Si è già accennato al fatto che anche l'introduzione nel codice civile degli artt. 768-*bis* e seguenti, avvenuto con la legge n. 55 del 14 febbraio 2006 è conseguenza della Raccomandazione della Commissione del 7 dicembre 1994, n. 94/1069/CEE (G.U.C.E. legge 31 dicembre 1994, n. 385) e la concomitante Comunicazione della Commissione (pubblicata nella G.U.C.E. 31 dicembre 1994, C 400/1) e che anch'essa rappresenta una delle possibili azioni da intraprendere, da parte degli Stati membri, per agevolare il ricambio generazionale all'interno delle piccole e medie imprese.

li, che, sostanzialmente, anticipando le disposizioni successorie, consente: da un lato, di prevenire liti ereditarie e la disgregazione di aziende o partecipazioni societarie; dall'altro, di favorire l'assegnazione di tale complesso di beni a soggetti ritenuti idonei ad assicurare la continuità dell'impresa, salvaguardando, in tal modo, produttività ed occupazione.

Un istituto, quindi, mirato a garantire all'imprenditore un trapasso certo dell'azienda mediante accordi diretti alla sua regolamentazione in deroga ai principi generali e finalizzato a salvaguardare il ruolo sociale svolto dall'impresa di famiglia, la cui rilevanza, anche sul versante economico – lo si ripete – è di tutta evidenza³⁴.

Si è cercato, pertanto, attraverso l'introduzione di una nuova soluzione giuridica, di impedire che la successione potesse interferire con la produttività dell'impresa e con il suo livello occupazionale, evitando di intervenire sul diritto successorio, evidentemente ritenuto incapace di garantire con la stessa forza il medesimo scopo.

Tuttavia, le difficoltà del suo inquadramento entro uno schema giuridico tipico, nonostante esso sia stato oggetto di importanti approfondimenti³⁵ e siano trascorsi quasi vent'anni dall'introduzione della sua disciplina, ha reso l'istituto meno fruibile di quanto si fosse sperato alla luce delle sue potenzialità e stante l'assai rilevante capacità di derogare al principio dell'unitarietà della successione con riferimento sia all'atto dispositivo effettuato dall'imprenditore sia alla rinuncia compiuta dai legittimari che obbligatoriamente devono partecipare alla stesura dell'atto³⁶.

Tralasciando le problematiche civilistiche che, per quanto di assoluto

³⁴ L'art. 768-*bis* del codice civile esige, infatti, che il contratto venga stipulato "compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare ..." nonché nel rispetto "delle differenti tipologie societarie ..."

³⁵ Ai contributi già citati si aggiungano in prospettiva propedeutica alla successiva analisi: A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 263 ss.; G. CAPPARELLA, *Crisi coniugale e partecipazioni societarie: spunti ricostruttivi in tema di patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2011, 717 ss.; M.C. LUPETTI, *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in *CNN Notizie del 14 febbraio 2006*, 3 ss.; C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Notariato*, 2006, 304 ss.; G. OPPO, *Patto di famiglia e 'diritti della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 444 ss.; A. CATAUDELLA, *Parti e terzi nel patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2008, 181 ss.; U. LA PORTA, *La posizione dei legittimari sopravvenuti*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa, I Quaderni della fondazione italiana per il Notariato*, Milano, 2006, 303 ss.; S. RAMPOLLA, *Art. 2 (art. 768-ter)*, in G. DE NOVA-F. DELFINI-S. RAMPOLLA-A. VENDITTI, *Il patto di famiglia – Legge 14 febbraio 2006*, n. 55, 2006, 10; A. FUSARO, *I patti di famiglia*, in G. FERRANDO (Trattato diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Torino, 2011, 868 ss.

³⁶ Si tratta, infatti, di una deroga espressa al divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c.

interesse non possono essere oggetto in questa sede di attento e compiuto esame³⁷, con specifico riferimento alle imposte sul reddito³⁸, occorre considerare le differenti situazioni che la cessione di azienda, conseguenza di un puro giudizio di meritevolezza imprenditoriale demandato unicamente al disponente, determina in capo all'assegnatario e ai legittimari non assegnatari³⁹; ricordando che, in questo caso, al patto devono partecipare, non solo l'imprenditore ed il beneficiario, ma anche il coniuge e tutti coloro cui sarebbe riservata una quota di legittima se in quel momento si aprisse la successione dell'imprenditore⁴⁰.

Dico subito che, ai fini delle imposte sul reddito, il legislatore tributario non detta una disciplina specifica ed è quindi compito dell'interprete ricostruirla alla luce dei profili funzionali dell'istituto e, altresì, avendo sempre cura di mantenere presente il tema più generale (e la relativa disciplina) delle operazioni di riorganizzazione delle attività economiche, unitamente al fatto che, in questo caso, si genera un duplice flusso di ricchezza: da un lato la ricchezza che transita dal patrimonio del disponente a quello del

³⁷ Secondo una parte della dottrina (A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, cit. e C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit.) il patto di famiglia costituirebbe, nella sostanza, una donazione modale: una liberalità, avente ad oggetto l'azienda, od una sua parte, ovvero le partecipazioni sociali, realizzata a favore di uno o più discendenti, accompagnata dall'onere, direttamente stabilito dalla legge, di liquidare le quote dei legittimari non assegnatari, da determinarsi avendo riguardo al momento della conclusione del contratto. Altri (G. RIZZI, *I patti di famiglia*, Padova, 2006), invece, ritiene che si tratti di un negozio giuridico tipico, avente causa propria che si sostanzierebbe nella volontà di regolamentare i futuri assetti successori dei legittimari in ordine all'azienda o alle partecipazioni sociali cedute.

³⁸ Anche in questo caso, ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni, l'art. 3, comma 4-ter, del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 prevede che i trasferimenti, effettuati "anche tramite i patti di famiglia ... a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti ad imposta". Il beneficio è di nuovo subordinato alla ulteriore condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento mentre, come adempimento formale, è richiesta l'allegazione (unitamente alla dichiarazione di successione) di un formale impegno di osservanza dello specifico obbligo.

³⁹ Esula, invece, dall'economia del lavoro il diverso e correlato tema avente ad oggetto la cessione delle azioni o quote di partecipazione.

⁴⁰ Si vedano, tra gli altri, S. CAPOLUPO, *I nuovi patti di famiglia*, in *Il fisco*, 2006, 3647 ss.; ID., *Effetti della (incerta) natura giuridica del patto di famiglia sul relativo regime fiscale*, *ivi*, 2016, 3847 ss.; ID., *Patto di famiglia: le incertezze civilistiche si ripercuotono sul regime tributario*, *ivi*, 2023, 3773 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Le implicazioni del Patto di famiglia. Aspetti sistematici*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, 194 ss.; M. BEGHIN, *Il patto di famiglia tra profili strutturali e aspetti problematici*, in *Corr. trib.*, 2006, 3543 ss.

beneficiario, sotto forma di azienda; dall'altro, un secondo flusso economico coincidente con la ricchezza che si muove dal patrimonio del soggetto cui è stata assegnata l'azienda verso il patrimonio dei legittimari esclusi dall'assegnazione⁴¹.

Come abbiamo già sottolineato ai sensi dell'art. 58 T.u.i.r., è divenuto principio generale che la cessione di azienda, per causa di morte o per titolo gratuito, non costituisce realizzo di plusvalenze ed è assunta, dal beneficiario, ai medesimi valori fiscalmente riconosciuti in capo al dante causa.

Muovendo da questa prospettiva, ai fini dell'imposizione diretta, è ritenuta pacifica la non imponibilità delle plusvalenze dell'azienda attribuita dal disponente all'assegnatario ovvero agli assegnatari.

Ed infatti, al riguardo, la stessa Corte di Cassazione⁴², dopo aver chiarito la natura del patto di famiglia, precisa che, poiché la norma che lo istituisce ha l'obiettivo di agevolare il trasferimento di aziende o partecipazioni societarie all'interno del nucleo familiare al quale già appartengono, consentendo l'anticipazione degli effetti della successione mediante l'immediata attribuzione di tali cespiti al discendente che si individui come maggiormente idoneo a garantire la continuità generazionale dell'impresa di famiglia e, nello stesso tempo, di prevenire future liti divisionali e di riduzione tra coeredi, per quanto attiene alla tassazione della eventuale plusvalenza, ai sensi dell'art. 58 del d.P.R. n. 917/1986, si deve escludere che vi possa essere realizzazione di plusvalenze.

Anche in questo caso, quindi, viene in considerazione il bilanciamento di cui già si è detto, attraverso il rinvio della tassazione di eventuali plusvalenze (ivi compreso l'avviamento) ad un momento successivo, sempre che, si verifichino i presupposti richiesti dalla normativa (art. 86, comma 1, lett. b), T.u.i.r.).

Ed inoltre, il regime agevolativo non viene meno neanche se, a seguito della cessione a più coeredi, questi costituiscono tra di loro una società⁴³, essendo applicabile anche in questo caso la previsione del terzo periodo del primo comma del citato art. 58, laddove è stato disposto espressamente che la irrilevanza fiscale innanzi richiamata si applica anche qualora "a seguito dello scioglimento, entro cinque anni dall'apertura della successio-

⁴¹ Auspicano, invece, un intervento sistematico di natura agevolativa anche in ragione delle indicazioni che provengono dall'Unione: M. BASILAVECCHIA, *op. cit.* e P. PURI, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Profili dell'imposizione diretta del Patto di famiglia*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, 202.

⁴² Ord. n. 8749 del 30 marzo 2021, in *Bancadati One Fiscale*.

⁴³ S. CAPOLUPO (*Patto di famiglia: le incertezze civilistiche si ripercuotono sul regime tributario*, cit., 3776) rileva come un dubbio potrebbe però sorgere in caso di scioglimento di tale soggetto giuridico ed acquisizione dell'impresa da parte di uno solo dei soci.

ne, della società esistente fra coeredi e la predetta azienda resti acquisita da uno solo di essi”.

La plusvalenza, pertanto, rimane “sospesa” fino a quando il beneficiario, a prescindere dal fatto che sia già imprenditore ovvero persona fisica non imprenditore, non perderà il suo *status* e solo allora potrà concorrere alla formazione del reddito d'impresa nell'esercizio di realizzo, ovvero, qualora la gestione si sia protratta oltre il triennio, in quote costanti nello stesso esercizio e, massimo, nei quattro successivi ai sensi dell'art. 88, comma 3, lett. b), T.u.i.r.

4.1. *Il regime fiscale dei flussi di valore a favore degli assegnatari*

Ancora nell'ottica del regime di favore quale strumento idoneo ad assicurare (o quanto meno a favorire) la continuità, è previsto che le compensazioni in denaro ed in natura previste per i legittimari, laddove non vi sia rinuncia espressa, non costituiscono, di fatto, reddito imponibile⁴⁴.

Ma del resto, in questo caso, si è dinanzi – di fatto – ad una sorta di anticipazione della futura eredità (che in caso contrario potrebbe portare ad indebolire, se non anche a frantumare, l'azienda) per cui, fatti salvi gli effetti sul fronte delle imposte sui trasferimenti, la *ratio* della soluzione applicabile in materia di tassazione sul reddito risulta perfettamente coerente con il sistema⁴⁵.

Ed invero, come sostenuto dalla migliore dottrina “l'obbligazione è esclusivamente ordinata alla soddisfazione di potenziali pretese sulla successione del disponente da parte del legittimario virtuale. La dazione in pagamento, in quanto volta ad estinguere obbligazione estranea all'attività d'impresa, sarebbe, dunque, per l'assegnatario, atto non riconducibile all'attività medesima, quindi presupporrebbe, almeno logicamente, una prevista destinazione a finalità estranea all'esercizio dell'impresa. Con la conseguenza che la

⁴⁴ Prevede, infatti, il secondo comma dell'art. 768-*quater* c.c. che “Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura”. Si tratta in questo caso di una eventuale fase liquidatoria prevista dalla norma civilistica al fine di impedire che i legittimari non assegnatari subiscano in ragione del patto una lesione della loro quota di legittima.

⁴⁵ Solo per completezza ricordo che, come correttamente rileva M. Beghin (*op. loc. ult. cit.*, 3545), i patti di famiglia aventi ad oggetto aziende e partecipazioni societarie sono destinati a seguire differenti percorsi impositivi, anche in considerazione del fatto che il trasferimento delle azioni o delle quote potrebbe essere disposto da soggetti che agiscono al di fuori dell'esercizio d'impresa.

componente reddituale positiva derivante dall'operazione dovrebbe essere commisurata al valore normale del complesso aziendale, del bene o della partecipazione, oggetto del trasferimento, e non all'importo dell'obbligazione dell'assegnatario"⁴⁶.

Discende da questa breve e sintetica analisi che il legislatore, volendo assicurare la continuità nella gestione dell'attività economica, evita che sui beni coinvolti nel patto possano abbattersi, in virtù del diritto ereditario, le pretese dei legittimari esclusi dal trasferimento. Tuttavia, avuto riguardo agli effetti che il patto di famiglia può produrre in capo al beneficiario, al fine di comprendere tutti i termini della questione occorre, per concludere, chiedersi se sia applicabile la disciplina concernente le sopravvenienze attive di cui all'art. 88 del T.u.i.r. per il quale concorrono alla formazione del reddito d'impresa quali, per l'appunto, «sopravvenienze attive» i proventi in denaro e in natura conseguiti a titolo di contributo o di «liberalità»⁴⁷. Ed infatti, l'acquisizione di un'azienda in conseguenza della stipulazione di un patto di famiglia potrebbe consentire di ricadere nella disciplina delle «liberalità» di cui all'art. 88 nel caso in cui l'acquisto possa essere ricondotto all'esercizio di una attività di impresa.

Ciò che la migliore dottrina sottolinea per questo aspetto è, a ogni buon conto, che, mentre “nel trasferimento *mortis causa* i beni si acquistano «in quanto eredi» e non «in quanto imprenditori»; non si può negare che, nell'ambito del patto di famiglia, finiscano per giocare un ruolo fondamentale le scelte effettuate dal disponente in punto di meritevolezza imprenditoriale. In altre parole, si possono ravvisare situazioni nelle quali il trasferimento dell'azienda è effettuato a favore di un discendente – non già a favore degli altri – in considerazione delle capacità gestionali che questi ha dimostrato di possedere.

Ne consegue che il patto di famiglia finisce per essere ispirato anche all'esigenza di garantire continuità all'indirizzo economico, la quale (continuità) in ogni caso non impedisce che “l'azienda di cui l'imprenditore dispone si incorpori in un tessuto produttivo già esistente ed ascrivibile, appunto, al beneficiario”⁴⁸, con le inevitabili conseguenze che da questa evenienza si dovrebbero far discendere ai fini della successiva determinazione del reddito d'impresa.

⁴⁶ A. FEDELE, *Profilo fiscale del patto di famiglia*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 527 ss.

⁴⁷ Ricordo che per «liberalità» si intendono tutti gli arricchimenti patrimoniali dell'imprenditore diversi da quelli che trovano titolo nell'erogazione di contributi e che non sono bilanciati da un corrispondente peso economico in capo al beneficiario. Sul tema, per tutti: M. BEGHIN, *I contributi e le liberalità a favore delle imprese*, Milano, 1997.

⁴⁸ M. BEGHIN, *Il patto di famiglia tra profili strutturali e aspetti problematici*, cit., 3546-3547.

5. Considerazioni conclusive

La breve indagine fin qui svolta ha messo in evidenza come, avuto riguardo al trasferimento *mortis causa* dell'azienda individuale, le diverse soluzioni fiscali prospettabili (comprese quelle da raccordare ad eventuali definizioni di rapporti tra gli eredi sopra non esaminate), debbano sempre essere coordinate con la fondamentale necessità di razionalizzare l'obbligazione tributaria in modo da preservarla dalle distorsioni che i salti d'imposta (come anche le duplicazioni d'imposta) le procurano, destabilizzandola rispetto ai principi di rango costituzionale che la presidiano e la vigilano.

Come è emerso dalla sintetica analisi con cui ho posto a confronto la successione *mortis causa* con il più comune tra gli atti di disposizione *inter vivos*, il patto di famiglia, per il legislatore fiscale, anche in questo specifico contesto, si è rivelato dirimente farsi carico della cultura giuridica unionale nel tentativo di perseguire l'obiettivo della continuità d'impresa, eliminando con l'equiparazione dei regimi uno dei più rilevanti impedimenti al buon esito della successione familiare, dal momento che la Raccomandazione 94/1069/CE della Commissione europea, più volte richiamata, evidenziava come uno dei principali ostacoli fosse proprio costituito dal correlativo onere fiscale, al punto che, lo si è detto, «il pagamento delle imposte di successione o di donazione rischia(va) di mettere in pericolo l'equilibrio finanziario dell'impresa e quindi la sua sopravvivenza».

Del raggiungimento di questo scopo, ancorché con alcuni disallineamenti meritevoli di un futuro intervento legislativo, si è cercato di dare atto e, purtuttavia, ciò che nel contesto più ampio della ricerca possiamo valorizzare è che, dallo studio di questo particolare segmento giuridico, ciò che emerge è che anche il diritto tributario ci restituisce l'idea che la disciplina che informa la successione *mortis causa* si presenti di fronte ai cambiamenti che hanno coinvolto da un punto di vista economico e sociale il nostro Paese in termini che possiamo sicuramente definire obsoleti e meritevoli di essere superati.

Desumiamo, infatti, da questo studio che anche la legislazione fiscale, con la sua sostanziale equiparazione dei regimi di tassazione (sia diretta che indiretta) tra gli istituti fin qui esaminati (successione e patto di famiglia), finisce, di fatto, per favorire le disposizioni *inter vivos* se è vero che, a fronte di regimi fiscali equivalenti, il patto di famiglia esprime un valore aggiunto coincidente con la possibilità per l'imprenditore di essere completamente libero di scegliere il soggetto al quale trasferire l'azienda, in considerazione non soltanto dei vincoli affettivi, ma anche – e soprattutto – in ragione delle capacità imprenditoriali che tale soggetto abbia manifestate,

ed in ogni caso per ragioni assolutamente personali che nessuno potrà mai veramente indagare.

Di fronte a questo segno dei tempi non sono in grado di esprimere una valutazione complessiva in termini di bontà e funzionalità del sistema; certo è che il legislatore sollecita l'assunzione di decisioni che inevitabilmente divengono definitive quando ancora l'imprenditore è in vita, privandolo della possibilità di disporre del proprio patrimonio negli stessi termini in sede testamentaria e costringendolo a privarsi di una delle espressioni più forti della volontà privata.

È questo un aspetto sul quale a mio modesto avviso l'ordinamento dovrebbe tornare ad interrogarsi, in quanto, anche da questa prospettiva ciò che si apprezza è che, anche in virtù della compiacenza del sistema impositivo (che arriva ad estendere, in alcuni casi non del tutto equamente, privilegi ampi agli assegnatari) il diritto successorio ha finito con l'essere, di fatto, privato di contenuti assai rilevanti sia sul piano del patrimonio che su quello delle responsabilità.

SIMONE MARINAI

LA DISCIPLINA INTERNAZIONALPRIVATISTICA DELLE SUCCESSIONI NEL REGOLAMENTO ROMA IV: QUALE POSSIBILE INFLUENZA SULLA CULTURA GIURIDICA DEGLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA?

SOMMARIO: 1. Premessa: l'eterogeneità delle normative sostanziali dei singoli Stati membri e le competenze dell'Unione in materia di successioni. – 2. L'uniformazione, a livello europeo, della disciplina internazionalprivatistica delle successioni. – 3. La riserva ereditaria e la clausola dell'ordine pubblico. – 4. Il *favor* per i patti successori. – 5. Il regime di riconoscimento delle decisioni in materia, la creazione di un certificato successorio europeo e la circolazione dei modelli successori. – 6. Riflessioni conclusive in merito all'influenza che il regolamento Roma IV è in grado di produrre sulla cultura giuridica che sta alla base dei diversi modelli di successione seguiti dagli Stati membri dell'Unione.

1. *Premessa: l'eterogeneità delle normative sostanziali dei singoli Stati membri e le competenze dell'Unione in materia di successioni*

La disciplina sostanziale delle successioni negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione si presenta, tradizionalmente, marcatamente eterogenea.

Bisogna tener conto, ad esempio, che ogni Stato individua in modo diverso i soggetti che beneficiano di una successione, l'ordine dei successibili e le quote di rispettiva spettanza in mancanza di atto di disposizione *mortis causa*, le forme testamentarie consentite, l'ammissibilità di patti successori, i limiti rispetto alla libertà di disporre e le quote di riserva che devono essere riconosciute agli eredi legittimari, gli strumenti volti a reintegrare le ipotesi di lesione della legittima¹.

¹ Per un esame di carattere storico comparato in materia v. R. ZIMMERMANN, *Il diritto ereditario dei parenti in prospettiva storico-comparatistica*, in *Famiglia*, 2016, 21. In considerazione del rilievo che per le codificazioni moderne ha avuto la sistematica romana e, in particolare, quella delle Istituzioni di Gaio, ripresa dalle Istituzioni di Giustiniano, si v. inoltre A. PETRUCCI, *Manuale di diritto privato romano*², Torino, 2022, 75 ss.

Si tratta di scelte che trovano motivazioni di carattere storico-culturale, anche in considerazione del fatto che la materia in questione, oltre che avere risvolti di carattere patrimoniale, presenta indubbi collegamenti con il diritto di famiglia e quindi con le diverse concezioni della stessa accolte nei singoli ordinamenti presi in considerazione².

L'Unione europea non ha competenze per uniformare o anche solo armonizzare le normative di carattere sostanziale degli Stati membri in materia di successione. Ciò nonostante, l'intervento dell'Unione può riguardare i diversi profili internazionalprivatistici concernenti la vicenda successoria.

Le norme di diritto internazionale privato e processuale sono infatti riconducibili alle competenze dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria civile³, oggi disciplinate dal Capo 3 del Titolo V della Parte terza del TFUE che si compone di un solo articolo: l'art. 81 TFUE.

Nel par. 1 di tale disposizione si specifica che l'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transazionali, cooperazione che viene fondata sul principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziali e stragiudiziali. Per perseguire tali obiettivi, le istituzioni dell'Unione possono adottare misure volte a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari tra gli Stati membri.

Gli ambiti della cooperazione giudiziaria in materia civile vengono analiticamente elencati nel par. 2 dell'art. 81 TFUE. Sulla base di tale disposizione, le istituzioni dell'Unione possono adottare – tra l'altro – atti in materia di diritto internazionale privato e processuale, volti quindi a determinare

² V. F. MAOLI, *Il diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea e l'introduzione di un Certificato Successorio Europeo*, Università degli Studi di Genova, Tesi di dottorato, A.A. 2017/2018, 11.

³ Sulle competenze in questione, v. ad es. C. KOHLER, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*, in RCDIP, 1999, 1; J. BASEDOW, *The Communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, in CMLR, 2000, 687; F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict of laws revolution"?*, in RDIPP, 2000, 873; O. REMIEN, *European private international law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice*, in CMLR, 2001, 53; S. MARINAI, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2007, 15 ss.; J. MEEUSEN, *Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution*, in EJML, 2007, 305; R. BARATTA, *Art. 81*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2014, 860; R. CLERICI, *Art. 81*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, a cura di F. POCAR-M.C. BARUFFI, Padova, 2014, 500; G. BIAGIONI, *Cooperazione giudiziaria in materia civile [dir. UE]*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani – Diritto on line*, 2019; A. DI STASI, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere: qualche considerazione sugli sviluppi normativi in materia di cooperazione giudiziaria*, in FSJ, 2019, n. 3, 1; F. SALERNO, *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*⁶, a cura di R. MASTROIANNI-G. STROZZI, Torino, 2021, 523.

la legge applicabile, ad individuare la giurisdizione competente, a stabilire meccanismi di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Presupposto per l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato e processuale è che le situazioni o i rapporti giuridici di natura privatistica presi in considerazione siano caratterizzati dalla presenza di elementi di "internazionalità" o di "estranità" rispetto ad un dato ordinamento. Tali elementi di "estranità" sono dovuti al collegamento (o ai collegamenti) che un determinato rapporto giuridico può presentare con uno o più ordinamenti stranieri. I collegamenti in questione possono essere di diverso tipo e riguardare, ad es., la cittadinanza, la residenza o il domicilio di una delle parti, il luogo in cui si trovano i beni di cui si discute o è avvenuto un determinato fatto o, ancora, in cui è stata o deve essere eseguita una determinata prestazione.

Si tratta di competenze percepite come funzionali al rafforzamento del mercato interno dell'Unione europea ed alla creazione del c.d. Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: uno spazio giudiziario nell'ambito del quale i cittadini devono poter pienamente usufruire dei diritti e delle libertà che sono loro riconosciuti e non devono essere ostacolati o scoraggiati quando intendono esercitare gli stessi in Stati membri diversi da quello di origine.

Tra i vari atti adottati sulla base delle competenze appena richiamate, rileva ai nostri fini il regolamento 650/2012 (c.d. Roma IV)⁴, mediante il quale le istituzioni dell'Unione europea hanno provveduto all'uniformazio-

⁴ Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, in GUUE L 201 del 27 luglio 2012, 107. Tra i numerosi commenti al regolamento, v. ad es. A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in RDIPP, 2013, 293; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013, 33 ss.; A. DAVÌ-A. ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, in CDT, 2013, n. 2, 5; *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, a cura di P. FRANZINA-A. LEANDRO, Milano, 2013; *The EU Succession Regulation. A Commentary*, edited by A.-L. Calvo Caravaca, A. Davì, H.-P. Mansel, Cambridge, 2016; *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du juillet 2012*², sous la direction de A. Bonomi, P. Wautelet, Bruxelles, 2016; R. CLERICI, *I principi del diritto internazionale privato europeo delle successioni*, in *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, Atti del XX Convegno annuale S.I.D.I., Macerata, 5-6 giugno 2015, a cura di P. PALCHETTI, Napoli, 2016, 241; *EU Succession Regulation No 650/2012. A Commentary*, edited by H. Pamboukis, Athens, München, Oxford, Baden-Baden, 2017; *EU Cross-Border Succession Law*, edited by S. Bariatti, I. Viarengo, F.C. Villata, Cheltenham-Northampton, 2022. Per uno sguardo di insieme sulla prassi giudiziaria sviluppatasi in relazione all'applicazione del regolamento Roma IV, v. S. MARINO, *Il regolamento (UE) 650/2012 sulle successioni internazionali nella prima giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in RDI, 2022, 119.

ne dei diversi profili internazionalprivatistici in materia di successioni. Il regolamento detta infatti criteri per l'individuazione della legge applicabile, per la determinazione della giurisdizione competente, per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere, oltre che prevedere la creazione di un certificato successorio europeo.

Nell'ambito del presente contributo, dopo aver richiamato i principi di fondo del regolamento Roma IV (par. 2), ci soffermeremo in particolare sul potenziale impatto che lo strumento in questione è in grado di produrre su due ambiti in relazione ai quali forti sono ancora le divergenze riscontrabili tra le normative degli Stati membri in materia successoria: quello relativo ai meccanismi di riserva ereditaria (par. 3) e quello concernente l'istituto dei patti successori (par. 4). Faremo poi cenno a diversi meccanismi disciplinati dal regolamento Roma IV e potenzialmente in grado di favorire la circolazione dei modelli successori tra gli Stati membri: ci riferiamo, da una parte, alle norme dedicate al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni, all'accettazione e all'esecutività degli atti pubblici, all'efficacia esecutiva delle transazioni giudiziarie in materia successoria, al certificato successorio europeo; dall'altra, ad ulteriori previsioni, quali quelle che consentono l'adattamento dei diritti reali che non siano contemplati dalla *lex successionis* (par. 5). Svolgeremo infine alcune riflessioni conclusive con l'obiettivo di compiere una valutazione di insieme sul potenziale impatto che il regolamento è in grado di produrre sulla cultura giuridica che sta alla base dei diversi modelli successori seguiti dagli Stati membri (par. 6).

2. *L'uniformazione, a livello europeo, della disciplina internazionalprivatistica delle successioni*

La forte eterogeneità delle norme sostanziali che disciplinano la materia delle successioni nei singoli Stati membri veniva percepita come concreto ostacolo rispetto alla libera circolazione delle persone nell'Unione⁵. L'adozione di una normativa uniforme sugli aspetti internazionalprivatistici della materia consente a chi risiede nell'Unione europea di organizzare in anticipo la propria successione e di assicurare in modo efficace i diritti degli eredi e/o dei legatari, di altre persone vicine al defunto, nonché dei creditori dell'eredità⁶.

⁵ V. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, COM (2009) 154 def. del 14 ottobre 2009, 2.

⁶ V. Considerando n. 7 del regolamento Roma IV.

Pur non potendo esaminare nel dettaglio la disciplina introdotta con il regolamento Roma IV è opportuno quanto meno richiamare, in modo conciso, alcuni principi di fondo ai quali lo stesso si ispira.

Preliminarmente, deve essere chiarito che il presupposto necessario affinché la disciplina in questione si applichi è che si abbia a che fare con una successione con implicazioni transfrontaliere⁷. Secondo quanto specificato dalla Corte di giustizia, può essere considerata tale, ad esempio, una successione in cui l'eredità comprende beni situati in più Stati membri⁸, oppure una successione in cui il decesso è avvenuto in uno Stato membro diverso da quello in cui il *de cuius* abitualmente risiedeva ed aveva mantenuto i propri legami⁹.

Per quanto riguarda i principi ispiratori della disciplina¹⁰, va innanzitutto osservato che il regolamento persegue l'obiettivo di assoggettare l'intera successione ad un trattamento unitario, sia in relazione alle norme dettate per risolvere i conflitti di leggi, sia in relazione a quelle concernenti la determinazione della competenza giurisdizionale. A differenza di quanto avviene nei sistemi "dualisti" o "scissionisti", che sottopongono a diverso trattamento la successione mobiliare e immobiliare, il regolamento segue l'impostazione adottata dai sistemi "unionisti" o "unitari", nell'ambito dei quali la successione è assoggettata ad un'unica legge¹¹. Tradizionalmente, ad esempio, ordinamenti che seguivano il sistema dualista erano quello belga o francese. In quest'ultimo, le successioni mobiliari erano sottoposte alla legge dell'ultimo domicilio del defunto, mentre le successioni immobiliari erano sottoposte alla legge dello Stato sul cui territorio erano situati i beni immobili. Ordinamenti che seguivano il sistema unitario erano invece quello greco¹² oppure quello italiano¹³ (che, ai fini della determinazione della legge applicabile utilizzavano il criterio di collegamento rappresentato dalla

⁷ V. i Considerando n. 7 e 67 del regolamento Roma IV.

⁸ Corte di giustizia UE, *Oberle*, C-20/17, 21 giugno 2018, punto 32.

⁹ Corte di giustizia UE, *E.E.*, C-80/19, 16 luglio 2020, punto 36.

¹⁰ In proposito, v. P. LAGARDE, *Le principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in RCDIP, 2012, 691; R. CLERICI, *I principi*, cit.

¹¹ Per un esame comparato di normative nazionali di diritto internazionale privato in materia di successione, v. ad es. DEUTSCHES NOTARINSTITUT, en coopération avec H. Dörner, P. Lagarde, *Etude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne. Rapport Final: Synthèse et Conclusions 18 septembre/8 novembre 2002*, Würzburg, 2002; A. BONOMI, *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des Cours*, t. 350, 2010, 71 e spec. 330 ss.

¹² V. art. 28 del codice civile greco.

¹³ V. art. 46 della legge 31 maggio 1995, n. 218.

cittadinanza del *de cuius*) o, ancora, quello finlandese¹⁴ o olandese¹⁵ (che invece utilizzavano, rispettivamente, il criterio di collegamento rappresentato dall'ultimo domicilio o della residenza abituale del *de cuius*). Come anticipato, invece, secondo il regolamento Roma IV la successione viene sottoposta – in linea di principio e salvo che per taluni aspetti – ad un'unica legge, ovvero quella di residenza abituale del defunto al momento della morte¹⁶, indipendentemente dal luogo in cui siano situati i beni ereditati e dalla natura degli stessi. Al contempo, sempre in ossequio al principio del trattamento unitario della successione, il regolamento Roma IV stabilisce che le funzioni giudiziarie e amministrative relative alla successione vengono accentrate presso le autorità dello Stato membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte¹⁷.

Il regolamento, poi, mira ad assicurare, per quanto possibile, la coincidenza tra *forum* e *ius*. Secondo quanto specificato nel Considerando n. 27, infatti, le disposizioni contenute nello strumento in questione sono concepite in modo da far sì che l'autorità che si occupa della successione applichi, nella maggior parte delle situazioni, la propria legge. Tale risultato è reso possibile mediante la previsione dell'applicazione del criterio della residenza abituale sia ai fini della determinazione della legge applicabile alla successione, sia ai fini della determinazione della giurisdizione competente¹⁸.

Una terza caratteristica del regolamento Roma IV consiste nel ruolo che viene attribuito all'autonomia della volontà¹⁹. L'art. 22 del regolamento

¹⁴ V. *Finnish Code of Inheritance*, n. 40/1965, come emendato da n. 1228/2001, Sezione 5 del Capitolo 26.

¹⁵ V. art. 4, par. 1, del *Dutch Private International Law (Inheritance) Act* del 4 settembre 1996 e successive modificazioni.

¹⁶ V. art. 21 par. 1 del regolamento Roma IV. Il par. 2 della disposizione in questione prevede, poi, una clausola di flessibilità in base alla quale, in via eccezionale, la legge applicabile alla successione viene individuata in quella dello Stato con cui il *de cuius* al momento della morte risultava avere chiaramente, sulla base di una valutazione del complesso delle circostanze del caso concreto, collegamenti manifestamente più stretti rispetto a quelli con lo Stato la cui legge sarebbe stata applicabile in base al criterio generale fissato in virtù del par. 1 dell'articolo in questione.

¹⁷ V. art. 4 del regolamento Roma IV.

¹⁸ La coincidenza tra *forum* e *ius*, ad ogni modo, non è assoluta. Tra le varie eccezioni si pensi, ad esempio, ai casi di operatività della clausola dell'ordine pubblico (art. 35), delle norme speciali che impongono restrizioni alla successione di determinati beni (art. 30), al caso che l'ultima residenza abituale del *de cuius* sia situata in uno Stato terzo e la giurisdizione di uno Stato membro derivi dal fatto che sul territorio di quest'ultimo si trovano i beni ereditari (art. 21, par. 1 e art. 10, par. 2).

¹⁹ Sul ruolo riconosciuto all'autonomia della volontà nel regolamento Roma IV, v. ad es. A. BONOMI, *Article 22. Choix de loi*, in *Le droit européen des successions*, cit., 297; C. CAMPIGLIO, *La facoltà di scelta della legge applicabile in materia successoria*, in *RDIPP*, 2016,

Roma IV prevede infatti che una persona possa scegliere come legge che regola la sua intera successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Tale facoltà può essere esercitata sia durante la vita del testatore, sia mediante disposizione testamentaria. Anche se la discrezionalità riconosciuta al *de cuius* nella scelta del diritto applicabile alla propria successione non è particolarmente ampia, è indubbio che il solo fatto di aver riconosciuto un certo margine all'autonomia della volontà del testatore ha rappresentato per molti ordinamenti giuridici, già di per sé, una novità di rilievo²⁰.

3. La riserva ereditaria e la clausola dell'ordine pubblico

Tradizionalmente, una differenza di fondo che distingue la disciplina successoria degli ordinamenti di *civil law* da quella degli ordinamenti di *common law* riguarda il modo in cui gli stessi concepiscono la riserva ereditaria. Infatti, mentre gli Stati di *civil law* sono soliti prevedere che il testatore non possa disporre a piacimento di tutta la massa ereditaria, gli ordinamenti di *common law* normalmente non prevedono quote di riserva. Nell'ambito dei paesi di *civil law*, poi, si discute se le norme che dispongono una riserva ereditaria siano riconducibili all'ordine pubblico internazionale. Può essere ricordata, in proposito, la posizione del Senato francese che, durante i lavori preparatori che hanno poi condotto all'adozione del regolamento Roma IV, aveva sostenuto l'esigenza di preservare il carattere imperativo delle norme di riserva per i cittadini francesi, in quanto regole ritenute essenziali per l'ordinamento di tale Stato²¹.

Al contrario di quanto avviene in molti Stati membri, nel regolamento Roma IV non sono previsti specifici meccanismi a protezione della riserva ereditaria. Ciò comporta che la legge individuata come applicabile – indipendentemente dal fatto che la stessa sia designata dalle regole di conflitto stabilite dal regolamento o sia stata scelta dal *de cuius* sulla base dell'au-

925; C. GRIECO, *Il ruolo dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato delle successioni transfrontaliere*, Milano, 2019; J. RE, *Pianificazione successoria e diritto internazionale privato*, Padova, 2020, 192 ss.; I. VIARENGO, *Planning Cross-Border Successions: The Professio Juris in the Succession Regulation*, in RDIPP, 2020, 559.

²⁰ V. A. BONOMI, *Successions*, cit., 202 ss.

²¹ V. Sénat français, Résolution n. 31 (2009-2010) del 13 dicembre 2009, *Sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen* (E 4863).

tonomia riconosciutagli dal regolamento medesimo – si applicherà alla successione e, di conseguenza, disciplinerà la quota disponibile, la riserva ereditaria, gli altri limiti rispetto alla libertà di disporre e i diritti che i legittimari possono far valere. Si pensi, ad esempio, al caso che un cittadino britannico abbia, al momento del proprio decesso, la propria residenza abituale in Italia ed abbia indicato nel proprio testamento di voler applicare alla successione la legge dello Stato di cittadinanza. Considerato che la legge britannica applicabile alla successione in questione non prevede la riserva testamentaria, in un simile scenario verrebbero derogate le previsioni di riserva contenute nella legislazione italiana che, in mancanza di scelta, sarebbe stata altrimenti applicabile²².

Pur in assenza di specifici meccanismi a protezione dei legittimari, ci si può chiedere se il regolamento Roma IV consenta la possibilità di invocare il limite dell'ordine pubblico internazionale nell'ipotesi in cui la legge applicabile non tuteli la riserva ereditaria a differenza di quanto avvenga secondo la *lex fori*.

In proposito, occorre preliminarmente ricordare che il testo definitivo del regolamento Roma IV ha eliminato la precisazione, contenuta nell'originaria proposta della Commissione all'art. 27, par. 2, in base alla quale non poteva essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro l'applicazione di una norma della legge designata dal regolamento per il solo fatto che le modalità da quella previste in relazione alla legittima differiscono dalle modalità vigenti nel foro²³. Tale eliminazione dal testo definitivo della norma dedicata all'operatività dell'ordine pubblico internazionale (art. 35 del regolamento Roma IV), ha fatto implicitamente ritenere che non deve essere in ogni caso esclusa la possibilità di invocare il limite in questione qualora la legge applicabile non preveda una tutela per i soggetti legittimari. Sulla base di una simile considerazione è stato sottolineato che il regolamento Roma IV non può dirsi insensibile rispetto all'esigenza di tutelare i legittimari²⁴. Ad ogni modo, al limite dell'ordine pubblico internazionale può essere fatto ricorso solo a fronte di casi in cui la legge straniera applicabile conduca a risultati

²² Sul ruolo che l'esercizio dell'autonomia privata può avere sulle disposizioni in materia di riserva ereditaria, v. ad es. L. RASS-MASSON, *The Impact of European Private International Law and the Réserve Héritaire in France*, in *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law. Adapting to Change*, edited by J.M. Scherpe, E. Bargelli, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2021, 195 e spec. 202.

²³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, COM (2009) 154 def. del 14 ottobre 2009.

²⁴ V. G. CONTALDI-C. GRIECO, *Public Policy (ordre public)*, in *The EU Succession*, cit., 505 e spec. 511.

inaccettabili rispetto ai valori ritenuti fondamentali dalla legge del foro²⁵. Si pensi, ad esempio, al caso che la legge applicabile comporti un trattamento discriminatorio nei confronti dei figli nati al di fuori del matrimonio e preveda che una quota di riserva ereditaria sia stabilita solo per i figli nati in costanza di matrimonio²⁶. Il limite dell'ordine pubblico non dovrebbe invece intervenire a fronte di una qualunque differenza nella regolamentazione della riserva ereditaria, come ad esempio nel caso in cui la quota di riserva stabilita dalla legge applicabile sia inferiore rispetto a quella garantita dalla legge del foro, oppure nel caso in cui la legge applicabile preveda il diritto ad una compensazione monetaria e non ad una quota della proprietà dell'immobile come invece stabilito dalla legge del foro, o ancora quando la legge applicabile preveda diversi metodi di calcolo rispetto a quelli del foro²⁷. Nel caso, però, che la diversità delle normative in questione conduca ad escludere dalla lista dei legittimari i figli minori e il coniuge, soprattutto se per tali categorie la legge applicabile non preveda altri meccanismi protettivi che consentano alle stesse di far fronte alla situazione di precarietà economica o di bisogno in cui eventualmente si trovino, non è escluso che il singolo Stato possa far ricorso al limite dell'ordine pubblico.

In funzione degli obiettivi perseguiti con la presente indagine, è particolarmente significativo l'esame dell'impatto che, sul punto, il regolamento Roma IV ha avuto su un ordinamento, quale quello francese che, come sopra ricordato, tradizionalmente attribuisce rilievo importante alle disposizioni di riserva.

Dopo l'adozione del regolamento, infatti, la giurisprudenza della Cassazione francese ha preso una netta posizione contro la possibilità di ricondurre nell'ambito del limite rappresentato dall'ordine pubblico internazionale le norme in materia di riserva ereditaria. In particolare, la Cassazione francese, con due note sentenze pronunciate il 27 settembre 2017 nei casi *Colombier* e *Jarre*, ha stabilito che una legge straniera designata dalla regola di conflitto, qualora non preveda una riserva ereditaria, non può essere considerata contrastante con l'ordine pubblico internazionale²⁸. I due casi

²⁵ Sull'esigenza di una interpretazione restrittiva del limite dell'ordine pubblico in materia successoria v. F.C. VILLATA, *Predictability First! Fraus Legis, Overriding Mandatory Rules and Ordre Public Under EU Regulation 650/2012 on Succession Matters*, in RDIPP, 2019, 714 e spec. 737 ss.

²⁶ V. H. MEIDANIS, *Article 35. Public policy (ordre public)*, in *EU Succession Regulation*, cit., 414 e spec. 434.

²⁷ Con riferimento alle ipotesi in cui non dovrebbe essere fatto ricorso all'ordine pubblico internazionale ed a quelle in cui l'applicazione del limite in questione non è da escludere, v. G. CONTALDI-C. GRIECO, *Public Policy*, cit., 511-512.

²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 27 settembre 2017, n. 16-13.151, *Colombier* e n. 16-17.198 *Jarre*. A commento delle due pronunce v. ad es. B. ANCEL, *Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français*, in RCDIP, 2018, 87.

in questione sono stati portati anche dinanzi alla Corte europea dei diritti umani che, nel ritenere infondati i ricorsi proposti dagli eredi che si erano visti disconoscere il diritto di riserva ereditaria in virtù dell'applicazione di una legge straniera, ha avuto modo di escludere che nel caso specifico il rifiuto, da parte dei giudici nazionali, di applicare il limite dell'ordine pubblico internazionale, integri una violazione dei diritti sanciti dalla CEDU²⁹.

Le pronunce in questione sono state lette come dimostrazione dell'influenza che l'ampia autonomia della volontà garantita dal regolamento Roma IV può esercitare sulla legislazione francese e sulla cultura giuridica che stava tradizionalmente alla base della stessa³⁰.

Ad ogni modo, tale influenza non può essere considerata ancora univoca e consolidata. Si deve tener conto, infatti, che l'art. 24 della legge francese n. 2021-1109 ha introdotto all'art. 913 c.c. la previsione in base alla quale nel caso in cui il *de cuius* o almeno uno dei suoi figli è, al momento del decesso, cittadino di uno Stato membro dell'Unione o risiede abitualmente nel territorio dell'Unione e la legge straniera applicabile alla successione non preveda alcun meccanismo di riserva a protezione dei figli, ciascun figlio o i suoi eredi o aventi causa può compiere un prelevamento compensativo (*prélèvement compensatoire*) sui beni situati in Francia alla data del decesso in modo da essere reintegrati nei diritti di riserva che vengono garantiti dalla legge francese³¹.

È indubbio che la riforma appena ricordata rappresenti un tentativo, da parte del legislatore francese, di riaffermare l'intangibilità delle norme in materia di riserva ereditaria nonostante la spinta liberale prodotta in conseguenza dell'applicazione del regolamento Roma IV. È significativa, in proposito la risposta fornita dal Ministero della giustizia francese che, nell'ambito di un'interrogazione parlamentare, ha affermato che a seguito dell'adozione della citata legge del 24 agosto 2021 le norme a tutela della

²⁹ V. Corte EDU, sentenza del 14 febbraio 2024, *Jarre c. France*, ricorso n. 14157/18; sentenza del 14 febbraio 2024, *Colombier c. France*, ricorso n. 14925/18. A commento delle due pronunce, v. A.-B. CAIRE, H. LEYRAT, *L'exhérédation d'un héritier réservataire est conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Petites affiches*, 2024, n. 6, 75; S. GODECHOT-PATRIS, *La protection internationale de la réserve héréditaire et la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Defrénois*, 2024, n. 29, 25.

³⁰ V. L. MASSON, *The Impact*, cit., 208.

³¹ Con riferimento alla legge francese n. 2021-1109 del 24 agosto 2021 ed alla sua possibile incidenza sugli obiettivi perseguiti dal regolamento Roma IV, v. ad es. V. LEGRAND, *Le droit international privé communautaire des successions face à la réserve héréditaire en droit français*, in *Petites affiches*, n. 7-8, 31.8.2024, 24. Sul progetto di legge che ha condotto alla riforma in questione si veda già P. LAGARDE, *Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire*, in *RCDIP*, 2021, 291; S. RAMACCIOTTI, *Le prélèvement compensatoire du projet d'article 913 du code civil à l'épreuve des exigences européennes et constitutionnelles*, *ivi*, 310.

riserva ereditaria devono essere considerate come riconducibili all'ordine pubblico internazionale³².

Nonostante che l'ambito di applicazione del prelevamento compensativo sia stato formulato in termini volutamente ampi in modo tale da salvaguardare i diritti non solo dei cittadini francesi, ma di ogni persona che sia cittadina dell'Unione europea o sia residente in uno Stato membro, non è da escludere che possano essere rinvenuti nella previsione in questione profili di contrasto con il regolamento Roma IV³³. È stato infatti osservato che la reintroduzione nell'ordinamento francese dell'istituto del prelevamento compensativo rischia di produrre effetti contrastanti rispetto ad alcuni principi ispiratori della disciplina uniforme europea e, in particolare, rispetto all'obiettivo di evitare la frammentazione della successione, perseguito mediante la designazione di una unica legge applicabile all'intera successione³⁴.

A prescindere dalla particolarità del richiamato quadro giuridico francese, è possibile sostenere che l'atteggiamento maggiormente liberale del regolamento Roma IV verso le quote di riserva è in linea con una progressiva modifica del contesto culturale che caratterizza, in generale, gli Stati membri dell'Unione³⁵. In passato, infatti, la previsione in alcuni Stati membri di quote di riserva assolveva ad una precisa funzione sociale. La solidarietà intergenerazionale tra i membri della famiglia richiedeva che venissero individuati strumenti atti a consentire la conservazione dei beni all'interno del nucleo familiare. Il progressivo innalzamento dell'aspettativa di vita comporta che spesso al momento dell'apertura della successione i figli sono adulti e autosufficienti, con la conseguenza che è attenuata l'esigenza di tutela ad ogni costo degli stessi mediante la previsione di quote di riserva ereditaria.

4. *Il favor per i patti successori*

I patti successori sono negozi giuridici mediante i quali viene disposto della successione quando l'interessato è ancora in vita. Con riferimento a

³² V. Assemblée National, *Question écrite n. 7936, Succession internationale et part réservataire*, in *Journal Officiel de la République française*, 21 novembre 2023, 10534.

³³ H. FULCHIRON, *La «question» de la réserve héréditaire: retour sur un psychodrame franco-français*, in *Le Cahiers de Droit*, 2023, 137 e spec. 154.

³⁴ In proposito, v. S. RAMACCIOTTI, *Le prélèvement*, cit., 317.

³⁵ In proposito, v. C. CAMPIGLIO, *La facoltà*, cit., 939; F.P. PATTI, *Problematiche attuali e prospettive di riforma del diritto successorio*, in *NGCC*, 2023, n. 4, 968 e spec. 973.

tale istituto, è possibile individuare, tradizionalmente, due diversi modelli di riferimento³⁶. Da una parte, il modello tedesco, favorevole all'ammissibilità di tali negozi in funzione dell'obiettivo di consentire ad ogni persona la pianificazione della propria successione e, al contempo, dell'esigenza di tenere conto anche di interessi ritenuti meritevoli di tutela quali ad esempio quelli del coniuge superstite³⁷. Dall'altra, il modello francese che, al contrario, non consentiva gli stessi in ragione dell'incompatibilità di tale istituto con il principio dell'assoluta libertà del testatore di decidere l'assetto da dare al proprio patrimonio fino al momento del decesso³⁸.

A fronte dell'eterogeneo quadro giuridico che caratterizza gli Stati membri in materia, nel regolamento Roma IV si è scelto, innanzitutto, di dare una definizione di patto successorio³⁹. Secondo l'art. 3, par. 1, lett. b), del regolamento, infatti, un patto successorio è un accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di uno o più persone parti dell'accordo. Può trattarsi solo di una disposizione a causa di morte e la sua ammissibilità ed accettazione variano nei diversi Stati membri⁴⁰. La definizione richiamata è tale da includere i patti successori istitutivi. Sono invece esclusi dall'ambito di applicazione del regolamento i patti successori dispositivi e rinunciativi. Il regolamento stabilisce, all'art. 25, i criteri per determinare la legge applicabile all'ammissibilità, alla validità sostanziale, agli effetti vincolanti ed alle condizioni di scioglimento dei patti successo-

³⁶ V. B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, in *Il diritto*, cit., 105 ss.; A. FUSARO, *Le linee evolutive del diritto successorio europeo*, in *Giust. civ.*, 2014, 509 e spec. 521 ss.;

³⁷ I patti successori sono ritenuti ammissibili, ad esempio, nell'ordinamento austriaco, in quello tedesco (artt. 1941 e 2274 e ss. BGB) o, ancora, in quello svizzero.

³⁸ Ordinamenti in cui è presente il divieto di patti successori sono ad esempio quelli belga (art. 1130 *code civil*), francese (artt. 722 e 1130 comma 2 *code civil*), greco (art. 368 codice civile), italiano (art. 458 codice civile, il quale fa però salvo l'istituto del patto di famiglia introdotto dalla legge 14 febbraio 2006, n. 55 ed oggi disciplinato dagli artt. 768 bis e ss. c.c.), spagnolo (artt. 658 e 1271 *código civil* comune).

³⁹ Sulla nozione di patto successorio accolta nel regolamento Roma IV, v. Corte di Giustizia UE, *UM (Contrat translatif de propriété mortis causa)*, C-277/20, 9 settembre 2021, a commento della quale v. F. MAOLI, *La disciplina dei patti successori nel regolamento UE n. 650/2012 e i contratti traslativi di proprietà mortis causa*, in *Famiglia*, 2022, n. 3, 425; L. PERREAU-SAUSSINE, *Qualification de «pacte successoral» et champ d'application du règlement européen n° 650/2012 sur les successions internationales*, in *RCDIP*, 2022, 402. Sui problemi di coordinamento tra la disciplina contenuta in materia di patti successori nel regolamento Roma IV e quella dettata nei regolamenti 2016/1103 e 2016/1004 in materia di convenzioni tra coniugi o partner che possono produrre effetti sulle successioni, v. invece E. BERGAMINI, *EU private international law and agreements as to succession in married and unmarried couples*, in *Eurojus*, 2020, n. 2, 241 ss.

⁴⁰ V. Considerando n. 49 del regolamento Roma IV.

ri. In particolare, con riferimento ai patti successori aventi ad oggetto la successione di una sola persona, la loro ammissibilità e validità sostanziale, nonché gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni di scioglimento, sono disciplinati dalla legge che, in forza dello stesso regolamento Roma IV sarebbe stata applicabile alla successione di tale persona se questa fosse deceduta il giorno della conclusione del patto. Con riferimento invece ad un patto successorio avente ad oggetto la successione di più persone, qualora sia ammissibile in base a ciascuna delle leggi che, in forza del medesimo regolamento, avrebbero regolato la successione di ciascuna delle persone in questione se esse fossero decedute il giorno della conclusione del patto, si prevede l'applicazione di quella delle sopra menzionate leggi con cui il patto presenta il collegamento più stretto. Viene inoltre ammessa una sia pur limitata autonomia della volontà delle parti: queste infatti possono scegliere come legge regolatrice del loro patto successorio la legge dello Stato di cui hanno la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte.

Con le previsioni in questione il regolamento si propone di agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio⁴¹.

Anche se il regolamento non impone agli Stati membri che non conoscono o addirittura vietano il patto successorio di introdurre tale istituto nel rispettivo ordinamento⁴², è possibile osservare che lo stesso strumento è politicamente favorevole all'istituto in questione⁴³.

Con la conseguenza che un patto successorio concluso da un cittadino italiano secondo la legge di uno Stato membro che ammette tale istituto (ad esempio, la Germania) deve essere riconosciuto in Italia indipendentemente dal divieto contenuto nell'art. 458 c.c. italiano⁴⁴.

Ci si potrebbe certo chiedere se un ordinamento che vieta il patto successorio possa ritenere che una legislazione straniera che lo ammette sia contraria all'ordine pubblico internazionale, ad esempio per il fatto che lo stesso può essere ritenuto in contrasto con la libera determinazione della volontà o della facoltà di revoca da parte dei disponenti o di uno di essi⁴⁵. È stato sottolineato che il processo di uniformazione delle norme di conflitto volte a disciplinare anche l'ammissibilità dei patti successori, in un

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² V. P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori nel regolamento (UE) n. 650/2012*, in *RDIPP*, 2017, 12 e spec. 18.

⁴³ V. C. CAMPIGLIO, *La facoltà*, cit., 932.

⁴⁴ V. A. BONOMI, *Il regolamento*, cit., 315 ss.; F.P. PATTI, *Problematiche*, cit., 970.

⁴⁵ Non esclude tale possibilità D. DAMASCELLI, *Diritto*, cit., 94.

contesto giuridico predisposto in modo tale da favorire anche la libera circolazione delle persone, sembra deporre contro la possibilità di invocare la clausola dell'ordine pubblico internazionale a fronte di una legge straniera che ammetta la possibilità di concludere i patti in questione⁴⁶.

Il limite dell'ordine pubblico internazionale, pur previsto dall'art. 35 del regolamento Roma IV, deve infatti essere interpretato restrittivamente tanto che è stato sottolineato che lo stesso può essere invocato, in materia ereditaria, solo a fronte della violazione di principi o valori fondamentali quali potrebbero ad esempio essere quelli volti ad assicurare il divieto di discriminazione sulla base della religione, della razza, del genere⁴⁷.

L'obbligo di applicare leggi straniere che ammettono patti successori anche per gli Stati membri tradizionalmente contrari all'istituto in questione può produrre un sorta di effetto competitivo tra i singoli ordinamenti degli Stati membri. Gli Stati membri che prevedono il divieto di concludere patti successori potrebbero cioè essere indotti a modificare la loro legislazione in modo da eliminare o comunque attenuare il divieto in questione⁴⁸.

In tal senso può essere letta la modifica alla disciplina dei patti successori approvata in Francia, con la quale il divieto di patto successorio è stato attenuato. In passato, infatti, secondo la previgente versione dell'art. 1130 del *code civil*, par. 2, non era possibile rinunciare ad una successione non ancora aperta né fare alcun accordo su tale successione, pur con il consenso di colui la cui successione si tratta⁴⁹. Successivamente, nel 2016 tale divieto è stato abrogato⁵⁰, tanto che attualmente nell'art. 1163 c.c. francese si prevede che un'obbligazione può avere ad oggetto una prestazione futura, senza specificare eventuali limiti con riferimento all'ipotesi che la stessa riguardi una successione futura.

Così come constatato con riferimento all'ordinamento francese, anche

⁴⁶ In tal senso v. B. BAREL, *La disciplina*, cit., 138.

⁴⁷ V. C. ZOUMPOULIS, *Article 25. Agreements as to succession*, in *EU Succession*, cit., 294 e spec. 312.

⁴⁸ Per una simile possibilità, con riferimento all'ordinamento italiano, v. G. PERONI, *The Italian Successions's System after the EU Regulation n. 650/2012*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2018, 476, spec. 498. Con riferimento all'ordinamento greco, v. invece C. ZOUMPOULIS, *Article 25*, cit., 313.

⁴⁹ A ben vedere, il rigore del divieto di patti successori era già stato attenuato con l'art. 29 della legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006, che aveva introdotto, nel testo dell'art. 1130 *code civil* francese, la previsione in base alla quale i patti successori non erano ammessi salvo che alle condizioni previste dalla legge. Eccezioni rispetto al divieto in questione sono previste con riferimento agli istituti della *donation-partage* e del *contrat de mariage*.

⁵⁰ Tale disposizione è stata abrogata dall'art. 2 dell'*ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

con riguardo all'ordinamento italiano la spinta derivante dal regolamento Roma IV può rappresentare un fattore in grado di rafforzare quegli orientamenti riscontrabili nella giurisprudenza italiana sempre più inclini ad ammettere la legittimità di strumenti alternativi al testamento nel contesto della pianificazione ereditaria⁵¹.

5. *Il regime di riconoscimento delle decisioni in materia, la creazione di un certificato successorio europeo e la circolazione dei modelli successori*

Uno degli obiettivi perseguiti dal regolamento Roma IV è quello di favorire il riconoscimento reciproco delle decisioni emesse negli Stati membri in materia successoria⁵². A tal fine, nell'ambito dello strumento in questione vengono dettate norme sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni adottate dagli organi giurisdizionali e da tutte le altre autorità e i professionisti legali competenti in materia di successioni che esercitano funzioni giudiziarie o agiscono su delega di un'autorità giudiziaria o sotto il controllo di quest'ultima (artt. da 39 a 58)⁵³.

Sempre al fine di favorire la continuità delle situazioni giuridiche il regolamento Roma IV detta uno speciale regime con riferimento all'accettazione e all'esecutività degli atti pubblici formati in uno Stato membro (artt. 59 e 60) e prevede l'efficacia esecutiva delle transazioni giudiziarie concluse in uno Stato membro (art. 61).

Inoltre, il regolamento introduce il nuovo istituto del certificato successorio europeo (artt. 62 ss.), quale strumento a disposizione di eredi e legatari, nonché di esecutori testamentari o amministratori dell'eredità, per far valere la loro qualità ed esercitare, a seconda dei casi, i loro diritti e/o i

⁵¹ In proposito, v. ad es. F.P. PATTI, *Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori*, in NGCC, 2024, n. 4, 910 e spec. 914 ss.

⁵² V. Considerando n. 59 del regolamento Roma IV. In argomento, v. ad es. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento, l'esecutività e l'esecuzione delle decisioni e delle transazioni giudiziarie in materia successoria*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, cit., 139 ss.; F. PESCE-S. DOMINELLI, *Recognition and Enforcement of Foreign Decisions in Cross-Border Succession Matters*, in *EU Cross-Border Succession Law*, cit., 244.

⁵³ Si veda, in proposito, art. 3, par. 1, lett. g) del regolamento Roma IV dove è rinvenibile la definizione di "decisione" e l'art. 3, par. 2, dove viene fornita la definizione di "organo giurisdizionale" e vengono stabilite le condizioni che devono sussistere affinché i provvedimenti emessi da altre autorità e professionisti legali possano essere equiparati a quelli adottati dagli organi giurisdizionali.

loro poteri in uno Stato membro diverso da quello in cui tali titoli si siano formati o siano stati accettati⁵⁴.

È indubbio che le disposizioni in questione, favorendo una più agevole circolazione degli *status* di erede e legatario negli Stati membri, siano pensate per il perseguimento dell'obiettivo, di più ampia portata, volto a rimuovere gli ostacoli rispetto alla libera circolazione nell'Unione europea che potrebbero essere conseguenza delle difficoltà che le persone incontrano nell'esercizio dei loro diritti nell'ambito di una successione transfrontaliera.

La circolazione degli *status* di erede e legatario è poi un fattore in grado di agevolare, sia pur indirettamente, anche la circolazione dei modelli normativi che i singoli Stati membri dell'Unione adottano all'interno dei rispettivi ordinamenti in materia di successione⁵⁵. Se, infatti, gli Stati membri continuano certo a mantenere la loro piena autonomia nel disciplinare gli aspetti sostanziali relativi alla materia successoria, i meccanismi previsti dal regolamento spingono i singoli ordinamenti ad impiegare schemi giuridici estranei alla loro tradizione giuridica, favorendo nel lungo periodo la contaminazione tra modelli.

A ben vedere, la circolazione dei modelli successori non viene favorita solo grazie all'applicazione delle norme che il regolamento detta in materia di riconoscimento di decisioni, atti pubblici e transazioni giudiziarie o in funzione della disciplina del certificato successorio europeo. La circolazione dei modelli potrebbe infatti essere anche conseguenza della previsione, da parte della legge applicabile alla successione, di un diritto reale sconosciuto all'ordinamento giuridico in cui il medesimo diritto viene invocato.

In proposito, deve essere ricordato che il regolamento Roma IV prevede un meccanismo di adattamento dei diritti reali che non siano contemplati nell'ordinamento giuridico dello Stato sul cui territorio si trovi il bene immobile al quale si riferiscono. In particolare, l'art. 31 del regolamento dispone che se una persona invoca un diritto reale che le spetta secondo la legge applicabile alla successione e la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosce il diritto reale di cui trattasi, tale diritto è adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato, tenendo conto degli

⁵⁴ Sullo strumento in questione v. ad es. F. PADOVINI, *Il certificato successorio europeo*, *ivi*, 191; P. WAUTELET, *Article 62*, in *Le droit européen des successions*, cit., 772 ss.; E. GOOSSENS, *A Model for the Use of the European Certificate of Succession for Property Registration*, in *ERPL*, 2017, 523; F. MAOLI, *Remarks on the European Certificate of Succession*, in *The European Legal Forum*, 2017, 1; S. MARINO, *Use of Standard Forms in EU Civil Judicial Cooperation: The Case of the European Certificate of Succession*, in *CDT*, 2020, n. 1, 627.

⁵⁵ In argomento, v. ad es. D. ACHILLE, *Successioni mortis causa, norme di conflitto e circolazione dei modelli*, in *Rivista di diritto civile*, 2021, 1156 e spec. 1166 ss.

obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti⁵⁶.

Conformemente alla previsione contenuta nell'art. 345 TFUE (in base alla quale il diritto dell'Unione europea lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri), il regolamento Roma IV specifica di non essere in grado di incidere sul principio del *numerus clausus* dei diritti reali conosciuti negli ordinamenti interni di taluni Stati membri⁵⁷. Proprio per questo, il già citato art. 31 fa ricorso alla tecnica internazionalprivatistica dell'adattamento, in virtù della quale il diritto attribuito *iure successionis* viene adattato a quello equivalente e più vicino previsto nell'ordinamento in cui la disposizione deve essere attuata. Il diritto attribuito sulla base della legge applicabile alla successione si dovrà cioè adattare al diritto reale con contenuto più prossimo previsto dall'ordinamento di attuazione della disposizione. L'obiettivo è evidentemente quello di tutelare la posizione successoria del beneficiario ed evitare che la stessa possa essere pregiudicata da divergenze normative esistenti negli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Ai nostri fini interessa rilevare che la tecnica dell'adattamento, pur essendo rispettosa delle soluzioni adottate all'interno dei singoli Stati membri, consente alle stesse di circolare favorendo quindi la contaminazione tra i diversi modelli giuridici seguiti dagli Stati membri in materia.

Un caso indicativo del fatto che l'applicazione del regolamento Roma IV è potenzialmente in grado di fornire occasioni di confronto tra diversi modelli giuridici impiegati nell'ambito dei singoli Stati membri, è stato affrontato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Kubicka*⁵⁸. Nell'occasione, una cittadina polacca, proprietaria insieme al marito tedesco di un immobile situato in Germania, si era rivolta a un notaio che esercitava la professione in Polonia chiedendo allo stesso di inserire nel proprio testamento un legato "per rivendicazione" (*legatum per vindicationem*), consentito a norma del diritto polacco, a favore del marito, relativo alla quota di cui era proprietaria sul predetto bene. Il notaio polacco, peraltro, rifiutava di redigere il testamento richiesto, visto che a suo avviso non poteva essere inserito nello stesso un legato sconosciuto al diritto tedesco, ordinamento

⁵⁶ A commento della disposizione in questione v. ad es. E. CALZOLAIO-L. VAGNI, *Adaptation of Rights in rem*, in *The EU Succession*, cit., 442; E. NIKOLAOU, *Article 31. Adaptation of rights in rem*, *EU Succession*, cit., 372.

⁵⁷ In tal senso, v. Considerando n. 15 del regolamento Roma IV.

⁵⁸ Corte di Giustizia UE, *Kubicka*, C-218/16, 12 ottobre 2017. A commento della pronuncia, v. D. ACHILLE, *Lex successionis e compatibilità con gli ordinamenti degli Stati membri nel reg. UE n. 650/2012*, in *NGCC*, 2018, n. 5, 697; P. TERESZKIEWICZ-A. WYSOCKA-BAR, *Legacy by Vindication Under the EU Succession Regulation No. 650/2012 Following the Kubicka Judgment of the ECJ*, in *ERPL*, 2019, 875.

che prevede soltanto l'istituto del legato "obbligatorio". Nel caso specifico, la Corte di Giustizia ha osservato che l'art. 31 del regolamento Roma IV non attiene alle modalità di trasferimento dei diritti reali (modalità che riguardano in particolare i legati "per rivendicazione" o quelli "obbligatori"), ma unicamente al rispetto del contenuto dei diritti reali, determinato dalla legge applicabile alla successione, e al loro recepimento nell'ordinamento giuridico dello Stato membro nel quale sono invocati. Visto che mediante il legato "per rivendicazione" si intendeva trasferire il diritto di proprietà e visto che il diritto di proprietà è riconosciuto nel diritto tedesco, non occorre procedere all'adattamento secondo quanto previsto dall'art. 31 del regolamento. Ciò significa, quindi, che la mera differenza sulle modalità con cui uno specifico diritto reale viene acquistato non giustifica il mancato riconoscimento dello stesso in un diverso Stato membro⁵⁹.

6. *Riflessioni conclusive in merito all'influenza che il regolamento Roma IV è in grado di produrre sulla cultura giuridica che sta alla base dei diversi modelli di successione seguiti dagli Stati membri dell'Unione*

Nel corso della presente indagine abbiamo evidenziato che motivazioni di carattere storico-culturale hanno fatto sì che le legislazioni degli Stati membri dell'Unione europea in materia successoria siano ancora fortemente eterogenee. L'Unione europea, non essendo dotata di competenze idonee ad uniformare i profili sostanziali della materia, ha sfruttato la base giuridica che le consente di intervenire nel settore della cooperazione giudiziaria civile ed ha disciplinato, con l'adozione del regolamento Roma IV, i diversi profili internazionalprivatistici della vicenda successoria⁶⁰.

Dopo aver sinteticamente richiamato alcuni dei principi ispiratori del regolamento Roma IV⁶¹, ci siamo soffermato su due istituti in relazione ai quali si riscontra tradizionalmente una forte divergenza nelle legislazioni nazionali in materia di successione: la riserva ereditaria⁶² e i patti successori⁶³.

Con riferimento alla riserva ereditaria, abbiamo osservato che il rego-

⁵⁹ Sul punto, v. Z. CRESPI REGHIZZI, *Succession and Property Rights in EU Regulation No 650/2012*, in *RDIPP*, 2017, 633 e spec. 655 ss.

⁶⁰ V. *supra*, par. 1.

⁶¹ V. *supra*, par. 2.

⁶² V. *supra*, par. 3.

⁶³ V. *supra*, par. 4.

lamento non detta specifici meccanismi a protezione dei legittimari. Pur essendo prevista, nel regolamento, la tradizionale clausola dell'ordine pubblico internazionale quale limite al funzionamento delle norme di conflitto, è da ritenere che tale strumento non possa essere invocato a fronte di una qualunque differenza nella regolamentazione della riserva ereditaria, ma solo nel caso in cui la legge straniera applicabile conduca a risultati inaccettabili rispetto ai valori ritenuti irrinunciabili dalla legge del foro. L'atteggiamento liberale riscontrabile nel regolamento Roma IV sembra avere le potenzialità per incidere sull'attitudine di quegli Stati membri che ancora oggi tendono a percepire le norme in materia di riserva ereditaria come parte irrinunciabile della loro cultura giuridica. In ogni caso, poi, un simile atteggiamento liberale sembra in linea con una progressiva modifica del contesto sociale e culturale che caratterizza, in generale, gli Stati membri dell'Unione. Il progressivo innalzamento dell'aspettativa di vita ha infatti reso meno impellente l'esigenza di tutela dei figli che, al momento del decesso dei genitori, sono oggi spesso adulti e autosufficienti e, in quanto tali, meno bisognosi di protezione.

Con riferimento ai patti successori, invece, è emerso che il regolamento Roma IV tende a favorirne l'accettazione nell'ordinamento degli Stati membri. Abbiamo osservato che il regolamento non impone, agli Stati membri che non conoscono o addirittura vietano i patti successori, di introdurre il relativo istituto nel rispettivo ordinamento. Ciò nonostante, l'avvenuta uniformazione delle norme di conflitto anche in tema di ammissibilità dei patti successori, in un contesto giuridico volto a favorire la libera circolazione delle persone, sembra deporre contro la possibilità, per gli Stati che vietino i patti in questione, di invocare il limite dell'ordine pubblico internazionale a fronte di una legge straniera che ne ammetta la conclusione. Le previsioni contenute nel regolamento Roma IV sembrano quindi in grado di generare una sorta di effetto competitivo tra ordinamenti che può progressivamente indurre gli Stati membri che siano ancora contrari ai patti successori a rivedere o quanto meno ad attenuare i divieti esistenti in materia.

Ulteriore fattore in grado di favorire la circolazione dei modelli adottati dai singoli Stati membri dell'Unione in materia successoria è rappresentato dalle norme che il regolamento Roma IV detta in materia di riconoscimento delle decisioni, degli atti pubblici, delle transazioni giudiziarie ed in materia di certificato successorio europeo. Tali meccanismi, così come anche la previsione della tecnica dell'adattamento in virtù della quale un diritto reale attribuito *iure successionis* deve essere adattato a quello equivalente e più vicino previsto nell'ordinamento in cui la disposizione deve essere attuata, spingono gli Stati membri ad impiegare schemi giuridici estranei alla loro tradizione giuridica e favoriscono quindi, quanto meno

nel lungo periodo, la contaminazione tra modelli successori⁶⁴.

Pur essendo i dati emersi nell'ambito della presente indagine ancora eterogenei e bisognosi di ulteriore conferma alla luce della futura prassi applicativa, è indubbio che il regolamento Roma IV possa essere considerato espressione della volontà di rafforzare la tendenza alla flessibilizzazione del diritto successorio già riscontrabile in alcuni degli Stati membri dell'Unione⁶⁵ e che l'uniformazione delle regole di conflitto operata dall'Unione europea con lo strumento in questione sia tale da favorire il consolidamento di un dialogo tra ordinamenti che permette la circolazione dei modelli successori e crea le premesse per un progressivo ravvicinamento delle culture giuridiche degli Stati membri in materia.

⁶⁴ V. *supra*, par. 5.

⁶⁵ In tal senso, v. già A. BONOMI, *Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen ?*, in *Travaux du Comité français de droit international privé 2008-2010*, 2011, 263 e spec. 274.

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PISA

Volumi pubblicati

1. V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, 2013, pp. XXII-546.
2. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, 2013, pp. XVI-320.
3. AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, 2013, pp. XXVIII-452.
4. AA.VV., *Internet e Costituzione*, 2014, pp. X-374.
5. F. AZZARRI, *Res perit domino e diritto europeo. La frantumazione del dogma*, 2014, pp. XVIII-446.
6. C. MURGO, *Il tempo e i diritti. Criticità dell'istituto della prescrizione tra norme interne e fonti europee*, 2014, pp. XII-292.
7. E. NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Pisa, 17-18 ottobre 2013, 2015, pp. XVI-224.
8. M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, 2015, pp. XIV-326.
9. AA.VV., *Stupefacenti e diritto penale: un rapporto di non lieve entità*, a cura di G. MORGANTE, 2015, pp. XII-276.
10. M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, 2015, pp. XVIII-398.
11. C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, 2015, pp. XVI-528.
12. L. PASQUALI, *Multilinguismo negli atti normativi internazionali e necessità di soluzioni interpretative differenziate*, 2016, pp. X-198.
13. M. DEL CHICCA, *La pirateria marittima. Evoluzione di un crimine antico*, 2016, pp. X-294.
14. G. DE FRANCESCO-E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Atti dell'Incontro di studi svoltosi a Pisa il 26 febbraio 2016, 2016, pp. X-222.
15. A. LANDI-A. PETRUCCI (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, vol. I, *La prospettiva storica*, 2016, pp. X-242.
16. I. BELLONI-T. GRECO-L. MILAZZO (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, vol. II, *La prospettiva filosofica: teorie dei diritti e questioni di fine vita*, 2016, pp. XII-164.

17. A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, 2016, pp. XIV-490.
18. A. LANDI, *Dalla gratuità necessaria alla presunzione di onerosità*, I, *Il mutuo ad interesse dal tardo Diritto comune alla codificazione civile italiana del 1865*, 2017, pp. VIII-160.
19. A.M. CALAMIA (a cura di), *L'abuso del diritto. Casi scelti tra principi, regole e giurisprudenza*, 2017, pp. XII-276.
20. C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, 2017, pp. X-218.
21. C.J. PIERNAS-L. PASQUALI-F.P. VIVES (edited by), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law. Addressing new challenges of the Union*, 2017, pp. XVIII-326.

Nuova Serie

Monografie

22. G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, 2017, pp. X-214.
23. A. CASSARINO, *Il vocare in tributum nelle fonti classiche e bizantine*, 2018, pp. X-214.
24. E. BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, 2019, pp. VIII-256.
25. A. GRILLONE, *La gestione immobiliare urbana tra la tarda Repubblica e l'età dei Severi. Profili giuridici*, con prefazione di Luigi Capogrossi Colognesi, 2019, pp. XVIII-246.
26. M. PEDONE, *Per argentarium solve. Ricerche sul receptum argentarii*, 2020, pp. X-198.
27. F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae a Roma antica. I. Contesto urbano, esigenze abitative ed investimenti immobiliari tra tarda Repubblica ed Alto impero*, 2020, pp. XXIV-248.
28. C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, 2020, pp. XII-252.
29. G. DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia*, 2020, pp. X-206.
30. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, 2021, pp. X-294.
31. S. CAMPANELLA, *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale: tra sistema penale e servizi sanitari*, 2021, pp. X-390.

32. A. PETRUCCI, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana. I dati delle fonti e le più recenti vedute dei moderni*, 2021, pp. VIII-312.
33. M. MONTI, *Federalismo disintegrativo? Secessione e asimmetria in Italia e Spagna*, 2021, pp. VIII-456.
34. D. PERRONE, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi. Limiti e possibilità del ricorso alla "giustizia digitale integrata" in sede di accertamento della colpa*, 2021, pp. X-142.
35. A. MONTESANO, *Le assicurazioni marittime obbligatorie. Blue cards e attività di certificazione*, 2023, pp. XII-260.
36. G. BATTAGLIA, *Amici curiae e giudizio incidentale sulle leggi. Contributo allo studio della recente "apertura" della Corte, anche nella prospettiva della tutela multilivello dei diritti*, 2024, pp. XVI-232.
37. F. NUGNES, *Povertà abitativa e Costituzione. Nuovi itinerari di ricerca*, 2024, pp. VI-282.
38. G. SPANÒ, *Un modello islamico? Sistemi e paradigmi macro-comparati oltre la Rule of (Traditional) Law*, 2024, pp. VI-226.

Saggi e ricerche

1. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, 2017, pp. XVI-228.
2. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, 2017, pp. VI-298.
3. M. PASSALACQUA-B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei Brownfields. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, 2019, pp. XXXII-744.
4. A. PETRUCCI (a cura di), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, 2020, pp. XVIII-382.
5. A. MONTESANO (a cura di), *Sicurezza della navigazione e tutela dell'ambiente marino nelle Bocche di Bonifacio*, 2021, pp. XIV-322.
6. A. MONTESANO (a cura di), *Concessioni e trasporti. Procedure di affidamento e attività di vigilanza sulla gestione concessoria*, 2024, pp. VIII-176.
7. A. CASSARINO (a cura di), *Morte, discendenza, eredità. Una storia umana tra natura, cultura e diritto*, 2024, pp. VIII-232.

Atti di Convegno

1. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del convegno di Pisa, 24-25 febbraio 2017*, 2017, pp. X-254.

2. A. PERTICI-M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*. Atti del convegno di Pisa, 5 ottobre 2018, 2019, pp. XIV-266.
3. G. DE FRANCESCO-A. GARGANI-D. NOTARO-A. VALLINI (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, Atti del Convegno di Pisa, 12 ottobre 2018, 2019, pp. XXII-282.
4. G. DE FRANCESCO-A. GARGANI-E. MARZADURI-D. NOTARO (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Atti dell'incontro di studi di Pisa, 22 marzo 2019, 2020, pp. X-246.
5. V. PINTO (a cura di), *Crisi di impresa e continuità aziendale: problemi e prospettive*, Atti dell'incontro di studi, Pisa, 7 febbraio 2020, 2020, pp. X-190.
6. E. NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*, Atti del Convegno, Pisa, 29, 30 novembre e 1° dicembre 2018, 2021, pp. XII-428.
7. M. BEVILACQUA-L. NOTARO-G. PROFETA-L. RICCI-A. SAVARINO (a cura di), *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, Atti del Convegno di Pisa, 16-17 ottobre 2020, 2021, pp. XXVIII-324.
- 8/I. E. NAVARRETTA-L. RICCI-A. VALLINI (a cura di), *Il potere della tecnica e la funzione del diritto: un'analisi interdisciplinare di blockchain*, vol. I, *Blockchain, democrazia e tutela dei diritti fondamentali*, Atti del ciclo di seminari, Pisa, 18 dicembre 2020-30 aprile 2021, 2021, pp. XIV-226.
- 8/II. E. NAVARRETTA-L. RICCI-A. VALLINI (a cura di), *Il potere della tecnica e la funzione del diritto: un'analisi interdisciplinare di blockchain*, vol. II, *Blockchain, mercato e circolazione della ricchezza*, Atti del ciclo di seminari, Pisa, 18 dicembre 2020-30 aprile 2021, 2021, pp. X-262.
9. F. DAL CANTO-A. SPERTI (a cura di), *Gli strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche*, Atti della giornata di studio svoltasi a Pisa l'11 giugno 2021, 2022, pp. XII-164.
10. A. BARTALENA-L. DELLA TOMMASINA-G. IERMANO-L. SPATARO (a cura di), *Enhancing Sustainable Transport. Interdisciplinary Issues*, 2022, pp. X-294.
11. P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, 2023, pp. XXVI-374.

Finito di stampare
nel mese di dicembre 2024
da Stampatre s.r.l., Torino