

L'intangibile mutevolezza della *voluntas defuncti*

RENZO LAMBERTINI

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

1. «*Ambulatoria... est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*»: lo si legge in un testo di Ulpiano (33 *ad Sab.*, D. 34.4.4), radice di un noto brocardo che pone la revocabilità come carattere imprescindibile di tutti gli atti giuridici con i quali un soggetto dispone della propria successione. Le prime quattro parole – *ambulatoria est voluntas defuncti* – figurano come titolo della recente monografia di Sabrina Lo Iacono, ma con l'aggiunta di un eloquente punto interrogativo¹, al chiaro scopo di anticipare le conclusioni dell'A., ossia che tale regola, anche per il diritto romano, deve essere sensibilmente circostanziata, e, con la medesima, la diffusa persuasione per cui quell'esperienza giuridica si connoterebbe per la radicale ripulsa dei patti successori, posto che alla base di quest'ultima sta proprio la garanzia di poter mutare volontà che gli atti *mortis causa*, a differenza di quelli tra vivi di norma irrevocabili, accordano al loro autore.

Tuttavia il libro, pur teso all'indagine sui patti successori nell'esperienza giuridica romana, non esaurisce il contenuto in tale ambito, premettendo all'obiettivo primario della specifica ricerca romanistica la considerazione della tematica nel diritto italiano e nel diritto svizzero, un ordinamento, il nostro, che li vieta, e uno, quello elvetico, che invece li ammette. I due capitoli iniziali dedicati ai citati ordini giuridici positivi, appaiono funzionali a una compiuta elaborazione del terzo, al fine di delineare – nel quadro di una 'analisi diacronico-comparatistica' – uno schema tecnico-concettuale per una proficua valutazione del problema, che sarebbe vano cercare non solo a livello di categoria generale ma anche come distillato delle decisioni giurisprudenziali e delle prese di posizione legislative che restituiscono la visuale romanistica sulla problematica in oggetto. E in proposito l'A. tiene già *in limine* a sottolineare che, nell'evolversi della ricerca, le proprie idee iniziali circa i patti successori sono radicalmente mutate, in particolare per il venir meno della convinzione, assai diffusa in dottrina, per cui l'attuale

1. S. Lo Iacono, *Ambulatoria est voluntas defuncti? (Ricerche sui 'patti successori' istitutivi)*, *Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto privato e Storia del diritto. Sezione di diritto romano e diritti dell'antichità. Università degli Studi di Milano*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, X-358.

divieto presente nel nostro ordinamento deriverebbe dal diritto romano, che si vuole caratterizzato da una corrispondenza costante e biunivoca tra l'atto *mortis causa* e la revocabilità, mentre l'indagine ha rivelato non solo l'inesistenza di un divieto generale – che del resto presupporrebbe una categoria ben individuata dei patti successori –, ma anche, sul versante opposto, la presenza di figure giuridiche mediante le quali un soggetto poteva disporre dei beni *post mortem* senza che ciò comportasse la possibilità di revoca del negozio posto in essere.

2. Nel *Capitolo I*, relativo al diritto italiano vigente, dopo un'introduzione sulle due forme di vocazione a causa di morte, legittima e testamentaria, presenti nel citato ordinamento, il quale non ammette un *tertium genus*, e avere valutato da diversi angoli visuali la preminenza della seconda, fondata sul testamento quale atto revocabile per antonomasia (art. 587 comma 1 c.c.), l'A. delinea la differenza tra gli atti *inter vivos* e quelli *mortis causa* e, nell'ambito dei primi, quella tra gli atti con effetti *post mortem* e gli atti transmorte. Gli atti *mortis causa*, in base a un'elaborazione concettuale in buona misura debitrice alla dottrina di Giorgio Giampiccolo, si caratterizzano per una attribuzione *de residuo*, nel senso che in essi si focalizza un'entità esistente al momento della morte testatore – non in quello della redazione dell'atto –, e un beneficiario esistente nel medesimo momento, il che implica la *condicio iuris* della sopravvivenza di quest'ultimo al *de cuius*. Gli atti con effetti *post mortem* sono invece atti tra vivi in cui l'evento morte, privo di valenza causale, figura come condizione o termine per l'effettività di una situazione giuridica che preesiste all'apertura della successione e che in tale fase si delinea in forma compiuta. Gli atti transmorte, anch'essi *inter vivos*, prevedono una attribuzione patrimoniale che ha luogo già in vita del disponente e che diventa definitiva solo alla morte di questi, con una possibilità di modifica dell'assetto patrimoniale posto in essere assente in quelli *post mortem*. Mette appena conto precisare che in questa sede si è condensato in poche righe un quadro assai più complesso e, d'altra parte, fondato su distinzioni che appaiono spesso sfuggenti.

Con previsione generale e astratta, il codice civile vigente, all'art. 458, sancisce la nullità dei patti successori: «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 *bis* e seguenti², è nulla ogni convenzione con cui taluno dispo-

2. Si tratta della disciplina relativa al patto di famiglia (L. 14 febbraio 2006 n. 55).

ne della propria successione. È del pari nullo ogni atto con il quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi». La norma rende esplicita la tricotomia, di origine dottrinale, costituita rispettivamente dai patti successori istitutivi, dispositivo e rinunciativi. Nonostante l'apparenza di una categoria dogmatica, si tratta di figure eterogenee, che però riconoscono come elementi comuni l'esistenza di un negozio non testamentario – contratto, o talora atto unilaterale – e il riferimento a una successione non ancora aperta.

Sono patti successori istitutivi le convenzioni contrattuali a causa di morte con le quali una parte attribuisce all'altra dei beni in vista e in ragione della propria morte, e tale attribuzione può essere a titolo gratuito o oneroso, nonché a titolo universale o particolare, traguardando nel primo caso l'istituzione di erede, nel secondo caso il legato. Essi determinano una vocazione irrevocabile da parte del loro autore. Si tratta – scrive la Lo Iacono (p. 14) – a proposito del patto istitutivo «di un atto che è *mortis causa* e al contempo *inter vivos* e che costituisce, dunque, un'inaccettabile alternativa al testamento, unica fonte lecita di vocazione volontaria», stante il *vulnus* inferto alla revocabilità che lo connota.

Il patto dispositivo è un negozio *inter vivos* – non incidendo in via diretta sul fenomeno successorio – con cui un soggetto dispone dei diritti che possono derivargli dalla successione, non ancora aperta, dell'altra parte o di un terzo. Se a titolo gratuito, conferma la nullità della donazione di cose future (art. 771 comma 1 c.c.), se a titolo oneroso, si pone come una deroga alla ammissibilità della vendita delle stesse (artt. 1478 ss. c.c.). La nullità non può essere sanata dall'eventuale adesione al patto prestata dal *de cuius*.

I patti rinunciativi consistono, appunto, nella rinuncia a una eredità non ancora delata. Sono anch'essi negozi *inter vivos*, a titolo gratuito o oneroso.

Come già detto, il codice colpisce con la medesima e indistinta sanzione di nullità tutte e tre le pur diverse tipologie di patti, ma non è agevole la comprensione di tale scelta normativa, per vari aspetti anacronistica, non condivisa da altri ordinamenti, criticata in dottrina e tendenzialmente di applicazione circoscritta da parte della giurisprudenza.

Proprio in chiave critica, quanto ai patti istitutivi, l'A. ritiene che la facoltà di revoca non integri un carattere proprio dell'atto *mortis causa* in generale, ma soltanto del testamento, onde la revocabilità di questo non è incompatibile con la irrevocabilità del contratto successorio. D'altronde

de non convince l'argomento relativo alla salvaguardia dell'assoluta spontaneità della determinazione, la quale non dovrebbe essere condizionata dall'affidamento che si crea in un altro soggetto, né sembrano ostative motivazioni legate a norme costituzionali: anche se l'art. 42 comma 4 Cost. menziona soltanto la successione legittima e testamentaria, ciò è dovuto sia al contesto storico sia all'intento di tutelare la forma volontaristica di vocazione³. Tuttavia, se tale scelta può destare fondate perplessità su un piano di politica normativa, non si può affermare che essa, *de iure condito*, sia priva di ragioni tecniche, dal momento che il codice (art. 457 comma 1) dispone che l'eredità si devolve per legge o per testamento. Con riferimento ai patti dispositivi e rinunciativi, invece, anche le ragioni tecniche vengono meno, onde la loro messa al bando può semmai ricollegarsi a una pretesa pericolosità. Dal canto suo però discutibile, in quanto la libera determinazione del *de cuius* rimane comunque intatta, sia che egli partecipi all'accordo, caso peraltro infrequente, sia *a maiori* che ne rimanga estraneo. Né convince l'intento etico di evitare in tal modo speculazioni sulla morte di una persona, con relativo auspicio di tale evento in vista di un tornaconto personale, perché anche altri istituti, non colpiti da divieto (rendita vitalizia, usufrutto, assicurazione sulla vita, ecc.), non evitano simili calcoli (d'altronde, aggiungerei, anche un legittimario e un soggetto informato della propria istituzione in erede possono indulgere al c.d. *votum corvinum*). Che poi si tratti, nella circostanza, di mire poco nobili appare evidente, ma è altrettanto illusorio per qualsiasi legislatore pensare di eliminarle in radice.

Rientrano nel divieto di cui all'art. 458 c.c. anche i contratti successori con efficacia obbligatoria, tramite i quali un soggetto si obbliga a destinare *mortis causa* i propri beni in una certa direzione – per esempio a istituire erede Tizio o Caio – ovvero a disporre dei diritti spettantigli su una successione futura o a rinunciare ad essi, infatti le già viste (ancorché magari non condivisibili) ragioni che stanno alla base del divieto dei patti successori 'reali' si riflettono sull'atto che vincola in tal senso, sia esso un contratto o – quantunque con oscillazioni giurisprudenziali – una promessa unilaterale.

3. Che i Costituenti non potessero menzionare una terza forma di vocazione è più che evidente, esprimo tuttavia qualche riserva circa la pretesa di taluno di scorgere nell'art. 42 comma 4 una sorta di viatico ai patti successori.

Peraltro, in applicazione del Regolamento UE n. 530 del 2012, è possibile non solo il riconoscimento, ma anche la conclusione in Italia di patti successori tra il cittadino di uno Stato che ne ammette l'impiego e un cittadino italiano, previa elezione in proposito della legge dello Stato estero. Si tratta di una sintomatica apertura nei confronti una figura giuridica che, pur colpita da divieto nel nostro Paese, non è ritenuta contraria all'ordine pubblico internazionale.

Vengono poi passati in rassegna istituti o figure di non tranquillante validità presenti più o meno diffusamente nella prassi, con i quali i consociati mirano a programmare in varia guisa la propria successione, campo nel quale in linea di massima il discrimine tra divieto e ammissibilità riflette la distinzione tra gli atti *mortis causa* e quelli con effetti *post mortem*. Sono valutati a tal fine, in rapida successione, la donazione a causa di morte, il contratto a favore di terzo con prestazione da eseguire dopo la morte dello stipulante, il negozio condizionato alla nomina a erede da parte di un terzo, l'inclusione nella divisione di beni di una futura successione, il mandato *post mortem*, la promessa di retribuire servizi resi attraverso lasciti testamentari, le clausole statutarie di continuazione della società con l'erede, le clausole di consolidazione, il patto di famiglia, il *family trust*, la separazione e il divorzio (con riferimento alle concessioni che un coniuge, temendo l'addebito e la connessa esclusione successoria, può proporre all'altro onde addivenire a una consensuale).

Concludono il I capitolo una lucida disamina sui motivi che ad avviso dell'A., del resto in linea con una diffusa persuasione dottrinarica, consiglierebbero l'eliminazione del divieto di cui all'art. 458 c.c., e un paragrafo finale sulle ragioni che secondo la Lo Iacono stanno alla base del divieto stesso tuttora operante.

Circa il primo punto, l'inibizione del contratto a causa di morte è da ritenersi anacronistica e limitativa di istanze che la società contemporanea manifesta con positivo riscontro in altri settori giuridici. Tanto è vero che dottrina e giurisprudenza si sono prodotte da tempo in uno «sforzo di erosione del divieto», incentrato in particolare sulla distinzione tra atti *mortis causa* e atti *post mortem*, assurta a perno pressoché esclusivo dell'intera problematica, pur incontrando ostacoli non lievi nella labilità di tale linea di demarcazione sul piano dogmatico, e nella prudenziale vischiosità della prassi notarile su quello applicativo.

In realtà l'istituto del testamento, a lungo ipostatizzato e ancora formalmente al centro del fenomeno 'successione *mortis causa*' (salvi i diritti dei legittimari), è rimasto fermo all'epoca di pubblicazione del codice civile, mentre negli ultimi ottant'anni le trasformazioni sociali, lo sviluppo economico, la centralità acquisita della ricchezza mobiliare, che postula per la sua trasmissione la flessibilità del contratto rispetto al 'monolitismo' testamentario, la necessità di un'immediata pianificazione e di un rapido procedere delle determinazioni patrimoniali anche oltre la morte del disponente, stentano a coniugarsi con un istituto ancora in buona misura debitore alla tradizione romanistico-pandettistica. Le esigenze di una stabile funzionalità futura da assicurare all'impresa, la necessità di superare un rigido rapporto tra la struttura parentale e un sistema successorio connotato da una *reductio ad unum* fonte di astrazione dai concreti interessi umani e dalle tipologie dei beni implicati, postulano ulteriormente in tal senso una liberalizzazione della volontà dell'ereditando di segno diverso rispetto a quella che la struttura del testamento, sul baricentro dell'inviolabile mutevolezza, si propone ancora di garantirle.

Circa il secondo punto, l'A. prospetta l'ipotesi che il fondamento del divieto dei patti successori, in particolare istitutivi e rinunciativi, non risieda *in primis* nell'intento del legislatore di assicurare *de cuius* un insindacabile *ius poenitendi*, quanto piuttosto nella preoccupazione di salvaguardare la concreta applicabilità dei canoni relativi alla successione necessaria. Nel patto successorio istitutivo è infatti insito il pericolo di una possibile lesione dei diritti dei legittimari, in quanto il frazionamento in fasi temporali dell'asse ereditario renderebbe più arduo, alla morte dell'ereditando, collazionare idealmente i vari cespiti che integrano il compendio sul quale si calcola la quota di riserva, e d'altra parte il patto istitutivo implica *ex necesse*, come una sorta di altra faccia della medaglia, il patto rinunciativo, senza il quale il primo non sarebbe in grado di garantire la realizzazione del fine a cui tende. Si tratta peraltro di una ragione che la Lo Iacono non giudica più valida, almeno nei termini in cui ora si pone, e pur prendendo le distanze dalle proposte – che non sono mancate – di un'abolizione *tout court* della successione necessaria, l'A. ne auspica una globale rimodulazione sia in chiave riduttiva della quota di riserva, sia in quella di una più aderente corrispondenza tra il lascito garantito e le effettive necessità del legittimario, anche con riguardo al ruolo giocato da quest'ultimo nel contesto familiare in vita del *de cuius*.

In tal senso il patto successorio – accompagnato da precise garanzie di pubblicità e di tutela della genuinità del volere, specie qualora diretto a una rinuncia ereditaria – si presenta per la studiosa come «l'unico strumento giuridico» in grado di rispondere alle esigenze economiche e sociali del tempo presente.

3. Anche per il Codice civile svizzero (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch* [ZGB] - *Code civil suisse*) la vocazione è legittima o volontaria, però quest'ultima ha come fonte non solo il testamento, ma anche il contratto. Come nel Codice civile italiano, le norme sulla vocazione per legge precedono quelle sulla chiamata per volontà dell'ereditando (rispettivamente artt. 457 ss., artt. 467 ss. ZGB). Inoltre, con soluzione opposta a quella dell'esperienza giuridica romana, è qui pure operante la concorrenza delle due forme di vocazione (art. 481 comma 2 ZGB).

Sono peraltro tutelati i diritti dei più prossimi congiunti (discendenti, genitori, coniuge), onde la devoluzione legata alla volontà non può eccedere la quota disponibile, e al fine di reintegrare la *portio debita*, i legittimari dispongono di rimedi analoghi a quelli previsti dall'ordinamento italiano.

Il testamento è atto unilaterale e unipersonale di ultima volontà, revocabile senza limitazioni da parte del suo autore, valendosi di una delle forme prescritte per la sua redazione (art. 509 comma 1 ZGB).

Il contratto successorio (Erbvertrag), di cui peraltro il codice non fornisce la nozione, è negozio giuridico bilaterale a causa di morte, a titolo oneroso o gratuito, posto in essere da (almeno) due soggetti, disponente e contraente. Trattandosi di un contratto, mentre la revoca bilaterale è sempre possibile (per atto scritto), quella unilaterale è ammessa soltanto in casi eccezionali (vizi della volontà, comportamento di erede o legatario che integra una causa di diseredazione, prestazioni non corrisposte o non garantite)⁴.

Anche il diritto svizzero fissa la distinzione tra atti *mortis causa*, che in vita dell'ereditando conferiscono ai beneficiari delle mere aspettative successorie sfinite di azione, producendosi gli effetti al momento della morte, e atti tra vivi, che producono i loro effetti già vivente il *de cuius*: così,

4. La caducità *ex lege* di cui all'art. 515 ZGB, il quale prevede che il contratto sia sciolto se l'erede o il legatario non sopravvive al disponente, è inserita (317) tra le cause di recesso unilaterale, ma si tratta di un modo di esprimersi ellittico (cfr., correttamente, 156).

anche se la prestazione è esigibile solo al tempo della morte, il credito può diventare oggetto di cessione o pignoramento in vita dei contraenti.

Prima della redazione dello ZGB, entrato in vigore nel 1912, l'atteggiamento dei cantoni nei confronti di tale figura giuridica appariva tutt'altro che uniforme: quelli francofoni, influenzati dal divieto presente nel *Code civil* francese, erano contrari, quelli della Svizzera tedesca ne ammettevano invece l'operatività. Eugen Huber, il padre del Codice elvetico, e Virgile Rossel, suo stretto collaboratore – svizzero di cultura francese ma anch'egli professore nell'Università di Berna –, optarono con decisione per quest'ultima via. Significativo in tal senso il rilievo del Rossel, secondo il quale nei Paesi ostili all'istituto si ricorreva a ogni *escamotage* per trovarne dei surrogati. A ennesima riprova che anche nelle discussioni giuridiche un argomento diventa reversibile a seconda degli angoli visuali, si può infine constatare che mentre per la *forma mentis* del legislatore italiano il divieto presidia la libertà di chi dispone della propria successione ereditaria permettendogli un pentimento *ad libitum*, per i codificatori elvetici è proprio il favore accordato ai patti successori a garantire al *de cuius* una libertà più piena, in quanto gli assicura un mezzo che si aggiunge al testamento, consentendogli, se di questo avviso, di vincolarsi ancora in vita.

Sono ammessi dall'ordinamento elvetico il patto istitutivo (*Erbeinsetzungsvertrag* e *Vermächtnisvertrag*, art. 494 ZGB), con il quale il *de cuius* istituisce erede l'altra parte o un terzo oppure dispone un legato a favore degli stessi, e il patto rinunciativo (*Erbverzichtsvertrag*, art. 495 ZGB), con il quale il disponente stipula con un chiamato presuntivo – in genere un legittimario – la rinuncia, totale o parziale, alla successione, onde questi non sarà più considerato erede nella devoluzione dell'eredità, né, se non sia diversamente convenuto, lo saranno i suoi discendenti (che tuttavia non devono intervenire nella conclusione del contratto). Nel patto istitutivo a vincolarsi è il disponente, in quello rinunciativo si vincola invece il contraente, privandosi del diritto a succedere, anche se il codice chiama 'disponente' soltanto il *de cuius*.

Non è invece ammesso il patto dispositivo, con il quale un erede presuntivo dispone della quota che gli spetta di un'eredità non ancora aperta a vantaggio di un coerede o di un terzo, salvo che il *de cuius* intervenga e presti il proprio consenso (art. 636 comma 1 ZGB). Il che toglie all'accordo il carattere dell'immoralità e storna il pericolo altrimenti gravante su un *de cuius* ignaro.

Con il patto istitutivo il disponente conserva tuttavia la libera disponibilità dei propri beni e il beneficiario non ha possibilità di porre in essere atti impeditivi, salva una facoltà di intervento in alcuni casi specifici: per esempio se il contratto è oneroso può recedere dallo stesso. Inoltre, poiché alla morte dell'ereditando quella che prima può considerarsi un'aspettativa del beneficiario assurge a vero e proprio diritto soggettivo, egli può contestare le disposizioni a causa di morte e le donazioni incompatibili con le obbligazioni derivanti dal contratto successorio (art. 494 comma 3 ZGB). Gli atti a titolo oneroso, ancorché risultino eventualmente lesivi, sono invece in genere inoppugnabili.

Il patto rinunciativo a titolo oneroso – assai più frequente nella prassi rispetto a quello a titolo gratuito – presenta i caratteri del negozio aleatorio, in quanto il rinunciante non sarà comunque ammesso alla divisione dell'eredità, ancorché la controprestazione ricevuta si riveli assai inferiore a quanto gli sarebbe spettato come erede. Né d'altro canto il *de cuius* può ottenere un totale o parziale recupero della prestazione corrisposta se in seguito comprende che questa è stata troppo elevata, o se il rinunciante gli premuore.

Il contratto di rinuncia è inoltre soggetto alla riduzione, come le disposizioni *mortis causa* (art. 527 comma 2 ZGB), qualora la controprestazione ecceda l'entità della riserva a cui avrebbe avuto diritto il rinunciante. Infatti tale cespite, alla morte dell'ereditando, entra a far parte del compendio sul quale si opera il calcolo della quota disponibile e della quota di riserva. La riduzione riguarda solo la parte eccedente il valore della legittima che sarebbe spettata al rinunciante, applicandosi in generale le regole in tema di collazione. Il rinunciante tenuto alla restituzione totale o parziale della controprestazione ha tuttavia facoltà di ritornare erede, partecipando come tale alla divisione previo conferimento di quanto conseguì per la rinuncia, e con l'ovvio corollario dei diritti e degli obblighi che tale qualifica comporta. Si tratta in definitiva di un (raro) caso di recesso unilaterale.

Per il patto successorio è richiesta a pena di nullità la forma – principale o secondaria – del testamento pubblico (art. 512 ZGB), se tuttavia il difetto riguarda formalità minori, si applica tendenzialmente il canone interpretativo del *favor testamenti*.

Sono previsti dal codice due rimedi per ottenere l'inefficacia, totale o parziale, di un atto *mortis causa*: in primo luogo l'azione di nullità, per mancanza della capacità di disporre, presenza di vizi del volere che esclu-

dono la genuinità dello stesso, illiceità della disposizione come tale o per la condizione che vi è apposta, e vizi relativi alla forma; inoltre l'azione di riduzione, che consente ai legittimari di ottenere la quota di riserva attraverso la congrua riduzione degli atti di liberalità *inter vivos*, e *mortis causa*.

Nell'ultimo paragrafo del capitolo vengono esaminate, ricorrendo anche a dei grafici, alcune fattispecie ricorrenti nella pratica, in cui la pianificazione ereditaria caratterizzata da un determinato assetto di interessi può essere raggiunta, in modo piano e inattaccabile, soltanto attraverso una combinazione mirata di patti successori istitutivi e rinunciativi, sistema che infatti registra una netta preferenza da parte dei consociati, in particolare con riguardo al destino delle piccole e medie imprese. Anche per tali ragioni – conclude l'A. – la programmata riforma del diritto di famiglia e del diritto successorio svizzero tesa all'adeguamento degli stessi «agli odierni modi di vita» difficilmente inciderà sulla disciplina dell'istituto in misura sensibile.

3. Il diritto romano, al quale si fa comunemente risalire l'origine dell'attuale divieto dei patti successori, non ha conosciuto tale categoria dogmatica, valutando determinati atti collegati in varia guisa all'evento morte di un soggetto, sui quali i giuristi e la cancelleria imperiale si pronunciavano di volta in volta in termini di approvazione o di condanna.

Proprio per questo l'A. premette *in limine* alla trattazione relativa all'esperienza giuridica romana, di cui al III e ultimo capitolo del libro, che la griglia concettuale a cui farà riferimento è quella elaborata dalla dottrina moderna ed esplicitata in particolare nel capitolo dedicato al diritto italiano: patto successorio in generale, patto istitutivo – che è poi l'oggetto precipuo dell'indagine giusromanistica che seguirà –, patto dispositivo, patto rinunciativo.

Ne deriva come corollario che, insieme con bilateralità e riferimento a una successione non ancora aperta, è carattere qualificante del patto successorio l'irrevocabilità (ad arbitrio del disponente): è vero infatti che la parti potrebbero convenire che dal patto si possa recedere, ma, se tale facoltà fosse limitata, si tratterebbe di eccezioni alla regola dell'irrevocabilità, se invece si ponesse come connotato normale, vanificherebbe l'intento che in genere le parti perseguono con tali tipologie di accordi. Invero il presupposto della irrevocabilità non è considerato essenziale da alcuni studiosi, come per esempio Giulio Vismara, ma ciò dipende da un'opzione di partenza che non coincide con quella della Lo Iacono, fondata sull'attuale

nozione. Non vengono pertanto inclusi tra i patti successori gli atti *mortis causa* bilaterali ma revocabili, che pure sono presenti nella storia del diritto, ma che sono da ritenersi negozi con proprie individualità accomunabili ai patti successori veri e propri solo sul piano degli intenti.

D'altronde il diritto romano non ha fornito neppure la nozione dei negozi *mortis causa*, contrapposti a quelli *inter vivos*, conoscendo come categoria generale soltanto quella designata con l'espressione *mortis causa capere* (D. 39.6.8 pr., Ulp. 7 *ad Sab.*), riguardante più l'effetto (*quidquid propter mortem obvenit*) che l'atto in sé considerato, che del resto la dottrina maggioritaria non ritiene riferibile agli acquisti ereditari (*hereditas, legatum, fideicommissum*), ma a figure diverse, come la *donatio mortis causa*, la *datio condicionis implendae causa*, la *dos recepticia* convenuta *in mortem mulieris*, e altre ancora, di natura residuale.

Invero l'A. non si nasconde che la propria opzione può incontrare dissensi – e accenna in proposito alla *vexata quaestio* che vide come strenui campioni sui fronti opposti Emilio Betti e Pietro De Francisci –, ma la difende argomentando che una verifica dell'atteggiamento del diritto romano nei confronti di una figura giuridica dallo stesso non elaborata in modo compiuto, ma il cui attuale divieto viene ricollegato proprio a quell'esperienza giuridica, assai difficilmente può adottare un punto di partenza diverso da quello che si identifica nel concetto presente. Come del resto – aggiungo io – si riscontra, con motivata giustificazione o *de facto*, nelle pregresse ricerche sul tema.

Si passa poi a verificare il fondamento della condivisa persuasione dottrina, secondo la quale il diritto romano non avrebbe ammesso alcuna tipologia di patto successorio per via dell'immoralità intrinseca a un atto che incide sulla libera determinazione negoziale *mortis causa*, producendo, quanto al patto istitutivo, l'inammissibile effetto di impedire al *de cuius* ogni modifica della propria volontà fino all'ultimo istante di sua vita, giusta la celebre massima ulpiana (D. 34.4.4, Ulp. 33 *ad Sab.*) «*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*».

Quanto all'argomento legato all'immoralità, l'A. prende in esame due passi, D. 45.1.61 (Iul. 2 *ad Urs. Fer.*) e C. 8.38.4 (Diocl. Max., a. 293). Nel primo Giuliano dichiara invalida, in quanto *contra bonos mores*, la stipulazione così formulata: «*si heredem me non feceris, tantum dare spondes?*». Il rescritto imperiale sancisce la nullità di una *stipulatio* riguardante una

successione futura, poiché, di nuovo, contraria ai *boni mores*. Entrambi i testi alludono a stipulazioni con cui un soggetto si obbliga a disporre a causa di morte dei propri beni in una certa direzione, onde l'A. tiene a precisare che immorale è propriamente il vincolarsi a compiere un atto *mortis causa* che nel sentire dell'etica sociale deve mantenersi integralmente libero. Analogamente, Valeriano e Gallieno (C. 2.3.15, a. 259) dichiarano nullo il patto incluso in uno strumento dotale con cui un padre si obbliga a istituire eredi in parti uguali la figlia nubenda e il fratello della donna. Il patto – precisano gli imperatori – non produce effetti di sorta e il genitore paciscente conserva piena libertà di disporre per testamento delle proprie sostanze («[*pactum*] *nec libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre*»). La sanzione tuttavia si limita alla invalidità del patto, coloro che lo pongono in essere non sono colpiti da indegnità a succedere. Proprio per tale motivo, come l'accordo non dà vita ad alcun vincolo azionabile, così il successivo testamento che in ipotesi si adegui al patto risulta pienamente valido. Anche altri testi dichiarano invalidi i patti di istituire erede Tizio o Caio, senza tuttavia prevedere ulteriori sanzioni.

Non disponiamo invece di testimonianze relative all'obbligazione di disporre un legato a favore di taluno, ma è da credersi che i termini della questione non sarebbero mutati.

L'A. – che si vale sul punto delle ricerche del Vismara – ricollega la contrarietà al buon costume dei patti successori che ha connotato la dottrina dominante alla commistione tra patti successori e obbligazioni di istituire erede sorta nell'ambito delle scuole dei glossatori e dei commentatori.

Lungo tale percorso critico, anche la vicenda del testamento di Tolomeo VII Evergete (155 a.C.), che presupponeva – vivente il sovrano – una difesa militare del regno in cambio del lascito ereditario del medesimo al popolo romano, nonostante le implicazioni politiche che ne inquinano la valutazione tecnica, depone per la citata assenza di ostilità ai patti successori. Né può parlarsi di ripulsa aprioristica verso atti a causa di morte bilaterali e irrevocabili, stante la presenza di altre figure che, sebbene diverse dai patti successori, presentano taluni caratteri analoghi, come il testamento reciproco – inteso come reciproche istituzioni in erede –, se dovuto a mutuo affetto e non a finalità captatorie, o come il testamento congiuntivo e reciproco ammesso per privilegio imperiale nel rapporto tra coniugi dalla Nov. Val. 21.1 del 446.⁵

5. Alla pagina 201 '426' è un refuso. Anche se viene qui focalizzato un aspetto sintomatico

La Lo Iacono individua un ulteriore elemento di prova circa l'assenza di ostilità dei Romani nei confronti dei patti successori istitutivi nella chiara avversione degli stessi rivolta invece ai patti dispositivi, con i quali un soggetto disponeva dell'eredità non ancora delata di un terzo, che presumeva gli sarebbe toccata. Le ragioni di tale invalidità risiedevano da un lato, sul piano tecnico-giuridico, nell'inesistenza dell'oggetto del negozio (D. 18.4.1, Pomp. 9 *ad Sab.*), dall'altro nell'immoralità connessa al *votum captandae mortis*, comportando stavolta la sanzione dell'*indignitas*, come si evince da D. 39.5.29.2 (Pap. 10 *resp.*), ove si dichiara la nullità di una donazione relativa a beni della *cognata* più vicina in grado da parte del presunto *bonorum possessor*, che, morta la donna, viene poi escluso dall'acquisto successorio in quanto – se la motivazione è genuina – resosi colpevole di un atto *contra bonos mores et ius gentium*.

Quest'ultima ragione peraltro non è legata soltanto a profili di carattere etico, ma anche alla necessità di risparmiare al terzo ignaro della cui eredità altri dispongono non solo indirizzi di malaugurio, ma anche veri e propri pericoli, per la diffusa pratica di prestiti concessi da usurai a giovani inesperti e dediti al vizio, con termine di restituzione fissato all'acquisto dell'eredità paterna. In via di eccezione Costantino (C.Th. 2.24.2, del 327) ammette il patto dispositivo con cui i figli dividono tra loro l'eredità della madre, a condizione che quest'ultima partecipi all'accordo e non muti volontà fino al momento della morte. Si tratta pertanto di un *de cuius* consapevole e che rimane libero di disporre dei propri beni. Giustiniano (C. 2.3.30, del 531) conferma tale possibilità e la generalizza, prevedendone la liceità non solo rispetto a un'eredità materna. Dalla costituzione, che ricorda l'avversione dei *veteres* per simili patti *contra bonos mores*, emerge in modo chiaro che soltanto la presenza e il consenso dell'ereditando sono in grado di legittimare accordi altrimenti esecrabili e «carichi di potenzialità tristissime e pericolose». L'A. da un lato nega che in tale figura giuridica si possa riconoscere un patto istitutivo, perché il consenso prestato dal *de cuius* è revocabile, dall'altro sottolinea le assonanze con il diritto svizzero, che vieta il patto dispositivo ritenendolo immorale, ma che ne ammette l'operatività se il *de cuius* prende parte al negozio (art. 636 comma 1 ZGB),

più che un dato normativo come tale, forse sarebbe stato opportuno rilevare che la legge di Valentiniano III è rimasta fuori dal *Corpus Iuris* e ci è nota soltanto attraverso il *Breviarium*.

rimanendo anch'egli libero di disporre dei propri beni (non però di revocare il proprio *placet*).

Anche l'opinione tradizionale che ricollega l'invalidità dei patti alla loro irrevocabilità, la quale minerebbe in radice il carattere inalienabile della volontà testamentaria come determinazione libera, spontanea, passibile di mutamento e cancellazione *ad libitum*, viene sottoposta a critica attraverso l'esame di figure conosciute dall'esperienza giuridica romana che, quantunque *mortis causa*, non presentano tale connotazione.

Premessa un'affermazione del Vismara secondo il quale la concezione del testamento come atto *mortis causa* unilaterale e revocabile trova stabile dimora soltanto nell'età classica, l'A. passa in rassegna una serie di figure, in particolare dell'epoca arcaica, che, pur votate a un assetto *post mortem* del patrimonio di un soggetto, non furono connotate dal requisito della revocabilità. Si tratta dell'*adrogatio* in funzione di acquisizione di un *heres suus* da parte del *pater familias* che ne era privo, del *testamentum calatis comitiis* – in sé revocabile ma soltanto mediante un nuovo testamento comiziale e i comizi curiati si riunivano a tal fine solo due volte all'anno, il 24 marzo e il 24 maggio, dopo tale data occorreva pertanto attendere dieci mesi –, la *mancipatio familiae mortis causa*, atto di alienazione bilaterale e irrevocabile, che, a giudizio della Lo Iacono (215), una volta che fu ammessa la possibilità di dilazionare gli effetti del negozio alla morte del *mancipio dans*, costituirebbe «un vero e proprio patto successorio istitutivo, del quale presentava tutte le qualità essenziali: bilateralità, carattere *mortis causa* e irrevocabilità».

D'altronde anche quando, approdati alla forma del *testamentum per aes et libram*, si giunse alla revocabilità in senso proprio, diversa appariva la situazione nel diritto civile e in quello pretorio, ché esclusivamente in quest'ultimo – il quale fondava la concessione della *bonorum possessio* agli eredi istituiti sull'evidenza materiale dell'integrità delle tavole cerate e dei sette sigilli – per la revoca non si richiedeva la confezione di nuove *tabulae* (valide), rilevando a tal fine la distruzione o il danneggiamento di quelle che si intendeva porre nel nulla (più complessa la problematica circa le alterazioni relative allo scritto, a seconda delle diverse valenze legate alla volontarietà o meno delle cancellature e ai loro effetti sulla leggibilità del testo). Inoltre quest'ultimo risultato meramente abdicativo non si affermò in modo rapido e lineare, ma attraverso l'influenza sinergica non solo del

diritto onorario, ma anche del *testamentum militis*, del fedecommesso e del codicillo, il tutto nel quadro del progressivo appiattimento dei due ordini di norme e della riflessione giurisprudenziale dell'età del principato. Esso raggiunse poi un assetto compiuto e formalizzato con la legislazione giustiniana (C. 6.23.27, del 530; C. 6.23.30, del 531).

Con riferimento all'arco storico complessivo dell'esperienza giuridica romana, secondo il pensiero dell'A., né la revocabilità né l'unilateralità possono dunque ritenersi radicalmente incompatibili con la struttura e lo statuto dogmatico dell'atto a causa di morte.

D'altronde anche la valenza dell'espressione *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, di cui a D. 34.4.4 (Ulp. 33 *ad Sab.*), è stata eccessivamente enfatizzata fino a elevarla a "manifesto" dell'irrevocabilità quale imprescindibile requisito degli atti *mortis causa*. In realtà Ulpiano non esprime un principio generale – e, aggiungerei io, non lo creano in fondo nemmeno i compilatori del Digesto, che evitano di estrapolare in modo radicale la frase dal suo contesto originario –, ma, collegandosi al frammento pure ulpiano (24 *ad Sab.*) che viene subito prima (D. 34.4.3.11), si inserisce nell'ipotesi specifica di una *tacita ademptio legati vel fideicommissi* per l'insorgere di una capitale inimicitia tra il testatore e l'onorato del lascito. Secondo il giureconsulto, intervenuta la riappacificazione tra i due («*quod si iterum in amicitiam redierunt et paenituit testatorem prioris offensae*»), il legato o il fedecommesso riacquista validità («*redintegratur*») proprio per l'importanza decisiva da riconoscersi all'atteggiarsi della *voluntas testantis*, soggetta a mutare nel tempo in rapporto a varie evenienze.

Viene poi valutata l'effettiva sussistenza del divieto dei patti successori istitutivi, e a tal fine si procede all'esegesi di tre testi.

Nonostante le apparenze, non è tale l'atto *mortis causa* posto in essere per iscritto da due fratelli militari in procinto di recarsi a combattere, il quale prevede che colui che sopravvive all'altro ottenga i beni del congiunto: non si tratta per Diocleziano e Massimiano (C. 2.3.19, del 290) né di una *donatio mortis causa*, né di un patto successorio istitutivo, ma di un *testamentum militis* reciproco, ritenuto efficace dagli imperatori soltanto in ragione del privilegio di testare *quomodo velint et quomodo possint* concesso ai soldati. Il rescritto, indirizzato a *Victorianus miles* – il fratello sopravvissuto –, tiene a precisare *in limine* che un simile negozio non avrebbe sortito

effetti se fosse stato posto in essere da civili, e ciò, è da intendersi, proprio in quanto patto successorio istitutivo a titolo universale. A giudizio dell'A., dal tenore del rescritto è peraltro possibile evincere l'inesistenza di una radicale ostilità nei confronti di atti bilaterali *mortis causa*.

Il rescritto diocleziano in C. 5.14.5, pure del 290, dichiara con piglio deciso la nullità del patto incluso in uno strumento dotale con il quale il marito costituente la dote si è riservato, alla morte delle moglie, l'attribuzione di quei beni che non gli spettano *dotis titulo*. «*Hereditas extraneis testamento datur*», ammonisce in apertura la norma imperiale, pertanto un *pactum vice testamenti* non conferisce al supplicante alcuna azione nei confronti dei successori della donna affinché questi gli restituiscano *quae nullo modo debentur*. Un'istituzione in erede contrattuale è infatti incompatibile con i canoni del diritto ereditario romano, tuttavia – tiene a distinguere l'A. – il rescritto riguarda il patto successorio istitutivo a titolo universale, e non anche quello a titolo particolare, inoltre esso dimostra ulteriormente che a parte la nullità del patto, nessun'altra sanzione, come l'indegnità – destinata invece ai paciscenti in caso di accordo dispositivo –, colpisce gli autori di un patto istitutivo.

Un vero e proprio patto successorio istitutivo a titolo particolare è individuato nel testo di Cervidio Scevola (2 *resp.*) in D. 23.4.29.2. Una donna, costituendo la propria dote, «dispone»⁶ che qualora muoia in matrimonio i beni dotali spettino al fratello, il quale dal canto suo interpone una *stipulatio* in tal senso. Morte la donna in costanza di matrimonio, risulta che ella ha legato al marito e ad altri beni dotali e manomesso servi pure dati in dote. Interrogato in proposito, il giureconsulto risponde che il marito è tenuto nei confronti del fratello della moglie per i legati e gli schiavi gravanti sulla dote, «*cum iam heredes defunctae tam legatariis quam libertatibus obnoxii sint*». Egli è dunque obbligato nei confronti del *frater mulieris*, poi potrà rivalersi sperando l'*actio de legato* contro gli eredi della moglie, in quanto costoro devono rispondere dei legati e delle manumissioni disposti dal testatore. Si tratta pertanto – conclude l'A. – di un patto successorio istitutivo a titolo particolare, in quanto di tale figura giuridica ricorrono i caratteri della bilateralità, della natura di disposizione *mortis causa*, e della irrevocabilità, stante la *stipulatio* intercorsa e la considerazione per cui in

6. Così si esprime la Lo Iacono (p. 246), il testo tuttavia reca '*pacta est*': in argomento si veda *infra*.

caso contrario i legati e le manumissioni presenti nel testamento della donna avrebbero dato luogo a una revoca tacita, ancorché parziaria. Ne consegue che il diritto romano, mentre da un lato vieta il patto istitutivo a titolo universale, ossia riguardante l'*hereditas* (C. 2.3.19; C. 5.14.5), ammette la validità di alcune convenzioni riconducibili alla figura del patto istitutivo a titolo particolare. Tale presenza trova conferma in altre figure, che in taluni loro aspetti ne presentano i caratteri specifici, come la *mancipatio familiae mortis causa* e la *donatio mortis causa*.

Della *mancipatio familiae* l'A. aveva già delineato (p. 215) la sostanziale natura di patto successorio istitutivo a titolo particolare allorché essa si configurò in modo da produrre l'effetto attributivo dei beni non al momento della sua conclusione, come in origine – quando, come spiega Gaio (2.102), vi ricorreva colui che, privo di testamento (*calatis comitiis* o *in procinctu*), *subita morte urgebatur* –, ma soltanto alla morte del *mancipio dans*. A dire il vero, dal manuale di Gaio tale dato non emerge, tuttavia l'istituzionista, pur distinguendoli sul piano storico, considera in modo unitario come terza forma di testamento la *mancipatio familiae* e il *testamentum per aes et libram* e parla di *testator* anche con riferimento alla prima, onde la dottrina si mostra pressoché concorde nell'ammettere tale evoluzione. D'altra parte, pur nella necessaria consapevolezza di delineare un'ipotesi, da un lato è difficile credere che alla *mancipatio familiae* abbia sempre e solo fatto ricorso un soggetto in punto di morte, dall'altro, che il *de cuius* accettasse di privarsi della disponibilità delle proprie sostanze a tempo indefinito. Anzi, c'è chi ritiene che l'efficacia dilazionata abbia caratterizzato l'istituto fin dal suo sorgere. In definitiva si tratta di un negozio bilaterale e irrevocabile, i cui effetti si producono alla morte del disponente. Inoltre, proprio come negli atti *mortis causa*, suo oggetto è il patrimonio *de residuo*, perché vi sono ricompresi, se sussistenti alla morte dell'autore, anche i beni da lui acquistati dopo aver dato vita al negozio librare.

A proposito della *donatio mortis causa*, l'A. si impegna in un ampio e articolato *excursus*, che parte dall'evoluzione della *donatio* per poi addentrarsi nella problematica della donazione a causa di morte, oggetto peraltro di ricostruzioni dottrinali assai divaricate. Rimanendo sulle grandi linee, è noto che in età classica la donazione non è un negozio tipico ma una causa negoziale, che può accompagnare atti traslativi (c.d. *donatio in dando*), contratti come la stipulazione (c.d. *donatio in obligando*), atti di rimessio-

ne di un debito (c.d. *donatio in liberando*) come l'*acceptilatio* e il *pactum de non petendo*, tutti accomunati dallo spirito di liberalità, che si concreta in un'attribuzione patrimoniale definitiva, segno distintivo della *donatio* rispetto ad altri negozi a titolo gratuito – come comodato, deposito e mandato – che di tale carattere non sono partecipi.

Nella prima età tardoantica, e precisamente con Costantino, la donazione diventa un negozio specifico solenne e a formazione progressiva: sono richiesti l'atto scritto, la *traditio corporalis advocata vicinitate*, l'*insinuatio apud acta*. Imperatori successivi intervengono variamente sull'istituto ma non in modo incisivo, finché Giustiniano gli fornisce l'assetto finale, da un lato impedendo il pentimento del donante tra redazione dell'atto e *traditio* – quest'ultima diviene infatti ineludibile –, dall'altro pretendendo l'*insinuatio* soltanto per le donazioni di valore superiore a 500 solidi.

Ciò premesso, si passa a esaminare la *donatio mortis causa*, nella quale oltre a quella legata alla liberalità è operante anche la *causa mortis*, e qui il percorso ricostruttivo è reso più arduo dalla presenza di diversi problemi. Il primo riguarda l'origine – figura già presente in antico, o comparsa soltanto nell'età preclassica? –; il secondo la struttura e gli effetti dell'atto – il diritto classico conosce già la *donatio in dando* con trasferimento dei beni non immediato ma condizionato alla morte del donante, o soltanto quella, da ritenersi canonica, in cui il trasferimento avviene alla conclusione del negozio, salvo l'obbligo di restituzione qualora il donante eviti il pericolo assunto a motivo della liberalità o sopravviva al donatario? –; il terzo la portata della riforma costantiniana – riguarda anche la donazione *mortis causa*, o soltanto quella tra vivi? –; e soprattutto, come appare ovvio ai fini della presente ricerca, è possibile riconoscervi sul piano concettuale una sorta di patto successorio istitutivo (a titolo particolare)?

È intuitivo che le risposte fornite dagli studiosi ai precedenti quesiti sono tutt'altro che omologabili, ma il problema-chiave rimane l'ultimo – ove peraltro si pone in genere come decisivo il punto di partenza, ossia che cosa si intenda per patto successorio (in tal senso è chiaro, e più volte ribadito, il presupposto adottato dall'A.) – e in proposito occorre prescindere dalla *donatio* in cui l'effetto traslativo si produce immediatamente: questa va accantonata. Rimane la figura della *donatio mortis causa* in cui l'effetto è condizionato alla morte del donante. Seguendo l'opinione del Vismara, la Lo Iacono è propensa a dare risposta affermativa al problema. Si tratta

infatti – argomenta – di un atto unilaterale e irrevocabile (salvi i casi di scampato pericolo e di premorienza del donatario al donante, quest'ultimo peraltro unico caso se la donazione avviene *sola cogitatione mortalitatis*), che produce effetti alla morte del donante onde il donatario non dispone di alcun rimedio a difesa della propria aspettativa. Depono anche a favore l'avvicinamento progressivo delle donazioni a causa di morte ai legati, con finale equiparazione sancita da Giustiniano (C. 8.56[57].4, del 530; I. 2.7.1), che, pur fissando la regola generale della revocabilità, consente al donante di rinunciare alla stessa.

Viene quindi affrontata l'ultima grande tematica, relativa alla tutela dei diritti successori dei parenti più prossimi del *de cuius* (successione necessaria), in quanto funzionale alla disamina relativa ai patti rinunciativi e in specie a comprendere le ragioni del divieto di quelli a titolo universale.

Circa gli albori, anche qui la dottrina si divide tra quanti ritengono che il versetto della legge delle XII tavole (5.4) «*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*» sia interpretabile nel senso della possibilità accordata al *de cuius* di istituire eredi pure al di fuori della cerchia dei *sui*, e quanti invece, più numerosi e seguiti dall'A., sostengono che tale facoltà fosse esclusa, onde il *pater familias* non avrebbe potuto testare in presenza di *heredes sui*, né avrebbe potuto mutare le quote loro spettanti. Il che spiegherebbe anche l'impossibilità per i *sui heredes* di sottrarsi all'acquisto ereditario con tutte le conseguenze implicate. In base a un tale presupposto appare evidente che gli appartenenti alla famiglia *proprio iure* non correvano in origine alcun rischio di venire esclusi dalla successione per una scelta dell'avente potestà, ma in progresso di tempo l'affermarsi del testamento librato nel quadro evolutivo della società romana consentì al *pater familias* di istituire eredi prescindendo dal comune vincolo potestativo. Nasce così, prodotto della sagacia giuridica pontificale, lo strumento dell'*exheredatio*, con il quale il testatore diventa in grado di escludere dalla successione i propri discendenti, e di conseguenza acquista rilievo sempre maggiore il problema legato alla tutela dei più stretti congiunti del *de cuius*. In tale direzione si fa strada la regola per cui '*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*' (Gai 2.123) – corredata da precisi dettami formali per la diseredazione del figlio *heres suus*, della figlia, e degli ulteriori discendenti –, la quale comporta come conseguenza della preterizione dei *sui*, compresi i postumi, l'invalidità totale o parziale del testamento. Il pretore in parte

conferma in parte amplia tale tessuto di regole, estendendo la necessità di *heredis institutio* o di *exheredatio* nelle modalità previste anche nei riguardi di coloro che, pur non essendo dei *sui heredes*, rientravano tuttavia nella classe dei *liberi*, come i figli emancipati. Ai preteriti l'editto promette la *bonorum possessio contra tabulas*, determinando la rescissione del testamento e l'apertura della successione *ab intestato*.

Si tratta tuttavia, in ultima analisi, di una protezione soltanto formale, e perciò di agevole elusione: l'effettiva tutela su un piano di sostanza si ottiene allorché, per la spinta di un sentire morale più evoluto, viene attribuita ai predetti successibili, ancorché diseredati con tutti i crismi, la possibilità di impugnare il testamento che li esclude con attribuzione, *in toto* o *pro quota*, del compendio ereditario. È, questa, la vicenda della *querela inofficiosi testamenti*, anch'essa peraltro da tempo al centro di un inesausto dibattito dottrinale, e che – complice comunque l'influenza esercitata dal pretore⁷ – probabilmente ebbe origine nella prassi del tribunale dei centumviri. Tale collegio, che giudicava ancora secondo il rituale della *legis actio sacramento*, a partire dalla prima età imperiale incominciò ad accogliere le impugnative testamentarie proposte da stretti familiari del *de cuius* che lamentavano un'immotivata diseredazione, grazie a un felice artificio retorico imperniato sulla pretesa pazzia del testatore, giusta la considerazione che soltanto un insano di mente avrebbe potuto violare senza ragione l'*officium pietatis* che sta alla base dei rapporti familiari. I giuristi, tutt'altro che ignari della natura di *escamotage* del *color insaniae*, fornirono dal canto loro un autorevole supporto e in tal modo assunse un ruolo stabile la c.d. successione necessaria materiale.

A evoluzione matura, i soggetti diseredati – discendenti in potestà o emancipati, genitori, fratelli e sorelle – potevano esercitare la *querela* se non avessero ricevuto *mortis causa* o per atti tra vivi almeno un quarto di quanto sarebbe loro toccato in caso di successione *ab intestato*. In tal modo fanno il loro ingresso nel diritto ereditario romano il concetto della quota legittima, o *portio debita*, e, di riflesso, la categoria dei legittimari, a danno dei quali tale frazione dell'asse non può essere in alcun modo stornata. Su altro versante, all'antico rito della *legis actio* subentrò quello della corrente procedura cognizionale.

Da Giustiniano (C. 3.28.30, del 528; I. 2.18.3,6) viene introdotta l'*actio ad implendam legitimam*, che, disattivando il tal caso la legittimazione a

7. In argomento si veda *infra*.

esperire la *querela*, permette a coloro che abbiano conseguito a qualunque titolo cespiti inferiori alla quarta di integrare la quota di spettanza. Il testamento pertanto si caduca, con apertura della *successio ab intestato*, nel solo caso di integrale diseredazione dei riservatari. La Nov. 18.1-2, del 536, modifica l'entità della legittima (un terzo se i figli sono fino a quattro, la metà se sono in numero superiore); la Nov. 115, del 542, sistema definitivamente il quadro della successione necessaria, fissando in modo tassativo le cause che consentono al testatore di diseredare i legittimari – discendenti, ascendenti, (è probabile anche) fratelli e sorelle – per indegnità addebitale a costoro. L'inottemperanza a tali canoni fa cadere il testamento con subentro degli eredi *ab intestato* ma restano salve le altre disposizioni testamentarie.

Segue una rassegna conclusiva dedicata alle misure adottate in varie epoche dall'ordinamento per limitare le disposizioni liberali *inter vivos* e *mortis causa* a titolo particolare. Nella maggioranza dei casi esse miravano a una tutela polidirezionale, diretta ai familiari del disponente in vita dello stesso, agli eredi testamentari, ai legatari e fedecommissari, infine – nel campo che qui interessa – agli eredi necessari.

Quanto alla riduzione dei legati, si tratta della *lex Furia testamentaria* (primi decenni del II secolo a.C.), della *lex Voconia* (169 a.C.) e della *lex Falcidia* (40 a.C.). Fu quest'ultima a risolvere il problema in via definitiva, stabilendo che il testatore potesse disporre per legato fino a un massimo corrispondente a un quarto dell'asse ereditario, valutato al momento della morte del *de cuius*. In tal modo si manteneva un concreto interesse dei chiamati ad adire l'*hereditas*, con conseguente salvezza delle altre disposizioni contenute nelle tavole, legati ovviamente compresi. Nel campo dei fedecommissi analogo limite del quarto fu introdotto dal senatoconsulto Pegasiano (69-79 d.C.), poi si applicò anche alle donazioni a causa di morte.

Circa le liberalità tra vivi, la *lex Cincia de donis et muneribus* (propriamente un plebiscito, del 204 a.C.), vietò, salvo un nucleo di *personae exceptae* – i familiari più stretti –, le donazioni oltre una certa misura, peraltro a noi ignota. Si trattava tuttavia di una *lex imperfecta*, che non prevedeva l'invalidità dell'atto inibito, per cui sul piano pretorio era possibile rendere operante il divieto, tramite *denegatio actionis* oppure *exceptio* opposta al donatario, soltanto finché questi non avesse conseguito l'effetto della liberalità. Pur fonte di un'importante innovazione nel settore, la valenza

limitatrice della norma fu variamente circoscritta in età classica anche con l'introduzione della regola per cui il decesso del donante rendeva irrevocabile la liberalità (*morte Cincia removetur*). Alessandro Severo ammise che i legittimari potessero ottenere la revoca delle donazioni, ponendo così le basi della c.d. *querela inofficiosae donationis*; e a metà del IV secolo fu introdotta, anch'essa sulla scia della *querela inofficiosi testamenti*, la *querela inofficiosae dotis*. Quest'ultima, come quella relativa alle donazioni, divenne in seguito un'azione autonoma e fu esperibile anche nel caso in cui l'ereditando *donator* fosse morto senza aver lasciato testamento.

Per un lungo arco di tempo la problematica relativa al patto rinunciativo, con il quale un presunto erede rinuncia alla successione di un *de cuius* ancora in vita, non si affaccia all'attenzione giuridica romana. Da un lato infatti – secondo la teoria seguita dall'A. – ancora all'epoca delle XII tavole non era dato istituire eredi persone diverse dai *sui in potestate*, i quali d'altro canto non potevano sottrarsi all'investitura ereditaria, strettamente connessa alla continuità della famiglia e al perpetuarsi dei suoi culti. Al contempo le donne, tramite il matrimonio *cum manu*, entravano nella famiglia del marito e perdevano ogni diritto successorio in quella di origine, il che escludeva la necessità di estrometterle dall'*hereditas* in forza di impegni contrattuali. Anche quando, in seguito a un profondo mutamento storico-sociale, acquistò preminente rilievo la *familia proprio iure*, la possibilità virtualmente illimitata di diseredazione dei *sui* rendeva inutile qualunque ricorso ad abdicazioni di costoro nei riguardi di eredità non delate.

Tale esigenza viene invece avvertita in modo sempre più chiaro e incomincia a produrre tentativi di risposta allorché il sistema della successione necessaria materiale acquista stabilità, tanto è vero che il ricorso a figure assimilabili ai patti rinunciativi si riscontra nell'ultima fase dell'età classica, quando nei rapporti successori la valenza patrimoniale ha offuscato pressoché del tutto quella sacrale sollecitando pianificazioni economiche precoci. Ha anche inciso in tal senso il contatto con gli usi provinciali, che escludevano *de iure* dalla successione la figlia dotata e il figlio che avesse ricevuto una donazione nuziale, mentre il diritto romano ciò nonostante li ammetteva all'eredità paterna, sia pure con l'onere della collazione. La rinuncia alla successione diventava così auspicabile non solo riguardo alla figlia maritata con dote, ma anche al figlio emancipato, beneficiario di una donazione, tra vivi o *mortis causa*, ricevuta in funzione di viatico verso l'autonomia giuridica.

Tuttavia il patto rinunciativo, la cui esigenza pratica, come si è detto, trova ragione nell'affermarsi della *querela inofficiosi testamenti*, non incontra accoglimento da parte del diritto romano, e ciò proprio al fine di evitare l'elusione di quei principi di tutela successoria dei più stretti congiunti del *de cuius* che hanno determinato la fortuna del rimedio avallato molto tempo prima dai centumviri. Anche se la rinuncia in sé si identifica in un atto di autodeterminazione, forte rimane infatti il timore legato a una pressione esercitata del *pater familias* sui sottoposti tale da indurli, pur magari con riserva mentale, a risolversi in tal senso.

Il veto compare più volte nei testi, e può ritenersi di carattere generale, ancorché le fonti contemplino in genere lo specifico patto che prevede che la figlia, in virtù delle dote costituitale dal padre, rinunci all'eredità del genitore. Papiniano (12 *resp.*, D. 38.16.16) e Alessandro Severo (C. 6.20.3, del 230) si mostrano decisi nel negare efficacia al patto contenuto in un *instrumentum dotis* teso a tacitare le pretese ereditarie della donna sulla futura successione paterna. E, più in generale, Modestino (5 *reg.*, D 2.14.34), in adesione a Giuliano, nega che da un patto possa derivare una rinuncia al *ius adgnationis*, che produrrebbe una variazione nell'ordine dei successibili *ab intestato*. Si cercò pertanto di eludere il divieto rinunciando in via pattizia all'esperienza della *querela inofficiosi testamenti*, ma poiché l'effetto in fondo è il medesimo, medesima fu anche l'interdizione che sbarrò la strada al tentativo. Eloquente la costituzione giustiniana in C. 3.28.35.1, del 531, con la quale l'imperatore, dichiarando di seguire un responso di Papiniano, proprio a difesa dei principi alla base della successione necessaria, ammette all'integrazione della quota di riserva un figlio che aveva rinunciato a esperire la *querela* in cambio di denaro e altri beni ricevuti dal padre, i quali però nel complesso erano risultati inferiori al quarto dell'asse. Tuttavia l'A. rileva che il patto rinunciativo, come del resto quello istitutivo, non fu mai censurato come contrario ai *boni mores*, e fu colpito da divieto solo in quanto infrangeva le regole della successione necessaria materiale. Apparente è poi l'attuazione del divieto in C. 3.28.35.2, posto che il patto di rinuncia ivi validato verte su una successione già aperta.

In definitiva – si legge nel paragrafo 26 in cui si tracciano le conclusioni alla fine del capitolo III (pp. 298-309) –, il diritto romano non ha mai stabilito un divieto generale con riferimento ai patti successori istitutivi a

titolo universale e a quelli rinunciativi proprio per l'assenza della categoria concettuale del patto successorio, e per ciò stesso ha pure mancato di avvertirne la sostanziale natura insita in talune pur usitate figure, come la *mancipatio familiae* e la *donatio mortis causa* obbligatoria sotto condizione sospensiva. Le disposizioni riferibili in via diretta alla tipologia del patto successorio affiorano soltanto a partire da testi dell'età classica avanzata, in quanto in precedenza la centralità del *pater familias dominus* precludeva di concepire mezzi di devoluzione ereditaria diversi dal testamento, atto supremo di volontà del soggetto, revocabile *ad libitum* fino allo spirare del suo autore. Vi è dunque un lungo iniziale arco storico in cui anche la sola possibilità di ammissione dell'istituto appare «estranea al sistema e ai valori a quel tempo vigenti» (p. 298).

La svolta, che sottopone al vaglio dei giuristi figure di patti successori, è connessa all'estensione delle norme giuridiche romane al mondo provinciale, ove erano note e ampiamente praticate forme di destinazione dell'eredità di natura contrattuale. L'antico diritto germanico ne consentiva infatti un uso assai sparso, e in ambito greco-egizio tra gli atti *mortis causa* il patto successorio appariva lo strumento di maggiore impiego. A incentivare il ricorso ai patti successori contribuì anche la Chiesa, la quale in età tardoantica si giovò di tali strumenti per conseguire lasciti provenienti dai fedeli indotti dalla speranza di un corrispettivo di salvezza ultraterrena.

Il contrasto tra due visioni giuridiche difforme divenne evidente alla fine del III secolo, e ciò determinò non a caso la reazione, con univoca difesa dell'ortodossia giuridica, ben riconoscibile nei rescritti di Diocleziano (C. 2.3.19; C. 5.14.5, entrambi del 290), che occupano una posizione di rilievo nell'ambito delle scarse fonti specifiche in materia. Nel torno di tempo tra Costantino e Giustiniano non affiorano più testi relativi al divieto dei patti successori, e ciò sembra deporre per una scarsa diffusione del ricorso a tale strumento, a beneficio – si può ritenere – di altri atti negoziali di natura analoga, come le *donationes mortis causa*.

Tuttavia le ragioni tradizionalmente addotte per spiegare il divieto dei patti successori istitutivi a titolo universale, cioè il carattere immorale di tali convenzioni e la loro irrevocabilità, sono per la Lo Iacono da escludere quanto alla prima, da ridimensionare quanto alla seconda. I patti istitutivi non appaiono infatti connotati da quel negativo giudizio morale riservato

invece alle obbligazioni di istituire erede Tizio o Caio, le quali sono altra cosa. Ciò è confermato dalla mera sanzione della nullità prevista per i patti istitutivi, mentre i vincoli a devolvere l'*hereditas* comportano anche l'*indignitas*, che esclude dalla successione l'erede presuntivo che vi fa ricorso. Depone inoltre per la mancanza di una radicale ostilità la presenza nella storia giuridica romana di singole figure di patto successorio a titolo particolare, come la *donatio mortis causa*, la *mancipatio familiae mortis causa*, il *pactum de lucranda dote*.

Il motivo dell'irrevocabilità va poi ridimensionato e non può essere ritenuto una delle ragioni primarie della nullità del patto successorio, perché le figure negoziali *mortis causa* presenti nell'esperienza giuridica romana nel suo complesso, testamento compreso, non appaiono sempre coniugabili con il carattere della revocabilità. Anche se – ammette l'A. – l'irrevocabilità del patto può aver in qualche misura influenzato le decisioni imperiali ostate. D'altronde dai testi che dichiarano l'invalidità dei patti istitutivi non traspare alcuna considerazione legata all'immoralità o alla valenza lesiva della libertà di testare. Vi furono ragioni di ordine sociale, come, tra il II e il IV secolo, la necessità di contrastare l'esempio deteriore e il pericolo legati all'attività dei *captatores hereditatis*, e, soprattutto, decisivo per l'esclusione del patto istitutivo a titolo universale fu il principio-cardine per cui l'eredità poteva essere devoluta solo per testamento. Che questa fosse la via obbligata è anche dimostrato (*ad abundantiam*) del fatto che una donazione a causa di morte non era idonea a dare luogo a una successione universale rispetto al donante ancorché avesse come oggetto il suo intero patrimonio.

D'altronde è comprensibile che la necessità del patto successorio non venga avvertita in periodi storici, come quello arcaico, in cui la successione è vincolata, e, sul fronte opposto, in quelli in cui, tramite lo strumento dell'*exhereditatio*, la libertà di disporre per testamento è massima anche a discapito dei congiunti più stretti. La tendenza a ricorrere a una forma contrattuale di vocazione ereditaria trova invece plausibile motivo nell'affermarsi di un assetto stabile della successione necessaria materiale, e ciò attraverso un impiego in certo modo speculare del patto istitutivo e di quello rinunciativo.

Anche istituti noti da gran tempo, come la *donatio mortis causa* con effetti dilazionati alla morte del donante, furono infatti adeguati alla discipli-

na propria della successione necessaria materiale, con equiparazione della stessa ai legati e l'applicazione della *querela inofficiosae donationis*. Mentre la *querela inofficiosae dotis* si rivolgeva alle costituzioni dotali, sede precipua dei patti successori istitutivi a titolo particolare, secondo l'A. gli unici ammessi dal diritto romano. È in tal senso sintomatico che il testamento congiuntivo con istituzione reciproca dichiarato valido in C. 2.3.19 riguardi il settore militare, che in virtù del generale, amplissimo privilegio concesso ai soldati, escludeva l'esperibilità della *querela inofficiosi* nei confronti del *testamentum militis*.

Alla radice delle soluzioni adottate dai giuristi circa i patti successori sta pertanto l'obiettivo di tutela economica dei più stretti componenti del nucleo familiare, e, insieme, della stabilità di un assetto successorio in determinata misura inderogabile anche da parte della pur riconosciuta, e in fondo anch'essa intangibile, libertà di disposizione del proprio (*uti legassit suae rei...*) che fa capo al *de cuius*.

Nelle considerazioni conclusive che chiudono il volume l'A. ripercorre, in modo rapido ma puntuale, le principali tappe della propria indagine, scandita degli angoli visuali del diritto italiano, del diritto svizzero e del diritto romano, anche al fine di rendere più evidente l'utilità della messa a fuoco «triedrica» da lei perseguita tanto in chiave di completa conoscenza dei patti successori, quanto di adeguata base critica a beneficio sia di ulteriori ricerche storico-giuridiche, sia di consapevoli riflessioni *de iure condendo*.

4. Il libro di Sabrina Lo Iacono, oltre a sottendere un impegno notevole – e insieme coraggioso stante il tema prescelto per un esordio monografico –, denota *in primis* una solida formazione giuridica dell'A., la quale si muove all'interno delle categorie concettuali privatistiche e dei rapporti implicati con ammirevole sicurezza, dando prova al contempo di una coerenza sistematica priva di smagliature. Ciò peraltro non torna a pregiudizio della ricostruzione storica implicata dall'esame dell'esperienza giuridica romana, ove si appalesano un'altrettanto evidente familiarità con il sistema e le “technicalities” del diritto ereditario, nonché un'attitudine alla ricerca fondata su rigore metodologico e sorvegliata ricostruzione critica. Si tratta infatti, in quest'ultimo settore, di un'indagine ad ampio spettro, che, tra le altre, coinvolge nel loro complesso, e pressoché per intero, le problematiche re-

lative alle forme del testamento, alla revoca dello stesso, alla successione necessaria, alle donazioni tra vivi e *mortis causa*, implicando ogni volta *excursus* storici necessariamente agili ma completi e funzionali alle disamine specifiche affrontate. Il tutto affidato a uno stile lucido e fluido, che mai indulge alla ricerca dell'effetto.

È ovvio – ma può dirsi una costante nei nostri lavori – che le soluzioni prospettate non sempre appaiono del tutto persuasive e qualche menda (rara e non grave) rimane qua e là riscontrabile. Allineo qui di seguito un piccolo nucleo di rilievi che, come peraltro potrà evincersi dalla loro natura, non possono, né intendono, intaccare il giudizio reso evidente dalle precedenti considerazioni.

Questo primo peraltro non è un appunto critico, quanto piuttosto una constatazione. Come si è detto, l'A. dichiara in apertura (p. VII) che l'obiettivo della sua ricerca si identifica nell'indagine della «categoria dei patti successori nel diritto romano, prendendo le mosse dal diritto italiano e cercando di arrivare a una comparazione anche con il diritto svizzero». In realtà, nella struttura del libro, la parte dedicata al diritto italiano e a quello elvetico considerati insieme risulta sensibilmente più ampia di quella – pur non esigua – relativa all'esperienza giuridica romana, e in questo senso la monografia si presenta abbastanza particolare, in certo modo “a tre facce”, ove l'analisi della problematica per il diritto italiano, che non ammette i patti successori, e l'analisi della normativa per il diritto svizzero, che invece li riconosce, appaiono molto dettagliate, addirittura, nel secondo caso, con il corredo di una disamina specifica di fattispecie concrete⁸. Così la ricerca incentrata sui due ordinamenti positivi supera la dimensione presupposta dalla funzionalità rispetto a quella romanistica che ci si potrebbe attendere d'acchito e, pur rispondendo a tale finalità, si pone anche in entrambi i settori come un percorso espositivo autosufficiente e in sé compiuto. In tal senso il saggio qui recensito presenta caratteri abbastanza peculiari e comunque infrequenti nel campo della letteratura giusromanistica. D'altra parte la Lo Iacono si è impegnata in uno studio approfondito anche dei primi due temi – non quindi in mera chiave ancillare rispetto al terzo –, per cui l'intento di presentarne adeguatamente i risultati da un lato è comprensibile, dall'altro per i motivi esposti si giustifica, ponendosi su un

8. Alla pagina 111 nt. 1, l'A. riferisce infatti di essersi assai giovata dei colloqui intercorsi con due avvocati e notai di Berna.

piano assai diverso rispetto a premesse storiche, proiezioni nel presente giuridico o digressioni comparatistiche magari più usuali, ma che sovente sarebbe stato preferibile omettere.

Con riferimento a D. 45.1.61 (Iul. 2 *ad Urs. Fer.*) e C. 8.38.4 (Diocl. Max., a. 293), e al fine di dimostrare che non si riscontra un giudizio di immoralità nei confronti del patto successorio istitutivo, l'A. (pp. 191-192, 197, 319) sottolinea che quel che è ritenuto *contra bonos mores* è propriamente l'obbligarsi a disporre per testamento a favore di un soggetto o di un altro. È vero: il biasimo etico riguarda tali obbligazioni, in genere derivanti da *stipulationes*; ma è anche vero che un contratto idoneo ad attribuire in via diretta una *hereditas* è figura che nel diritto romano incontra un preciso limite concettuale, tanto che non a caso rimane estraneo anche alla tradizione romanistica.⁹ Come del resto, nel campo degli atti tra vivi, non è conosciuto – e pure perciò stesso va esente da giudizi – un contratto che trasferisca la proprietà. Per destinare sul piano negoziale un'eredità bisogna ricorrere al testamento: quei soggetti pongono in essere la stipulazione '*si heredem me non feceris, tantum dare spondes?*' (D. 45.1.61) perché, non potendo sostituire il testamento con un accordo contrattuale, tentano come unica strada di incidere in via indiretta sul tenore del primo. Che altre esperienze giuridiche, con le quali i Romani hanno avuto contatti anche intensi, abbiano praticato il contratto successorio è indiscutibile, ma privo di rilevanza ai presenti fini. Lo sbarramento dogmatico risulta assorbente, e a mio avviso rende comprensibile che, riguardo a un istituto intrinsecamente fuori dal sistema, finisca con il disattivare *a priori* il giudizio etico, il quale colpisce le obbligazioni a testare in una direzione o in un'altra, perché queste invece, sul piano giuridico-strutturale, sarebbero in grado di sortire effetti e vanno quindi bloccate con uno specifico e motivato divieto all'interno della categoria contrattuale in cui operano. Ha, sempre a mio credere, un valore euristico superiore l'altro argomento addotto dall'A., ossia che tali stipulazioni sono dichiarate nulle ma i loro autori non vengono sanzionati con l'indegna a succedere, come invece avviene per coloro che pongono in essere un patto dispositivo.

Se non si tratta di un modo ellittico di esprimersi dell'A. (p. 229), non sembra potersi concludere che con il decreto di Settimio Severo e Antoni-

9. Così infatti si esprime la stessa A. (pp. 245-246), esaminando il rescritto diocleziano in C. 5.14.5, che dichiara la nullità di un *pactum vice testamenti*.

no Caracalla riferito da Paolo (1 *imp. sent. in cogn. prol.*, D. 28.5.93[92]) «giunse a compimento» quello che viene definito «il nuovo principio nel campo dei testamenti» (dei civili) fondato sulla coesistenza di due *tabulae*. Si tratta infatti di un caso specifico in cui, in via di eccezione, acquista rilievo la *falsa causa*. Il testatore, personaggio eminente, aveva istituito erede universale la propria nipote da fratello e le aveva sostituito quest'ultimo. Poiché gli era giunta notizia che insieme con il fratello – in effetti ucciso – fosse morta anche la nipote, aveva redatto un nuovo testamento, che ovviamente revocava il primo, in cui nominava erede un estraneo, spiegando che a ciò era stato indotto per non avere avuto gli eredi che avrebbe voluto («*quia heredes, quos volui mihi contingere, habere non potui*»). In realtà la donna non era deceduta e aveva rivolto una supplica ai due principi, i quali, *causa cognita*, benché la falsa motivazione di norma non rilevasse, le attribuirono l'eredità, onerandola però dei legati di cui al testamento posteriore. La coesistenza di due testamenti 'fisiologicamente' operanti insieme in modo coordinato è ammessa, per i noti motivi, se testatore è un soldato (D. 29.1.19 pr., Ulp. 4 *disp.*): non per i *pagani*, salvo casi eccezionali non riconducibili a un processo evolutivo nei termini descritti. Un effetto in qualche modo simile si può ottenere con la clausola codicillare, allorché in un secondo testamento si dispone che il primo, se non può valere come tale, valga come fedecommesso: in tal caso però il primo testamento è comunque invalidato (D. 28.3.12.1, Ulp. 4 *disp.*: «*omnimodo prius testamentum ruptum est*»).

Alla pagina 231 si legge che il principio della bilateralità dell'atto *mortis causa* non solo fu conosciuto dal diritto romano, ma con la *mancipatio familiae* e il *testamentum per aes et libram* che ne seguì «si radicò tanto profondamente che ancora al termine dell'epoca classica i giuristi ritenevano che il testamento comportasse un rapporto tra testatore ed erede istituito». Non intendo qui discutere l'assunto, del resto in linea con le tesi dell'A., tuttavia sarebbe stato opportuno corredare tale collegamento con alcune fonti e qualche riscontro bibliografico.

A proposito del rescritto di Diocleziano e Massimiano del 290 in C. 2.3.19, che riconosce validità a un testamento militare in cui due fratelli si destinano reciprocamente i beni in base alla sopravvivenza dell'uno o dell'altro, la Lo Iacono (p. 242) conclude l'analisi del testo scrivendo che «nonostante si trattasse di un'eccezione, l'ammissibilità di questa fatti-

specie è importante come testimonianza dell'assenza di un'avversione nei confronti di atti bilaterali a causa di morte irrevocabili», poiché – prosegue la studiosa – «se fosse esistita una qualche ripugnanza per l'istituto del patto successorio, anche il caso prospettato da C. 2.3.19, essendo un patto successorio istitutivo nella sostanza, avrebbe comportato problemi circa la sua validità e non sarebbe stato ammesso dall'imperatore, nonostante esso fosse formalmente un testamento». Sennonché il rescritto dichiara valido un *testamentum militis* reciproco, e lo dichiara valido perché quello del testamento militare è un campo in cui – a parte la mancata serietà o genuinità del volere – si ammette pressoché tutto: qui sta il solo dato certo, come è certo che tale testamento è, *a maiori*, revocabile. Non escluderei che si tratti di un *lapsus* espressivo: diversamente, inferire dal testo che se vi fosse stata ripugnanza per un accordo contrattuale irrevocabile non sarebbe stato ammesso nemmeno questo testamento fraterno, che oltre a non essere un contratto è anche revocabile, si risolve a mio avviso in una argomentazione contraddittoria. Concettualmente diverso, invece, riconoscere una prova contraria alla repulsione verso i patti successivi nella presenza di figure giuridiche in varia guisa analoghe (p.e., pp. 200-201, 303).

Nel § 24 (p. 272-290) figura un *excursus* sulla «tutela dei diritti successivi dei familiari più stretti del *de cuius*», un tema particolarmente complesso sul quale la letteratura è molto vasta, annoverando anche diversi saggi recenti, e va dato atto all'A. di aver condotto in proposito una sintesi chiara ed esauriente. Tenendo in debito conto le esigenze implicate da una trattazione sintetica, tocco solamente due punti. A proposito della c.d. successione necessaria formale, l'A. scrive (p. 278) che la diseredazione dei figli e dei postumi maschi doveva essere nominativa, mentre quella delle figlie, comprese le postume, dei nipoti *ex filio* nella *potestas* diretta del testatore, e della moglie *in manu* «poteva essere disposta mediante un'indicazione generica». In caso di inottemperanza a tali regole il testamento sarebbe stato in tutto o in parte inefficace: in tutto inefficace, con conseguente apertura della successione *ab intestato*, «in caso di *praeteritio* di un *filius suus* o di un postumo di sesso maschile», inefficace solo in parte negli altri casi, onde i preteriti avrebbero condiviso l'*hereditas* con gli eredi istituiti nel testamento. Tuttavia, anche in una sintesi, tale commistione delle regole vigenti per i già nati e per i postumi non appare corretta. In primo luogo, riguardo ai postumi di sesso femminile, se non si ricorre alla diseredazione nomi-

nativa, con la quale non si sbaglia mai, bisogna disporre un legato – pur di modesta entità – a loro favore: in caso contrario la diseredazione *inter ceteros* è equiparata alla preterizione (Gai. 2.132); inoltre, e soprattutto, la preterizione di qualunque postumo, figlio, figlia, ulteriori discendenti maschi o femmine, rompe sempre il testamento, invalidandolo *in toto* (Gai. 2.131). Tanto che l'*Epitome Gai* (2.3.2) sottolinea la migliore condizione della postuma rispetto alla già nata, perché soltanto la prima, se preterita, rompe il testamento.

A proposito della *querela inofficiosi testamenti*, è vero che la dottrina è fondamentalmente divisa tra coloro che ne collocano l'origine nell'ambito dell'attività svolta dal pretore e coloro che invece la ricollegano alla prassi centumvirale, ma in ogni caso il ruolo tutt'altro che secondario svolto dal pretore è innegabile, in quanto, come rilevato da Lorenzo Gagliardi¹⁰, egli presiedeva la fase *in iure* della *legis actio* – forma residuale di questa tipologia di procedura sopravvissuta alle *leges Iuliae iudicariae* – implicante l'ammissione dell'attore davanti al collegio dei centumviri.

Circa il testo di Cervidio Scevola (2 *resp.*) in D. 23.4.29.2, su un punto non concordo con l'esegesi dell'A. (pp. 246-249). Per comodità qui riproduco il passo:

Mulier de dote quam dedit pacta est, ut, si in matrimonio decessisset, fratri eius redderetur isque in eum casum stipulatus est: mulier decedens quasdam res dotaales marito legavit et aliis, quosdam ex servis dotalibus manumisit. quaesitum est, an maritus earum nomine, quas legavit mulier, et servorum, quos manumisit, fratri tenetur. respondi nihil proponi, cur non teneretur, cum et iam heredes defunctae tam legatariis quam libertatibus obnoxii sint.

La dote (*adventicia*: Tit. Ulp. 6.3) è costituita mediante *datio* (*de dote quam dedit*) dalla donna stessa¹¹, la quale conviene con il marito che, se ella morirà in matrimonio, la restituzione della dote andrà a vantaggio del proprio fratello. Questi, a sua volta, conclude con il marito una *stipulatio* nei medesimi termini. La donna, in effetti morta in matrimonio, ha lasciato in legato dei beni dotali al marito e ad altre persone e ha pure manomesso

10. *Decemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano 2002, 288-312; cfr. anche *Studi sulla legittimazione alla querela inofficiosi testamenti in diritto romano e bizantino*, Milano 2017, 2; D'OTTAVIO D., *Ricerche in tema di 'querela inofficiosi testamenti'. I. Le origini*, Napoli 2012, 22-24.

11. Non può essere seguito VOCI P., *Diritto ereditario romano*, I², Milano 1967, 493, che individua il costituente la dote nel fratello.

dei servi dati in dote. Alla domanda se il marito sia tenuto verso il fratello quanto ai beni dotali legati e alle manumissioni dei servi dotali, Scevola risponde con sicurezza di sì – «non c'è motivo di non ritenerlo a ciò tenuto» –, in quanto gli eredi della donna, come tali, si trovano a carico tanto i legati quanto le manumissioni. Perciò il fratello della defunta ha diritto di ricevere la dote, che gli va corrisposta integralmente dal marito, il quale dal canto suo ha diritto di essere tenuto indenne dagli eredi istituiti nel testamento, giacché legati e manumissioni gravano tutti sull'asse ereditario. *Grosso modo* – come dicevo – questa è anche l'interpretazione della Lo Iacono, la quale però aggiunge (p. 248): «Per quanto concerne l'oggetto del patto, si tratta una vera e propria disposizione *mortis causa* di parte del proprio patrimonio, quindi a titolo particolare: i beni conferiti in dote dalla donna, infatti, si trasferiranno giuridicamente al fratello automaticamente al momento della morte della sorella e sarà la sola disponibilità materiale degli stessi a dover essere eventualmente recuperata in un momento successivo». Il dissenso riguarda l'avverbio 'automaticamente', che allude a un acquisto *ipso iure* dei beni dotali da parte del *frater mulieris*. Quanto agli effetti, insomma, l'A. assimila la *pactio* a un legato reale (*per vindicationem*), ma il testo parla di un accordo che 'obbliga' la controparte della donna alla 'restituzione' dei beni dotali al fratello di lei (*pacta est ut... fratri eius 'redderetur'*), e al tempo di Scevola un patto non sarebbe stato azionabile, pertanto anche la donna si è valsa di una *stipulatio*. Parimenti l'altra *stipulatio* intercorsa tra fratello e marito della donna – spiegabile in chiave tuzioristica per evitare i rischi connessi alla regola *alteri stipulari nemo potest* –, non può che avere il medesimo oggetto e i medesimi effetti: il primo stipula dal secondo – il quale in tal senso perciò si obbliga – la *restitutio dotis* a proprio vantaggio. Inoltre si domanda se il marito *fratri tenetur*, e si risponde «*nihil proponi, cur non teneretur*», la voce verbale *teneri* richiama l'effetto dell'obbligazione, e d'altronde l'*actio ex stipulatu* è personale.

Come si è visto, il diritto romano non ha ammesso il patto rinunciativo, e ciò soprattutto, per l'A., al fine di evitare possibili elusioni rispetto ai canoni della successione necessaria. Dato e motivazione sono da accogliersi, segnale soltanto che in un rescritto del 365, tratto dal *Codex Hermogenianus* e restituito da *Cons. 9.2*, gli imperatori Valente e Valentiniano assicurano al postulante che la sentenza del giudice gli restituirà l'eredità che egli afferma spettargli *remota videlicet pactione quam dolo patuerit elicitam*, una

volta annullato il patto qualora risulterà carpito con dolo. Si tratta evidentemente di un patto con cui un soggetto ha disposto in senso rinunciativo dell'*hereditas* o di una sua quota, ed è probabile che sia un patto relativo a una successione già aperta, in quanto il motivo dell'invalidità è indicato in un vizio del volere, tuttavia la fonte poteva forse valere una nota.

Mi sono già espresso in tal senso, ma tengo a ribadirlo: quello qui recensito è un buon libro e un positivo esordio dell'A. nella ricerca scientifica di maggiore impegno.