

## MODELLI SUCCESSORI ED EQUILIBRI FAMILIARI NEL III D.C. TRA GIURISPRUDENZA E COSTITUZIONI IMPERIALI

FRANCESCA PULITANÒ  
Università Statale di Milano

**ABSTRACT:** The essay analyses the intestate succession of *ius civile* from the point of view of the senate consults Tertullian and Orphitian; it considers in particular the sequence of persons admitted to the succession according to Ulpian's commentary *ad Sabinum*, highlighting the existence, in this work, of a specific title on *consanguinei*, of which no trace is found in the Digest.

**KEYWORDS:** intestate succession; consanguinitas; senatusconsulta Tertullianum and Orphitianum.

**FONTI:** Gai. 3.23; Tit. Ulp. 26.6; Tit. Ulp. 26.8; D. 38.16.1pr.-11; D. 38.17.1-2

### 1. Premessa metodologica

In fisica è detto ‘metamerismo’ il fenomeno in base al quale un medesimo oggetto, sotto diverse fonti di luce, assume colorazioni diverse. Così si può definire la relazione tra famiglia e successione, due aspetti dei rapporti tra persone tanto interconnessi da illuminare con diverse sfumature la stessa realtà. L'intento del presente contributo non è tanto quello di tracciare un quadro delle regole successorie in un momento – il passaggio tra il II e il III secolo d.C. – di particolare complessità storica, ma anche – e forse soprattutto – quello di andare alla ricerca del sostrato socio-culturale che di esse costituiva il fondamento.

In una prospettiva del genere, vengono, giocoforza, in considerazione anche studi con cui il giurista non sempre si misura. Qualche anno orsono, ad esempio, Loretta Maganzani, occupandosi di alcuni aspetti della filiazione e della *cognatio*, ha elegantemente messo in luce l'importanza del filone antropologico<sup>1</sup>. Ma già in precedenza, nel corso del Novecento, si era assistito ad un fiorire di ricerche di nuova impostazione concentrate – per citare le parole di Capogrossi – «sull'effettività delle singole relazioni interpersonali e sull'analisi

1 MAGANZANI, *Padri*, 59-84.

delle peculiari posizioni dei vari protagonisti della vita familiare: anzitutto le donne, ma anche i figli e gli infanti». In tal modo si tentava di lasciarsi alle spalle «quello che si potrebbe definire il *topos* della ‘famiglia patriarcale’, caratterizzata dagli aspetti potestativi a base delle relazioni familiari»<sup>2</sup>.

Anche se le fonti romane avallavano, da certi punti di vista, queste ‘nuove’ ricostruzioni, restavano due problemi di ‘eccesso’: da un lato, si rischiava di perdere la logica dei meccanismi giuridici, il loro effettivo significato e le loro interrelazioni; per altro verso, il recupero di questi ultimi avrebbe potuto condurre alla «progressiva perdita di interesse per la ricerca delle possibili trasformazioni interne dei rapporti familiari», rapporti, questi ultimi, che venivano comunque valutati con una certa staticità.

Insomma, l’ausilio di altri ambiti di studio aiuta di certo il giurista a cogliere meglio le trasformazioni interne di quei rapporti interpersonali, ma il dato giuridico resta sempre l’elemento che deve segnare la via maestra per la ricostruzione dei meccanismi tecnici. Occorre, dunque, la ricerca di un (difficile) equilibrio tra questi due poli. In queste note prenderò in considerazione soprattutto agli aspetti tecnico-giuridici, non rinunciando, ove possibile, a innestare qualche implicazione di respiro più ampio.

Entrando nel cuore della trattazione, e pensando al diritto successorio nel passaggio dal II al III secolo d.C., è perfino superfluo osservare che il quadro complessivo, quantomai articolato, che emerge dalle fonti, non può certamente essere dominato in poche pagine. Per questo si ritiene necessario fissare preliminarmente dei punti di osservazione, che di seguito sono elencati, unitamente ai motivi della scelta:

- 1) innanzi tutto, si ritiene preferibile concentrare l’attenzione sulla successione *ab intestato*, perché dall’evoluzione di essa si colgono in modo più cristallino i rapporti di valore considerati dal diritto, rispetto a quanto accade nella successione testamentaria. Quest’ultima è infatti filtrata dalla libertà del testatore (pur sempre esercitabile all’interno di una griglia, ma comunque più ricca di – chiamiamole – ‘deviazioni’ rispetto a precise linee ordinamentali).
- 2) L’altro aspetto che merita rilievo è quello del ruolo della *cognatio*. Si tratta di un angolo visuale tutt’altro che nuovo, ma che deve obbligatoriamente essere considerato, dato che proprio la *cognatio* appare perno imprescindibile del percorso che portò all’emersione – e poi alla prevalenza – della parentela non più fondata sull’*agnatio*. Si tenterà, nelle pagine che seguono, di rilegge-

2 CAPOGROSSI COLOGNESI, *La famiglia*, 151; nello specifico, per un’articolata bibliografia sulla condizione della donna, cfr. DI PAOLA LO CASTRO, *Ancora sulla donna*, 366 n. 2 e 367 n. 3.

re alcuni aspetti di questa relazione alla luce di un'analisi di tipo trasversale e con una specifica attenzione al versante della *consanguinitas*.

- 3) Quanto al lasso temporale, sarà considerata l'epoca compresa tra l'emana-  
zione dei sc. Tertulliano e Orfiziano e l'età ulpiana, perché è qui che si  
profilava un significativo mutamento degli schemi successori.

## 2. Il ruolo dei senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano

In uno dei trattati 'classici' del diritto ereditario romano, La Pira, partendo dalla trasformazione della funzione dell'eredità da potestativa in patrimoniale, sottolineava come il vincolo di sangue si fosse andato progressivamente ma inesorabilmente sostituendo a quello potestativo: «non c'è nell'ordinamento giuridico un punto in cui il diritto naturale mostri più chiaramente il suo perenne valore e la necessità della sua attuazione». In questo quadro, «la nuova società domestica si era sostituita per sempre alla antica società agnaticia»<sup>3</sup>. Egli indicava due passaggi significativi di questo processo: lo sviluppo del sistema della *bonorum possessio*, culla del fondamento cognaticio, già a partire dal I sec. a.C., e il riconoscimento, nell'età adrianea, dei diritti ereditari della madre naturale rispetto ai propri figli.

In effetti, nel passaggio dal II al III secolo si osserva uno snodo cruciale, del quale sono considerati generalmente propulsori i due senatoconsulti Tertulliano (databile all'incirca al 133) e Orfiziano (178), accomunati in letteratura quali momenti nei quali la *cognatio* si fa strada, fino a combattere, diciamo così, apertamente, il vecchio schema agnaticio<sup>4</sup>. Com'è noto, il contenuto dei due provvedimenti è sintetizzato in alcuni passaggi dei *Tituli ex corpore Ulpiani*. Riservandoci di discutere brevemente, più avanti, la relazione che intercorre tra questi testi e altre opere istituzionali, si può cominciare da una breve ricognizione dei contenuti di essi:

Tit. Ulp. 26.8: *intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet; sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor legitima he-*

3 LA PIRA, *La successione*, 161. Cfr. anche TALAMANCA, *Istituzioni*, 709, per la differenza tra agnati consanguinei e uterini, definendola una modifica della successione intestata, volta a escludere le donne non consanguinee dall'eredità legittima; MARRONE, *Istituzioni*, 838 parla in generale di parenti di sangue. Cfr. anche FRANCIOSI, *Famiglia*, 94; per osservazioni generali sui rapporti familiari tra madri e figli, si veda GARDNER, *Family*, 252 ss.

4 Cfr. WATSON, *The Law*, 67 e n. 34; MANFREDINI, *La volontà*, 134-137; PULIATTI, *De cuius*, 74 ss. Sui *bona materna*, BAUER-GERLAND, *Das Erbrecht*, 125 ss.; sulla successione intestata in generale, cfr., *ex multis*, B. BIONDI, *Diritto ereditario*, 155 ss. Per le consanguinee, MONACO, *Hereditas*, 52 ss. Si vedano più avanti le citazioni puntuali di MEINHART, *Die Senatusconsulta*.

*res fit ex senatus consulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus: quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas.*

Secondo il Tertulliano, la madre del defunto può diventare, se abbia il *ius liberorum*, erede legittima del defunto stesso, concorrendo con la sorella consanguinea dello stesso defunto.

La madre è però esclusa dalla successione del figlio se costui abbia un *heres suus* o vi sia qualcuno che è chiamato alla *bonorum possessio* dal pretore nel novero dei *sui heredes*, o un padre, al quale spetta l'eredità per legge o *bonorum possessio*, o un fratello consanguineo<sup>5</sup>. In altri termini, la posizione successoria della madre rispetto al figlio defunto deve essere posta sullo stesso piano di quella della sorella consanguinea del defunto stesso. Se, invece, il defunto abbia un fratello consanguineo, quest'ultimo legame prevale su quello biologico tra la madre e il defunto. C'è, insomma, differenza tra la posizione successoria dei consanguinei a seconda che essi siano maschi o femmine.

L'Orfiziano considera l'ipotesi, reciproca, della successione dei figli alla madre<sup>6</sup>:

*Tit. Ulp. 26.6: ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet; itaque soror fratri sororive legitima heres fit. 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.*

Il primo passaggio ricalca letteralmente quello corrispondente delle Istituzioni di Gaio, che, in 3.14, recitano *nostrae vero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent*, per continuare con la seguente precisazione, non riprodotta nel testo ulpiano: *itaque soror fratri sororive legitima heres est, amita vero et fratris filia legitima heres esse non potest*<sup>7</sup>.

5 Un accenno al testo in VOCI, *Diritto ereditario* 1, 443 n. 60; cfr. anche VOCI, *Diritto ereditario* 2, 19 s.; LAMBERTINI, *Giustiniano*, 470.

6 MEINHART, *Die Senatusconsulta*, 16 n. 10 parla di testo che riguarda gli *agnati*, compresi i consanguinei. Sul tema, cfr. anche FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, *El derecho*, 518 ss.

7 Su Gaio, cfr. ancora *infra*, § 3.1. Dello stretto rapporto tra i *Commentarii* gaiani e i *Tituli ex corpore Ulpiani*, che lascerebbe pensare ai secondi come a una rielaborazione diretta dei primi, cfr. FALCONE, *Studi*, 93 e n. 377. In modo analogo si esprimono anche Paul. Sent. 4.8.16 e Coll. 16.3.16. Per una collocazione nella tarda repubblica della regola relativa alle donne consanguinee, cfr. YARON, *Two notes*, 387. Sullo stesso problema cfr. LAMBERTINI, *Giustiniano*, 468. In generale, sui consanguinei, VOCI, *Diritto ereditario* 2, 5 e 7; WOŁODKIEWICZ,

La premessa generale, che si legge in entrambe le fonti, è quella secondo cui l'eredità non spetta alle donne oltre il grado della *consanguinitas*: dunque, si continua, la sorella è erede legittima rispetto al proprio fratello e alla propria sorella. Il passo si dipana poi ricordando l'antica regola decemvirale per la quale l'eredità della madre morta intestata non spettava ai figli (*liberi*), poiché le femmine non potevano avere *heredes sui*, e passa infine a richiamare l'orazione degli imperatori Antonino e Commodo: essa aveva stabilito che le eredità legittime delle madri non *conventae in manum* spettassero ai figli, escludendo i consanguinei e gli altri agnati.

Osserviamo, innanzi tutto, che sia nelle Istituzioni di Gaio, sia nella versione ulpiana, sebbene con la differente sfumatura espressiva che fa qualificare come *legitima*, da parte dello pseudo-Ulpiano, l'eredità stessa oltre agli eredi, tra i legami fondativi della *successio* compare anche la consanguineità. Il concetto viene impiegato nei testi in modo naturale, anche se di esso non v'è traccia né nei gradi della successione civilistica *ex duodecim tabularum*, né, tantomeno, in quella pretoria. In effetti, come si legge esplicitamente nelle *Pauli Sententiae*, esso pare il frutto di una specifica elaborazione giurisprudenziale: PS 4.8.3 *quos lex non apprehenderat, interpretatione prudentium primum inter agnatos locum acceperunt*.

Il tema richiede allora qualche considerazione ulteriore.

### 3. La nozione di *consanguinitas* tra antropologia e diritto

Nelle fonti giuridiche troviamo una definizione di *consanguinitas* in D. 38.16.1.10 (*de suis et legitimis heredibus*): essa proviene dall'*ad Sabinum* di Ulpiano, ma riproduce una pronuncia di Cassio. Di seguito si riporta tutto il tratto interessato:

9. *Post suos statim consanguinei vocantur*. 10. *Consanguineos autem Cassius definit eos, qui sanguine inter se conexi sunt. Et est verum eos esse consanguineos, etiamsi sui heredes non extiterunt patri, ut puta exheredatos: sed et si pater eorum deportatus fuerit, nihilo minus eos inter se esse consanguineos, licet patri sui heredes non extitissent: et qui numquam in potestate fuerunt, erunt sibi consanguinei, ut puta qui post captivitatem patris nascuntur vel qui post mortem*. 11. *Non solum autem naturales,*

*Iura*, 410; BALESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni*, 46 parla della *media iurisprudencia* «nemica delle donne» e dice che essa si colloca cronologicamente ancora prima del compiersi definitivo del sistema della *bonorum possessio*. Cfr. anche 48, per l'osservazione secondo cui Giustiniano in I. 3.2.3b compie una «vivace denuncia del *ius consanguinitatis*». Quest'ultimo rappresenterebbe la *suptilitas* di cui si parla nel testo. Da ultimo, sulle disposizioni della *lex Voconia*, cfr. ZANON, *La capacità*, 89 ss. e McCLINTOCK, *La ricchezza*.

*verum etiam adoptivi quoque iura consanguinitatis habebunt cum his qui sunt in familia vel in utero vel post mortem patris nati.*

Consanguineo, per Cassio, è colui che presenta una connessione di sangue<sup>8</sup>.

È il commento di Ulpiano che delinea questa comunanza come indipendente dall'essere *heredes sui*. Pare, dunque, che il vincolo potestativo resti sullo sfondo a favore di quello naturale. Così, possono essere consanguinei addirittura i diseredati, o coloro il cui padre sia stato deportato e quindi abbia perso le prerogative della potestà, o anche coloro che non siano mai ricaduti nella potestà del padre, per essere costui morto o fatto prigioniero prima della loro nascita.

Subito sotto, però, un'ulteriore estensione – sempre ulpiana – finisce per oltrepassare il fondamento stesso della *consanguinitas*, che viene riconosciuta dal giurista ai figli adottivi rispetto a coloro che siano già parte della *familia*, o si trovino ancora nel ventre materno, o siano nati dopo la morte del padre. Si torna, dunque, alla similitudine con il legame potestativo.

La *consanguinitas* era già presente anche nelle trattazioni di altri giuristi di età precedente a quella di Ulpiano, dove si presentava come parentela strettamente legata all'*agnatio*. Emblematico, in tal senso, il contributo di Gaio. Nelle sue Istituzioni, il giurista ne parla in sede di successione legittima *ex XII tabularum*, cioè commentando quella che per lui rappresenta la categoria successiva ai *sui*:

Gai. 3.9-10: *Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad adgnatos. 10. Vocantur autem adgnati, qui legitima cognatione iuncti sunt. legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas coniungitur. itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint.*

Gli agnati sono coloro che risultano collegati dalla cosiddetta *legitima cognatio*; i figli di uno stesso padre, oltre che agnati tra di loro sono anche consanguinei, senza che sia necessario che essi abbiano anche la madre in comune. Se ne desume che i consanguinei vengano chiamati alla successione *ab intestato* in quanto appartenenti al novero, appunto, degli agnati.

Le agnate di sesso femminile, di conseguenza, non sono chiamate oltre quel grado, come lo stesso Gaio fa sapere nel prosieguo, pochi paragrafi più avanti<sup>9</sup>:

8 Cfr. LENEL, *Palingenesia* 2, 119.

9 È la cosiddetta *Voconiana ratio*, su cui da ultimo MAROTTA, *Commento*, 255 e n. 356. Sulla *lex Voconia* e la *Voconiana ratio*, cfr. BALESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni*, 39 ss.

Gai. 3.23: *item feminae agnatae, quaecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil iuris ex lege habent. 24. Similiter non admittuntur cognati, qui per feminini sexus personas necessitudine iunguntur, adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius competat, praeterquam si per in manum conventionem consanguinitatis iura inter eos constiterint.*

Dunque, le femmine agnate ma non consanguinee restano fuori dalla successione di *ius civile*; allo stesso modo ne rimangono fuori i *cognati*, tanto che la stessa successione tra madri e figli è esclusa, a meno che essi non acquisiscano reciproci *iura consanguinitatis* derivanti dalla *conventio in manum*, il che sposta l'angolo visuale, di nuovo, sui rapporti agnatizi. In Gai. 3.29, nell'ambito della descrizione delle *iuris iniquitates* corrette dal pretore, il giurista colloca le donne consanguinee non agnate nei chiamati in terzo grado alla *bonorum possessio*, insieme ai *cognati*. Non è tutto: chiarisce ancora Gaio, in 3.33, che la concessione della *bonorum possessio* crea una sequenza di successibili, tale da evitare che qualcuno muoia senza nessuno che gli subentri.

Sempre da Gaio desumiamo che, qualora la *consanguinitas* non sia già esistente per natura, il formarsi di un rapporto agnatizio porta con sé giocoforza l'acquisto di *iura consanguinitatis*. Sembra che il giurista non possa fare a meno di precisarlo, dal momento che la stessa *agnatio* può derivare direttamente dalla nascita o essere acquisita attraverso l'adozione o la *conventio in manum*. Di questi due istituti Ulpiano menziona solo il primo<sup>10</sup>, Gaio solo il secondo. Non abbiamo precisa contezza del fatto che Gaio avesse parlato, in questo contesto, anche dei senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano, ma possiamo presumere che questi gli fossero conosciuti, dato che sappiamo che egli aveva composto due *libri singulares*, uno per ciascun provvedimento<sup>11</sup>.

Di essi ci sono stati tramandati solamente i due frammenti che oggi troviamo nella *sedes materiae*<sup>12</sup>. Il primo riguarda il Tertulliano:

Gai. *Lib. sing. ad senat. Tert.* D. 38.17.8: *in suspenso est ius matris, si filius defuncti emancipatus deliberet de bonorum possessione petenda.*

Si afferma che il diritto di successione della madre è in sospeso fino a che il figlio emancipato del defunto, che ha diritto alla *bonorum possessio* nella prima

10 Cfr. l'evidente analogia con D. 38.8.1.4 (*unde cognati*), parte finale: *evenit igitur, ut is qui in adoptionem datus est tam in familia naturalis patris iura cognationis retineat quam in familia adoptiva nanciscatur: sed eorum tantum cognationem in adoptiva familia nanciscetur, quibus fit agnatus, in naturali autem omnium retinebit.*

11 Forse Gaio parlava del Tertulliano in 3.33a, che ci è pervenuto assai lacunoso. Cfr. FIRA, 2, 107 n. al § 33.

12 LENEL, *Palingenesia* 1, 201.

classe, decida se farne o meno richiesta. In sostanza, a parità di *gradus cognationis*, il Tertulliano soccombe rispetto alla *bonorum possessio* modellata sulla successione dei *sui*<sup>13</sup>.

Il secondo testo gaiano è invece sull'Orfiziano:

Gai. *Lib. sing. ad senat. Orph.* D. 38.17.9: *sacratissimi principis nostri oratione cavetur, ut matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate erunt, pertineat.*

Qui Gaio ricorda l'*oratio principis* in base alla quale l'eredità della madre morta senza testamento deve spettare ai suoi figli, anche *alieni iuris*<sup>14</sup>. Di nuovo la logica è prevalentemente maschile, perché in ultima analisi il patrimonio della madre sarà trasferito all'avente potestà sui figli di lei<sup>15</sup>. Tale logica, in realtà,

13 MEINHART, *Die Senatusconsulta*, 234. Giustiniano riprenderà questi concetti nelle sue Istituzioni, articolandoli ancora più precisamente. Per i consanguinei, in particolare, cfr. I. 3.3.4: *frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur: sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex acquis partibus fratri et sorori*. Segue I. 3.3.5: *sed cum antea constitutiones iura legitima perscrutantes partim matrem adiuvabant, partim eam praegravabant et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam partem ei abstrahentes certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrariam faciebant: nobis visum est, recta et simplici via matrem omnibus legitimis personis anteponi et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint sive sola cognationis iura habentes, ut quemadmodum eam toto alio ordini legitimo praeposimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus [...]*; in I. 3.3.1 si fa riferimento alla relazione tra *cognati* e *bonorum possessio* e in I. 3.5.43, a proposito dei *vulgo quaesiti*, che non sono tra loro *consanguinei*, ma *cognati*, si precisa che il *ius consanguinitatis species est agnationis*. Sul testo gaiano, cfr. BABUSIAUX, *Die Institutiones*, 62 s.

14 MEINHART, *Die Senatusconsulta*, 143, nel confermare l'appartenenza di queste parole al testo del senatoconsulto, commenta l'espressione *in aliena potestate*: essa lascia intendere che i diritti del figlio rimangano integri, anche se egli cambierà successivamente famiglia, pur restando *alieni iuris*.

15 Per inciso, si ricordi come anche in questo caso i principi siano ripresi letteralmente dalle Istituzioni giustiniane, in I. 3.3 pr.: *Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatus consulto Orphitiano effectum est, quod latum est Orphito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: et praeferruntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris*. Il testo continua con alcune precisazioni sull'equiparazione dei nipoti, maschi o femmine, ai figli e con l'ammissione *ex senatusconsulto* anche dei figli *vulgo quaesiti*: 1. *Sed cum ex hoc senatus consulto nepotes ad aviae successionem legitimo iure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur*. 2. *Sciendum autem est huiusmodi successiones, quae a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non peremi propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis*

non è da intendersi come circoscritta alla sola concezione gaiana, ma può essere considerata come propria di un'impostazione generale della giurisprudenza, di cui Gaio rappresenta un esempio emblematico. Dunque per i giuristi la *consanguinitas*, lungi dall'essere un sinonimo di *cognatio*, rileva nel suo legame con l'*agnatio*, trattandosi della relazione che lega i figli dello stesso padre, indipendentemente dalla comunanza materna<sup>16</sup>.

D'altra parte, è assai diverso l'orientamento della letteratura non giuridica, ove la nozione di *consanguinitas* non ha un'accezione univoca<sup>17</sup>. Gli studi di Guastella, ad esempio, hanno chiarito come il termine *consanguinitas*, nelle fonti non giuridiche, avesse una portata generica, di talché esso era impiegato per indicare anche il legame di sangue in senso lato, senza essere confinato alla linea maschile<sup>18</sup>. Talvolta esso veniva riferito addirittura all'affinità, sulla base dell'idea secondo cui il matrimonio creasse, appunto, una mescolanza di sangue.

A proposito della definizione cassiana, Guastella ricorda la proposta di integrazione fatta da Mommsen, cioè quella di inserire tra *qui* e *sanguine* le parole *fratres et sorores ex eodem patre* o qualcosa di analogo, modifica che caratterizza la definizione stessa, altrimenti molto generica, in un senso decisamente patrilineare<sup>19</sup>. Pur riconoscendo al termine una notevole ampiezza, anche Guastella si focalizza sul significato tecnico, che prescinde dalla biologia, mettendo in luce che – come afferma lo stesso Ulpiano – hanno *iura consanguinitatis* gli adottivi e le donne *in manu*<sup>20</sup>. A conferma di ciò, egli menziona un altro testo ulpiano, riportato in Ulp. 6 reg. D. 38.8.4: *consanguinitas itemque adgnationis iura a pa-*

*deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege duodecim tabularum deferantur. 3. Novissime sciendum est etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatus consulto admitti.*

16 Il Codice Teodosiano usa il termine in modo meno circoscritto (POMATA, *Legami*, 308), ma poi il *Corpus iuris* torna a restringerne la portata.

17 Una sintetica ricognizione della pluralità di significati si trova in WOŁODKIEWICZ, *Iura*, 411. Per qualche osservazione sui 93 impieghi del termine nel Digesto, anche in connessione con altri (*agnati, cognati, iura*), cfr. 412-413.

18 L'indagine dell'Autore, al di là delle specificità giuridiche, prende avvio dal plebiscito Canuleio e dal concetto di 'contatto' tra le classi. Sarebbe da individuarsi in questo momento una prima forma di contaminazione del sangue (GUASTELLA, *La rete*, 53-56). Il mondo romano appare pervaso da «metafore, credenze modi di dire relativi al sangue, che non hanno uno statuto sistematico» (GUASTELLA, *La rete*, 66). E ancora, egli afferma che «il sangue sembra [...] capace di render conto, col suo mutare, dei vari momenti della storia dell'individuo, dalla sua costituzione al suo estinguersi» (GUASTELLA, *La rete*, 75).

19 GUASTELLA, *La rete*, 84 e n. 94.

20 GUASTELLA, *La rete*, 85.

*tre oriuntur*<sup>21</sup>. Ciò premesso, ancora Guastella, evidenziando il rischio che tale definizione dei giuristi possa risultare «fuorviante e forse riduttiva», propone di considerarla su due assi: il primo, ‘orizzontale’, è quello della comunanza di sangue che lega i fratelli fra loro; il secondo, ‘verticale’, è quello della filiazione, che rappresenta un’ineliminabile premessa logica del primo<sup>22</sup>. In tal modo, continua l’Autore, il sangue diventa «identificatore di una linea di discendenza nei suoi livelli più elementari: quello di una generazione al suo interno e quello di due generazioni contigue fra di loro». Nelle fonti non giuridiche, invece, la consanguineità è menzionata in modo molto più ampio, cioè guardando al sangue come legame con un antenato comune e quindi come elemento che può fondare una connessione tra gruppi, non necessariamente sovrapponibile alla parentela<sup>23</sup>.

Secondo Pomata, occorre tenere presente anche l’eco delle concezioni mediche antiche. Da Aristotele a Galeno, in effetti, sebbene con qualche differenza, era diffusa quella che si può definire come teoria emogenetica del seme<sup>24</sup>: in base ad essa, il padre era l’unico che poteva trasmettere il sangue, in quanto quest’ultimo veniva considerato come strettamente connesso al seme. Da qui si ricavava la ragione, per così dire, biologica, per la quale una donna non poteva trasmettere né potestà, né sangue<sup>25</sup>. Partendo da questi presupposti, Pomata fa il punto sul significato da attribuirsi al termine *cognatio* nelle stesse fonti giuridiche, sottolineando come a torto esso sia talvolta inteso quale ‘legame di sangue’: lungi dal sovrapporsi alla nostra *consanguinitas*, la *cognatio* indicherebbe invece, più precisamente, il ‘legame di nascita’<sup>26</sup>.

Del resto, che *cognatio* e *consanguinitas* non fossero affatto sinonimi, è già apparso chiaro dalla trattazione che precede. Si è però ritenuto necessario sottolinearlo ancora una volta esplicitamente, come elemento di rilievo rispetto all’assetto delle regole successorie successive all’emanazione dei senatoconsulti, di cui ora ci si deve occupare.

21 LENEL, *Palingenesia* 2, 1015: è l’unico contenuto del titolo *de hereditate legitima* nel *liber regularum* di Ulpiano.

22 GUASTELLA, *La rete*, 86.

23 Sotto altro profilo, il sangue fa da tramite per l’assegnazione di un posto, un nome, un ruolo all’interno della società (GUASTELLA, *La rete*, 110); esso stabilisce connessioni tra gruppi e crea un ponte tra l’identità individuale e quella collettiva; cfr. anche LEONHARD, *Consanguinei*, 188.

24 POMATA, *Legami*, 312. In precedenza, GUASTELLA, *La rete*, 81 ss.

25 POMATA, *Legami*, 311; THOMAS, *La divisione*, 103 ss.; cfr. anche, recentemente, SCALISI, *Il patronimico*, 11 ss.

26 Cfr. anche MAGANZANI, *Padri*, 73-75.

#### 4. I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano nella sistematica del Digesto e il punto di vista palinogenetico

Non è questa la sede per una ricognizione completa dei contenuti dei frammenti che riguardano i due senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano: per questo si rinvia allo studio monografico di Marianne Meinhart, la cui completezza appare tuttora insuperata<sup>27</sup>. A tale opera si farà di volta in volta riferimento per l'esegesi di singoli testi. Interessa invece, ora, condurre un discorso di respiro più generale.

Innanzitutto, qualche osservazione sistematica sulla posizione dei due provvedimenti nella compilazione giustiniana, perché sia il Digesto che il Codice presentano titoli specifici, sebbene con caratteristiche diverse. Nel Digesto, infatti, troviamo un unico titolo, il 38.17, comprensivo di entrambi i senatoconsulti. In esso sono rappresentati pochi giuristi: per la maggior parte Ulpiano, cui si aggiunge qualche escerto di Modestino, Gaio, Paolo e Pomponio<sup>28</sup>. Il Codice ci tramanda invece due titoli separati<sup>29</sup>.

In D. 38.17 i primi due frammenti provengono dall'*ad Sabinum* ulpiano, rispettivamente dal libro dodicesimo e dal libro tredicesimo<sup>30</sup>; ad essi seguono due frammenti dai *libri regularum* di Modestino<sup>31</sup>, tre dai *libri singulares* di Paolo dedicati ai due senatoconsulti<sup>32</sup>, due di Gaio, sempre monografici. Chiude il titolo un passo di Pomponio, tratto dal secondo libro dei senatoconsulti. L'ampio ricorso ai *libri singulares* testimonia, da un lato, l'attenzione specifica dei giuristi classici rispetto alla successione *ex senatoconsultis*, atteggiamento

27 MEINHART, *Die Senatusconsulta*.

28 Nel Digesto essi si trovano in coda alla trattazione della *bonorum possessio*, secondo questo ordine: D. 38.14 *Ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur*; D. 38.15 *quis ordo in possessionem servetur*; D. 38.16 *De suis et legitimis heredibus*; D. 38.17 *Ad senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum*.

29 Il Codice scandisce le materie come segue: C. 6.55 *De suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus* (cfr. MANFREDINI, *La volontà*, 119 ss.); C. 6.56 Tertulliano; C. 6.57 Orfiziano; C. 6.58 *De legitimis heredibus*; C. 6.59 *Communia de successionibus*.

30 Cfr. LENEL, *Palinogenesia* 2, 1043 ss.

31 Il frammento 3 reca un'*inscriptio* richiamante il libro ottavo, ma probabilmente si tratta del nono. LENEL, *Palinogenesia* 1, 740 e n. 3.

32 Si tratta dei frammenti 5, 6 e 7 di D. 38.17. Per un'analisi dei *libri singulares* paolini nel Digesto, cfr. COSSA, *Per uno studio*, 3 ss. e 33 e n. 98. L'Autore ritiene che l'*inscriptio* di D. 38.17.7, che menziona entrambi i senatoconsulti, sia stata erroneamente formulata per analogia con la denominazione del titolo del Digesto. Egli ritiene più plausibile che il passo sia stato tratto, come il fr. 5, dal libro dedicato al solo sc. Tertulliano (LENEL, *Palinogenesia* 1, 1296 e n. 1). Ricorda, inoltre, la proposta di HONORÉ, *Justinian's Digest*, 149, di riattribuire a Ulpiano anche D. 38.17.5. Cfr. anche 36 n. 106, per ulteriori indicazioni bibliografiche.

che si riflette, per altro verso, anche nella scelta dei giustinianeî di mantenere la materia in qualche modo distinta rispetto al complesso del sistema successorio.

Andando più nello specifico, e sempre rimanendo nell'ambito della trattazione del Digesto, una prima considerazione da compiere è quella secondo cui il titolo unitario sui senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano menziona nella rubrica i due provvedimenti in ordine cronologico, ma li tratta, all'interno, in ordine inverso, vale a dire prima l'Orfiziano e poi il Tertulliano, lasciando in chiusura il gruppo di passi in cui essi sono considerati indistintamente<sup>33</sup>.

Il titolo D. 38.17 è immediatamente successivo a quello *De suis vel legitimis heredibus* (D. 38.16), dal quale è scorporato, secondo uno schema che non è sempre seguito nelle trattazioni istituzionali<sup>34</sup>. Esso esordisce con alcune precisazioni sullo *status* della madre della cui successione si tratta, completate da una rassegna delle possibili configurazioni del rapporto filiale<sup>35</sup>. La prospettiva generale è quella, propugnata dal sc. Orfiziano, della successione legittima dei figli alla madre, che, se impetrata, viene garantita in base alle nuove regole, con

33 Ragionando in termini di masse, notiamo il susseguirsi della massa sabiniana e di quella papiniana, con esclusione della massa editale, a motivo dell'estraneità della materia alla successione pretoria (pur costituendo essa, in certi casi, un concreto strumento per addivenire alla disponibilità dei beni).

34 Così accade anche nei *Tituli ex corpore Ulpiani* 26.1; le *Pauli Sententiae* recano invece un titolo 4.8, rubricato *De intestatorum successione*, cui seguono il 9 e il 10, dedicati, rispettivamente, al Tertulliano e all'Orfiziano; nelle Istituzioni imperiali, il cui esame esula dalla delimitazione temporale del presente studio, il titolo 3.1 comincia con la successione dei *suis*, mentre il 3.2 si occupa degli *agnati*, senza attribuire una posizione specifica nella sequenza successiva al grado dei *consanguinei*. Di questo paragrafo si occupa, relativamente alla successione femminile, LAMBERTINI, *Giustiniano*, 472, accostandolo a C. 6.58.14 (a. 531), di poco precedente. Seguono I. 3.3, sul Tertulliano, e I. 3.4, sull'Orfiziano; infine, I. 3.5 sulla successione dei *cognati*.

35 Solo per inciso, si noti che la *bonorum possessio* viene nominata due volte. La prima, in D. 38.17.1.5: *sed si matris exsecto ventre filius editus sit, magis dicendum est hunc quoque ad legitimam hereditatem admitti: nam et institutus secundum tabulas et ab intestato unde cognati et multo magis unde legitimi bonorum possessionem petere potuit: argumento est, quod venter in possessionem ex omni parte edicti mittitur* (anche colui che viene estratto dal ventre materno ha diritto all'eredità legittima in base all'Orfiziano, dato che, se istituito erede, può chiedere la *bonorum possessio secundum tabulas* o, *ab intestato*, quella *unde cognati* e ancora più fondatamente quella *unde legitimi*); la seconda, al § 7, in relazione al caso specifico del concepito istituito erede (cfr. MEINHART, *Die Senatusconsulta*, 302 ss.): *sed si mater testamento facto filium heredem scripserit unum sub condicione, cum plures haberet, si condicione pendente possessionem petierit et postea condicio defecit, aequum est ceteris etiam filiis legitimam hereditatem non auferri: quod et Papinianus libro sexto decimo quaestionum scripsit* (secondo quanto scritto da Papiniano, se la madre abbia istituito il figlio sotto condizione e costui, durante la pendenza, abbia chiesto la *bonorum possessio* ma poi la condizione non si sia verificata, l'eredità legittima non sarà negata agli altri figli).

conseguente soccombenza del diritto antico. Al § 9 questo principio è sancito espressamente:

D. 38.17.1.9: *'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 crescet. Et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*<sup>36</sup>

Dal frammento 2 del medesimo titolo inizia la spiegazione inerente al Tertulliano. Questa parte di commento appare divisa abbastanza nettamente in due sezioni: la prima, nella quale si definiscono i protagonisti della successione e si affrontano questioni legate alle interazioni del senatoconsulto con il sistema di *ius civile* e con quello pretorio; la seconda, dal § 23 in poi, dominata da un altro tema, quello del rapporto tra successione della madre e nomina dei tutori. È un punto del commento che in realtà si riferisce ad un rescritto di Settimio Severo, che conosciamo perché richiamato da un passo di Modestino tramandato in altra *sedes materiae* (1 *exc.* D. 26.6.2.2):

*Divus Severus Cuspio Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo. Et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.*

A questa costituzione Ulpiano compie una serie di riferimenti a partire, appunto, dal § 23 di D. 38.17.2. La frequenza dei richiami ha fatto ritenere plausibile a Mommsen e Krüger che in questo punto siano 'cadute' le parole letterali del rescritto di Severo, forse presenti nell'originale ulpiano. Da esso emerge il principio generale secondo il quale la madre non sarà ammessa alla successione se avrà mancato di adempiere al proprio compito di nominare i tutori ai figli che ne avessero necessità<sup>37</sup>. Si coglie, in filigrana, una tendenziale affermazione della logica potestativa, rappresentata, in via 'mediata', dalla presenza del tutore<sup>38</sup>.

36 Cfr., anche per qualche osservazione sull'autenticità di esso e sulla regola dell'accrescimento ivi contenuta, cfr. MEINHART, *Die Senatusconsulta*, 75 ss. (si veda anche il confronto con Paul. *lib. sing. ad sc. Orph.* D. 38.16.6.1, che conterrebbe la reale formulazione del provvedimento). Sull'uso da parte di Ulpiano del termine *portio* come ammontare preciso di un tutto, cfr. BIANCHI, *In tema di concepimento*, 4 n. 20; TURPIN, *Formula*, 504 n. 8.

37 Su questa disposizione cfr., per tutti, GIUNTI, *Il ruolo sociale*, 137 ss.

38 MEINHART, *Die Senatusconsulta*, 313 afferma che in questo passo si ha una valorizzazione del ruolo della madre. Se costei non avesse provveduto a nominare i tutori, non si sarebbe trattato di un caso di indegnità vero e proprio, ma l'eredità sarebbe stata devoluta come se la madre non esistesse (ciò si deduce da Ulp. 13 *ad Sab.* D. 38.17.2.47).

Chiariti, per sommi capi, i contenuti del titolo D. 37.19, si intende ora soffermarsi più in dettaglio su alcuni aspetti palinogenetici, cioè sulla ricostruzione leneliana dei libri 12 e 13 del commentario di Ulpiano, dedicati nel complesso al tema *De legitimis heredibus*. La seguente tabella permette di mettere a confronto le scelte compiute dai compilatori giustiniane con l'ipotetico assetto dell'originale ulpiano:

<i>Digesta</i>	Ulp. <i>ad Sabinum</i> <sup>39</sup>
D. 38.16 De suis et legitimis heredibus = D. 38.16.1pr. + D. 38.16.2	Libro XII [De legitimis heredibus] De suis heredibus = D. 38.16.1pr. + D. 49.15.15 + D. 38.16.1 pr.-8 De consanguineis heredibus = D. 38.16.1.9-11 Ad Sc. Orfitianum = D. 38.17.1
D. 38.17 Ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum = D. 38.17.1 + D. 38.17.2	Libro XIII [De legitimis heredibus] Ad Sc. Tertullianum = D. 38.17.2 De adgnatis heredibus = D. 38.16.2

Come si vede, nel Digesto abbiamo, per primo, il titolo *De suis et legitimis heredibus*, che comprende, l'una dopo l'altra, la successione dei *sui* e quella dei *legitimi*; ad esso segue quello, cumulativo, sui due senatoconsulti, trattati nell'ordine di cui si è detto.

Viceversa, la restituzione palinogenetica del commentario ulpiano mostra una scansione delle materie diversa e più articolata. Troviamo infatti la suddivisione di queste categorie di eredi tra due libri: il 12, relativo ai soli *sui*, e il 13, focalizzato sui soli *legitimi*. Sulla descrizione dei *sui*, contenuta nei §§ dall'1 all'8 di D. 38.16, non è il caso di soffermarsi nel dettaglio: sia sufficiente segnalare che il giurista usa i tradizionali strumenti di valutazione legati alla discendenza diretta, naturale o artificiale, rispetto all'avente potestà, lungo la linea retta figli-nipoti. Completa il testo D. 49.15.15, che tratta del riacquisto della qualifica di *suus* da parte di un figlio, qualora il padre sia stato liberato dai nemici ma sia defunto prima del pagamento del riscatto<sup>40</sup>.

39 LENEL, *Palinogenesia* 2, 1043 ss.

40 Ulp. 12 *ad Sab.* D. 49.15.15: *si patre redempto et ante luitionem defuncto filius post mortem eius redemptionis quantitatem offerat, dicendum est suum ei posse existere. Nisi forte quis suptilius dicat hunc dum moritur, quasi iure pignoris finito, nactum postliminium et sine obligatione debiti obisse, ut potuerit suum habere. Quod non sine ratione dicitur.* Il testo si presenta come un corollario rispetto all'andamento generale del discorso ulpiano e per questo non se ne

Le differenze tra Digesto e originale ulpiano si fanno invece più marcate a partire dal § 9 del medesimo frammento. Nella sua versione ricostruttiva, il Lenel mette infatti in evidenza la possibile presenza nell'*ad Sabinum* di un titolo specifico, formato dai §§ dal 9 all'11 di D. 38.16.1 e identificativo della categoria dei *consanguinei*, dei quali Ulpiano dice espressamente che sono chiamati alla successione subito dopo i *sui*<sup>41</sup>. Il testo è quello, già citato sopra, nel quale è ricordata la definizione di Cassio:

D. 38.16.1.9: *post suos statim consanguinei vocantur*. 10. *Consanguineos autem Cassius definit eos, qui sanguine inter se conexi sunt. Et est verum eos esse consanguineos, etiamsi sui heredes non extiterunt patri, ut puta exheredatos: sed et si pater eorum deportatus fuerit, nihilo minus eos inter se esse consanguineos, licet patri sui heredes non extitissent: et qui numquam in potestate fuerunt, erunt sibi consanguinei, ut puta qui post captivitatem patris nascuntur vel qui post mortem*. 11. *Non solum autem naturales, verum etiam adoptivi quoque iura consanguinitatis habebunt cum his qui sunt in familia vel in utero vel post mortem patris nati*.

Oltre a quelli appena menzionati, la *consanguinitas* appare nei seguenti testi ulpiani, appartenenti alla *sedes materiae* dei due senatorioconsulti<sup>42</sup>:

[*Ad sc. Orfitianum* L. 2, 1045]

Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.17.1.11: *utrum autem ei defertur successio, qui tunc legitimus deprehenditur, an vero ei, qui tunc fuit, cum filio defertur? Ut puta proponamus fuisse defunctae consanguineum eiusque filium, deliberante filio defunctae consanguineum obisse, mox filium repudiasse matris hereditatem: an consanguinei filius*

approfondisce, in questa sede, il contenuto giuridico. Cfr. FRÖSCHL, RAINER, *Stellung*, 78. Per un accenno alla critica testuale, cfr. SANNA, *Capitis deminutio*, n. 15.

41 LAMBERTINI, *Giustiniano*, 471 parla di categoria aggiunta in un secondo tempo, che appare ordinariamente accolta nelle trattazioni dei giuristi classici.

42 A parte Gaio, di cui si è già detto, i *consanguinei* sono citati anche da altri giuristi: Paul. 44 *ad ed.* D. 22.6.1.1 (titolo *De iuris et facti ignorantia*): *idem est, si frater consanguineus defuncti credat matrem potiore esse*; Iul. 19 *dig.* D. 25.3.2 *pr.* (titolo *De agnoscendis et alienis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*): *in omnibus causis (quare et fratribus consanguineus erit)*; Paul. *l.s. ad sc. Orphitianum* D. 38.17.6*pr.*: *filii mater ex hoc senatus consulto, etiamsi in aliena potestate sit, ad hereditatem admittitur*. 1. *Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videntur 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*. Per il giurista, esiste la possibilità di pentirsi e di chiedere l'eredità della madre da parte del figlio entro il termine di un anno, sull'esempio della *bonorum possessio*, prima che il consanguineo o l'agnato lo facciano. Altre menzioni si trovano in Gai Ep. 2.8.5 (*soror consanguinea habetur agnata*); Ulp. 26.8; C. 5.30.3 *pr.*; C.Th. 3.17.2; C.Th. 4.6.2 *pr.*; C.Th. 5.1.2; Nov. Anthem. 3, a. 468; Nov. Iust. 101 *caput II*.

*admitti possit? Et Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti adgnato.*

La questione riguarda l'identificazione del successore tra chi è compreso nei legittimi al momento della morte della donna oppure chi lo era al momento in cui la successione era stata deferita al di lei figlio. Il caso è questo: la defunta lascia un consanguineo (cioè un fratello) e il proprio figlio, ma durante il *tempus deliberandi* del figlio il consanguineo muore. Subito dopo il figlio rifiuta l'eredità. Ci si domanda se il figlio del consanguineo possa succedere. A questa domanda Giuliano risponde, approvato da Ulpiano, che in base al Tertulliano la successione andrà all'agnato più vicino<sup>43</sup>.

Passando al libro 13, nell'ambito della disciplina del sc. Tertulliano compaiono altri due casi trattati da Ulpiano:

[*Ad senatusconsultum Tertullianum* L. 2, 1048]

Ulp. 13 *ad ed.* D. 38.17.2.18: *si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet: si consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire: et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam: consanguinea enim est, quae patrem excludit. Repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata, sed et in hac moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere.*

Ulp. 13 *ad ed.* D. 38.17.2.19: *sed et si ipsa mater eadem sit et soror consanguinea, ut puta quoniam pater matris nepotem suum ex filia adoptavit, sit praeterea et pater naturalis: haec mater si quidem quasi consanguinea veniat, excludet patrem: si ius consanguineae repudiavit vel capitis deminutione amisit, ex senatus consulto venire propter patrem non potest, repudiante vero patre rursus ex senatus consulto potest venire.*

Nel primo passo, il defunto ha una sorella consanguinea, la madre e il padre adottato o emancipato<sup>44</sup>. La consanguinea può chiedere l'eredità nella seconda

43 MEINHART, *Die Senatusconsulta*, 175 ss. sostiene che probabilmente sul punto vi era stata controversia, e che forse un copista abbia eliminato dal passo la soluzione non accolta. La studiosa nota, anche, un certo scollamento tra quanto affermato da Ulpiano e il richiamo a Giuliano – che commentava il Tertulliano e non l'Orfiziano – operato da costui solo in coda alla propria soluzione.

44 Per MEINHART, *Die Senatusconsulta*, 282, bisogna interpretare il testo nel senso che il padre appartenga alla stessa famiglia del figlio ereditando, con il quale aveva in precedenza rapporti agnatizi. L'autrice collega a casi come questo il testo di I. 3.3.3 (284), la cui provenienza è considerata incerta, forse attribuibile ai *libri singulares* sui senatoconsulti di Gaio o di Paolo. Per una menzione cursoria del passo, cfr. GONZALEZ ROLDÀN, *Il diritto ereditario*, 207.

classe della successione *ab intestato* (così risulta da Ulpiano); ad essa ha diritto anche la madre del defunto, in base al Tertulliano. In questo caso le due donne succedono in pari quota e il padre resta escluso. Qualora, però, la consanguinea rifiuti l'eredità, il padre prevarrà sulla madre, in base alle disposizioni del Tertulliano. Continua il giurista precisando che in tale eventualità la madre dovrà per forza aspettare la decisione della consanguinea, perché da essa dipenderà l'esclusione o meno del padre. La madre potrà tuttavia chiedere comunque la *bonorum possessio* nella classe dei *cognati*, ma anche qui dovrà prima attendere un'eventuale iniziativa del padre sul piano pretorio. La ragione di questa decisione è che, nel caso in cui il padre omettesse la richiesta, si riaprirebbe la possibilità di succedere in base al senatoconsulto.

Il paragrafo è un esempio lampante della complessità del coordinamento tra regole civilistiche e regole pretorie, tra rapporti di *agnatio* di dubbia lettura e considerazione della comunanza di sangue paterno come criterio successorio<sup>45</sup>. Rileva particolarmente ai nostri fini il ruolo della *consanguinitas*, che può fare la differenza rispetto all'ammissione del padre, privo di legame agnatizio, alla successione del proprio figlio. Si tratta comunque di una *consanguinitas* ancora strettamente connessa con la parentela agnatizia, della quale si presenta come sfaccettatura privilegiata.

Il paragrafo 19 considera invece il caso in cui la stessa persona sia al contempo madre e sorella consanguinea del defunto, come ad esempio qualora il padre della madre (nonno del defunto) abbia adottato il proprio nipote *ex filia* e sia sopravvissuto al *de cuius* anche il padre naturale: se la madre viene ammessa all'eredità come consanguinea – leggi, per grado agnatizio privilegiato – escluderà il padre. Se costei perderà il grado di consanguineità per rifiuto o per *capitis deminutio*, sarà esclusa dal padre e il sc. Tertulliano non troverà applicazione. Se però il padre rifiuterà la successione, allora la disciplina tertulliana potrà riprendere vigore.

Anche in questo caso, vincoli agnatizi e vincoli naturali si mescolano e si sovrappongono. Secondo la Meinhart, la madre avrebbe la scelta tra concorrere nel grado dei consanguinei, dividendo così l'eredità con eventuali altre sorelle consanguinee, oppure avvalersi della disciplina del Tertulliano, che, proprio in quanto madre, le avrebbe riservato la metà. Quest'ultima eventualità avrebbe addirittura aperto la via ad un accordo con il padre, in base al quale costui avrebbe evitato di farsi avanti come *bonorum possessor*<sup>46</sup>.

45 MEINHART, *Die Senatusconsulta*, 291 ritiene fondamentale per la comprensione del passo il fatto che la madre avesse anche un legame agnatizio con il defunto.

46 MEINHART, *Die Senatusconsulta*, 295; per un punto di vista particolare, cfr. SACCHI, *La regula*, 306.

Rimanendo nel libro 13, si incontrano le considerazioni di Ulpiano sui *consanguinei* nell'ambito della classe degli *agnati*:

[*De adgnatis heredibus* L. 2, 1050<sup>47</sup>]

Ulp. 13 *ad Sab.* D. 38.16.2 pr.: *post consanguineos admittuntur adgnati, si consanguinei non sunt, merito. Nam si sunt consanguinei, licet non adierint hereditatem, legitimis non defertur. Sed hoc sic erit accipiendum, si nec sperantur esse: ceterum si vel nasci consanguineus vel de captivitate reverti potest, adgnati impediuntur. 1. Adgnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti*<sup>48</sup>. *Nam post suos et consanguineos statim mihi proximus est consanguinei mei filius et ego ei: patris quoque frater, qui patruus appellatur: deincepsque ceteri, si qui sunt hinc orti, in infinitum.*

D. 38.16.2.6: *proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, cum moreretur pater familias, sed eum, qui tunc fuit, cum intestatum decessisse certum est. Secundum quae et si suus erat qui praecedebat vel consanguineus, si nemo eorum, cum repudiatur hereditas, vivit, proximum eum accipimus, qui tunc, cum repudiatur hereditas, primus est.*

Gli *agnati* sono chiamati subito dopo i *consanguinei*: questi ultimi, se presenti, escludono i primi. Lo stesso accade anche nel caso della mera 'speranza' della loro esistenza, come ad esempio se siano ancora nel ventre materno oppure possano tornare dalla prigionia presso i nemici. Ribadita la nozione di *agnato* come colui con il quale si è legati da una discendenza maschile, si specifica che, in mancanza di *sui* e *consanguinei*, viene considerato *agnato* prossimo il figlio del *consanguineo*<sup>49</sup>. Poco oltre, in un altro paragrafo, Ulpiano definisce come 'prossimo' non colui che lo fosse al momento della morte del *pater familias*, ma al momento in cui sia certo che il defunto sia morto intestato. In base a questo principio, si deve anche ritenere che, qualora l'eredità sia stata rifiutata e nel frattempo siano morti anche il *suus* o il *consanguineus*, debba essere considerato 'prossimo' colui che si trova in prima posizione al momento del ripudio.

Le Istituzioni dello stesso giurista, ricostruite sulla base della *Collatio rerum Mosaicarum et Romanarum*, ricalcano l'ordine dell'*ad Sabinum*, diffondendosi

47 Il titolo del Digesto è *De suis et legitimis heredibus*.

48 La sequenza è presente anche nel *liber singularis regularum*: Coll. 16.4.1-2: Ulp. 1 *liber sing reg.*: *intestatorum gentiliciorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos qui in potestate sunt ceterosque qui liberorum loco sunt; si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre: si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus per mares descendentes eiusdem familiae.* Sul testo, cfr. MONACO, *Hereditas*, 52: l'Autrice nota che le donne *consanguinee* non vengono espressamente definite come *agnatae*, propendendo per una estensione della categoria sulla base dell'*interpretatio*. In Coll. 16.3, nel novero degli *agnati* si citano infatti, esplicitamente, solamente individui di sesso maschile.

49 Si veda, a tale proposito, il già richiamato D. 38.17.1.11.

sui gradi della successione nel titolo *De successioneibus ab intestato*<sup>50</sup>. Dopo aver precisato che l'eredità si può deferire secondo le regole di *ius civile* o di diritto pretorio, il giurista afferma quanto segue:

*Coll. 16.6: post suos ab intestato legitimi admittuntur, primum consanguinei. Consanguinei sunt frater et soror, qui in eiusdem potestate patris fuerunt, etsi ex diversis matribus nati sunt. Consanguineos et adoptio facit et adrogatio et causae probatio et in manum conventio.*

Ulpiano, analogamente a quanto si legge nel commentario *ad Sabinum*, individua in primo luogo la sequenza *sui-consanguinei*. Egli descrive i *consanguinei* come figli naturali dello stesso padre, senza riguardo all'eventuale comunanza materna. Precisa poi che questo rapporto può essere acquistato anche in base al diritto, in caso di adozione, *causae probatio* e *conventio in manum*. Passa infine a descrivere la classe dei *legitimi*, che viene ammessa alla successione in mancanza di consanguinei e che coincide, nella sostanza, con quella degli agnati di sesso maschile, legati al padre capostipite da un vincolo di *cognatio*<sup>51</sup>. Al contrario, per la successione femminile non si considera il grado di parentela ulteriore rispetto alla *consanguinitas*<sup>52</sup>:

*Coll. 16.7.1: deficientibus consanguineis legitimi vocantur. Hi sunt agnati qui nos per patris cognationem contingunt virilis sexus; nam sciendum feminis ultra consanguineas hereditates legitimas non deferri.*

Nel § 2 dello stesso testo, il giurista si sofferma sulla successione *ab intestato* dei *liberi* in base al diritto pretorio<sup>53</sup>, cui segue la descrizione della categoria dei cognati<sup>54</sup>. Qui dei *consanguinei* non si fa menzione.

L'ultimo paragrafo, riguardante la successione dei *patroni*, chiude la trattazione con queste parole:

50 LENEL, *Palingenesia* 2, 929 s. Lo stesso si legge in Coll. 16.4.1.

51 A proposito di questa definizione, MONACO, *Hereditas*, 51 afferma che essa rappresenterebbe la prova del fatto che le donne non fossero originariamente considerate nel novero degli *agnati*.

52 Si coglie qui anche l'eco di Gai. 3.24.

53 Coll. 16.7.2: *suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere data bonorum possessione, ita tamen, ut bona si qua propria habent, his qui in potestate manserunt conferant. Nam aequissimum putavit neque eos bonis paternis carere per hoc, quod non sunt in potestate neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus.*

54 Coll. 16.8.1 *Idem libro qui supra sub titulo de suis heredibus: post agnatos praetor vocat cognatos: cognati autem sunt, qui nos per patrem aut matrem contingunt: post cognatos virum et uxorem. 2. Et haec, si qui decessit non fuit libertinus vel stirpis libertinae: ceterum si libertinus est vel libertina, patrono eius legitima hereditas patronaevae lege duodecim tabularum defertur.*

Coll. 16.9.3: *sed imperator noster in hereditatibus quae ab intestato deferuntur eas solas personas voluit admitti, quibus decimae inmunitatem ipse tribuit.*

La storia interpretativa del passaggio affonda le radici in un'età precedente. In particolare, Marotta ne ha messo recentemente in luce il collegamento con una vicenda legata all'imposizione fiscale<sup>55</sup>. Infatti, all'epoca di Nerva esisteva un'imposta sulle successioni, dalla quale erano esentati soltanto alcuni parenti stretti: tali erano il figlio rispetto ai beni del padre, purché il primo fosse in potestà, e, reciprocamente sui rispettivi beni, le madri e i figli. Questa esenzione valeva per i vecchi cittadini, ma non per i nuovi residenti nei *municipia*, il quali attraverso l'imposizione di un tributo talvolta gravoso venivano privati della possibilità di subentrare nei patrimoni provenienti dai loro affetti più cari. Si faceva eccezione per coloro che avessero acquisito i cd. *cognationis iura*, ma questi ultimi dovevano essere espressamente richiesti e venivano accordati in un numero assai ridotto di casi. Per sanare questa situazione, intervenne in seguito una riforma di Traiano, assai lodata da Plinio il Giovane, con la quale il principe estese l'esenzione anche al figlio non in potestà e ad altri parenti meno prossimi<sup>56</sup>. Eccone uno stralcio, per noi rilevante perché vi compare l'espressione *cognationis iura*:

Plin., *Pan.* 37.3: *haec mansuetudo legis veteribus civibus servabatur: novi, seu per Latium in civitatem seu beneficio principis venissent, nisi simul cognationis iura impetrassent, alienissimi habebantur, quibus coniunctissimi fuerant.*

Marotta, dopo aver in un primo momento identificato i *cognationis iura* con i legami di sangue, specifica, basandosi sul tenore del passo di Plinio, che in realtà Plinio usava l'espressione per riferirsi all'*agnatio*. Ne consegue che l'esenzione di madri e figli appena ricordata sarebbe stata basata su un «artificio giuridico», vale a dire la finzione che la madre fosse sposata *cum manu* e che i figli fossero sotto potestà. Si tratta, afferma ancora l'Autore, di artificio analogo a quello che avrebbe in seguito costituito il fondamento dell'Orfiziano.

Nel 112, in connessione con l'attribuzione generalizzata della cittadinanza, il tema aveva acquisito un rilievo centrale. Secondo la lettura di Marotta, Caracalla avrebbe optato per una riduzione del numero delle *personae cognatorum* ammesse a succedere *ab intestato* al *liber in mancipio* affrancato *per vindictam*; il diritto di succedere sarebbe stato attribuito esclusivamente ad alcune delle *personae* enumerate in Coll. 16.9.2, cioè quelle che Caracalla ammetteva al

55 MAROTTA, *Ideali*, 122 ss. e *Commento*, 258-263.

56 MAROTTA, *Ideali*, 124.

beneficio dell'esenzione dal pagamento dell'imposta di successione (*decima hereditatum*)». Intendendosi così il testo, risulta più chiaro il pensiero di Cassio Dione e del suo epitomatore.

A differenza di ciò che è stato detto talvolta in letteratura, Caracalla avrebbe abolito «non già le successioni e, in particolare, le successioni *ab intestato*, ma il regime preferenziale, nel pagamento della *decima hereditatum*, riservato ai parenti non ricompresi tra quelli più prossimi, ossia ai *liberi* (figli, figlie e altri discendenti, non importa se emancipati o meno)»<sup>57</sup>.

L'interpretazione di Marotta appare convincente e rilevante, nello specifico, ai nostri fini. In effetti, le implicazioni della restrizione delle persone esentate dall'imposta rispetto all'assetto delle successioni sono notevoli, come risulterà evidente tra poco.

### 5. La *consanguinitas* nel quadro successorio del III sec.: ancora sulla sistemica ulpiana

L'analisi del commento ulpiano *ad Sabinum*, e nello specifico il ruolo della *consanguinitas* che in esso si coglie, permette di guardare al 'sistema' successorio dell'epoca severiana da più di un angolo prospettico.

Da un lato, infatti, si apprezza, dalla metà del II secolo in poi, una sempre maggiore rilevanza del legame biologico su quello giuridico. Dall'altro, la riorganizzazione delle categorie dei successibili sulla base della *consanguinitas* può essere letta anche come manifestazione normativa dello stretto legame tra relazioni familiari e imposizione del regime fiscale.

Cominciamo dal primo punto. Ulpiano, nelle trattazioni sulla successione intestata (non solo i libri 12 e 13 *ad Sabinum*, ma anche le Istituzioni), guarda ai gradi della successione civilistica tra fratelli non più soltanto attraverso il filtro delle XII tavole, ma dall'angolo visuale della comunanza di padre biologico: la *consanguinitas*, appunto, che assurge a vero e proprio grado di successione, ponendosi tra i *sui* e gli *agnati*. Così egli giunge ad affermare la prevalenza di questo specifico legame naturale, sia in costanza di legame agnatizio, sia in caso di rottura (o addirittura inesistenza) di esso<sup>58</sup>.

57 MAROTTA, *Ideali*, 127.

58 Probabilmente, in concreto, nei casi menzionati per ultimi la successione si realizzava con la richiesta di *bonorum possessio*, ma è un aspetto che nel contesto del commento *ad Sabinum* al giurista non interessa sottolineare. Lo dice, invece, nell'*ad edictum*: Ulp. 46 *ad ed.* D. 38.7.2, titolo *unde legitimi*: 4. *Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex duodecim tabularum eum legitimum heredem faciat sive alia lex senatusve consultum. Denique mater, quae ex senatus consulto venit Tertulliano, item qui ex Orphitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt.* Per MONACO,

Al proposito si può osservare, ulteriormente, che la *consanguinitas* permane anche se la potestà si spezza<sup>59</sup>. Essa può comunque essere oggetto di una finzione giuridica: gli adottivi godono di quelli che il giurista definisce *iura consanguinitatis*, lasciando intendere che in questo specifico ambito è ancora possibile che il diritto si sostituisca alla natura. La *ratio* è forse quella di dare precedenza ai fratelli adottivi, o emancipati, o variamente usciti di potestà (o, anche, mai entrati) su altri agnati non consanguinei, in una prospettiva di mantenimento del patrimonio all'interno di una cerchia che si avvicina, di fatto, a un modello di famiglia nucleare<sup>60</sup>.

Plinio, come si è visto, usava il concetto di *iura cognationis* per riferirsi al legame cognatizio tra agnati; specularmente, si può ben ritenere che l'interpretazione giurisprudenziale fosse giunta ad affermare che alcuni agnati/cognati, appartenenti ad una specifica categoria, meritassero di scavalcare nella successione gli altri appartenenti al gruppo agnatizio. Si arriva così a delimitare una cerchia ristretta di parenti, identificabili in sostanza con i fratelli (Cassio li chiamava 'di sangue', poi si arrivò a definirli meglio), naturali o anche adottivi o mai stati sotto la potestà dello stesso padre, purché figli naturali di quel padre. L'interpretazione giurisprudenziale, che distingue tra agnati consanguinei e agnati non consanguinei, è condizionata da diversi fattori: tra essi, le concezioni non tecniche di parentela diffuse tra gli autori non giuristi, ma anche le farraginosità di coordinamento tra la successione legittima civile e quella *ad intestato ex bonorum possessione*, che era ispirata nel suo complesso alla valorizzazione dei legami naturali anche tra agnati.

In altri termini, sulla falsariga dei *iura cognationis*, che fingono, ai fini prevalentemente successori, un rapporto di *cognatio* non esistente, si delineano i *iura consanguinitatis*, prerogative legate alla nascita ma attribuite ai soli fratelli nati dallo stesso padre, anche quando privi di legami agnatizi. Nella sequenza dei

*Hereditas*, 54, l'introduzione della categoria dei *consanguinei* avrebbe avuto come conseguenza la ricomprensione delle donne nel novero degli *agnati*.

59 Cfr. *supra*, § 3.

60 Sulla relazione tra *agnati* e *consanguinei* cfr. ancora LAMBERTINI, *Giustiniano*, 476, che ritiene che lo sbarramento successorio relativo alle donne non fosse presente nelle XII tavole, ma fosse stato introdotto dalla giurisprudenza successiva sulla base di un'interpretazione restrittiva del dettato di esse. Si vedano le parole di CANTARELLA, *Famiglia romana*, 892, la quale ha osservato che tra il I sec. a.C. e il II d.C. «coesistevano ben tre modelli familiari: l'antica famiglia patriarcale ... la famiglia 'nucleare', che tendeva a emergere sia in conseguenza dell'affermarsi del cristianesimo, sia, a seuguito di una evoluzione interna dei valori pagani ... e per finire la famiglia 'mista', che, al di là della esaltazione a parole della *univira*, era una realtà, anche se non diffusissima, tuttavia, ampiamente presente tra le *élites*, sia a Roma sia nelle province»

successibili, tutti gli (altri) agnati sono posposti a questi. *Iura cognationis* e *iura consanguinitatis* sono, da questo punto di vista, due facce di una stessa realtà.

In questo quadro, il principio di valorizzazione del legame di nascita, posto alla base del riconoscimento della *consanguinitas*, si pone alla base anche della successione legittima *ex senatusconsultis*. Il Tertulliano, prima, e soprattutto l'Orfitiano, poi, rispondono infatti all'esigenza di valorizzare un legame naturale tra madri e figli che non può più essere confinato alla sola subalternità della *cognatio*.

Sembra a chi scrive che ciò si rifletta in modo evidente anche sulla sistemática ulpiana.

Restando sull'*ad Sabinum*, il giurista indica, come si è visto, i *sui* quale prima categoria di successibili; ad essi seguono immediatamente i *consanguinei*, dei quali si è appena detto.

Il passo successivo è quello rappresentato dal grado dei successibili *ex sc. Orfitiano*. In linea femminile, il legame biologico diretto soppianta completamente quello giuridico/potestativo, ponendo i figli al primo posto nella successione materna, e preferendoli, addirittura, ai consanguinei della stessa madre. In questo caso, la *consanguinitas* viene trattata come 'accessorio' dell'*agnatio*.

Il rapporto biologico fonda anche la successione della madre *ex Tertulliano*, la quale deve possedere il requisito – poi eliminato dai compilatori – del *ius liberorum*. Tuttavia, in questo provvedimento il rapporto potestativo e la consanguineità prevalgono sul legame madre-figlio. Tale legame viene però prima rispetto ai rapporti agnatizi più lontani, che infatti compaiono alla fine della sequenza ulpiana.

La sequenza così descritta, pur non equiparabile ad un *edictum successorium*, offre comunque una chiave per identificare i valori che, nel III secolo, fondavano le prevalenze successorie.

Le osservazioni sopra svolte rendono più probabile la congettura che quello appena descritto sia un assetto caratteristico dell'età ulpiana. Non convince infatti del tutto la ricostruzione di Astolfi, che riconduce la frase *post suos statim consanguinei vocantur*, contenuta in D. 38.16.2 *pr.*, ad uno schema di matrice sabiniana<sup>61</sup>. Di sicura attribuzione a Cassio appare infatti solo la definizione di *consanguinei*, ma lo stesso non si può dire della sequenza *sui-consanguinei-agnati*. Marotta, ad esempio, non fa menzione di un'eventuale stratificazione testuale<sup>62</sup>, né possiamo trarre alcuna indicazione certa dalla palingenesi leneliana, che riporta il passaggio in un contesto isolato<sup>63</sup>. Si può allora affermare che

61 ASTOLFI, *I libri*, 208.

62 Cfr. MAROTTA, *Ideali*, 254.

63 LENEL, *Palingenesia* 1, 119.

quella della *consanguinitas* fosse categoria conosciuta ai giuristi (oltre a Cassio, per il periodo pre-ulpiano, troviamo anche Gaio e Giuliano), ma il ricorso ad essa come fondamento autonomo di un grado della successione pare acquisire in Ulpiano un significato specifico.

Passando brevemente al secondo ordine di considerazioni, si è ricordato come, sul piano dell'imposizione fiscale, Caracalla avesse operato in modo restrittivo, esonerando dal pagamento della tassa solo i parenti più vicini. Possiamo ipotizzare che, tra le persone esenti, fossero rimasti i *consanguinei*, forse unici tra gli *agnati*: il sistema successorio che scandisce la chiamata secondo l'ordine *sui-consanguinei*-madri/figli-agnati rappresenterebbe allora, anche in questo senso, la fotografia delle scelte imperiali.

Proseguendo nel commento del quadro ulpiano, emerge come l'Orfiziano sia stato un vero e proprio elemento di rottura: i figli, anche *vulgo quaesiti*, prevalgono sugli agnati della madre; il rapporto biologico di filiazione supera il diritto fondato sulla discendenza in linea maschile. Conseguentemente, l'Orfiziano si inserisce in un punto privilegiato nella sequenza dei successibili *ab intestato*, introducendo una ulteriore categoria di eredi legittimi, preferita rispetto a quella degli *agnati*. Lo stesso Ulpiano, nel commentario *ad edictum*, ricorda che in questo caso il figlio può chiedere la *bonorum possessio unde legitimi*<sup>64</sup>. Aggiungiamo che già nel III secolo l'Orfiziano, più 'moderno', diventa trainante rispetto al Tertulliano, tanto che Ulpiano pospone quest'ultimo all'Orfiziano e lo definisce come *commodum*, quasi si trattasse di una regolamentazione 'accessoria', con pochissimi elementi di novità rispetto al passato.

Si delinea così l'ossatura portante delle regole successorie. Da essa si determinano le priorità e su di essa le categorie pretorie si innestano come semplice modalità di acquisto dei beni ereditari.

In generale, dal punto di vista degli equilibri successori, quello sopra ricordato si presenta come un momento di svolta: ciò che accadrà dopo ne rimarrà profondamente condizionato: in prosieguo di tempo, si arriverà infatti a ritenere 'normale' l'esistenza di beni cosiddetti 'materni', come dimostrano le parecchie costituzioni, presenti nel Teodosiano e nell'omonimo titolo del Codice, ad essi dedicate: tra queste, appunto, la prima del titolo del Codice sull'Orfiziano.

64 Ulp. 46 *ad ed.* D. 38.8.1.9: *sed post senatus consultum Orphitianum et unde legitimi petere poterit [...]*; nello stesso libro, il giurista afferma anche (Ulp. 46 *ad ed.* D. 38.7.1) *haec autem bonorum possessio non tantum masculorum defertur, verum etiam feminarum, nec tantum ingenuorum, verum etiam libertinorum. communis est igitur pluribus. 2. Nam et feminae possunt vel consanguineos vel adgnatos habere, item libertini possunt patronos patronasque habere.*

Ad sc. Orfitianum. C. 6.57.1: Imperator Alexander Severus A. Evangelo. *Si intestatae mulieris consanguinei existant et mater et filia, ad solam filiam ex senatus consulto Orfitiano hereditas pertinet.* PP.XV K. FEBR. FUSCO II ET DEXTRO CONSS. (a. 225)

Se esistono consanguinei della donna morta intestata e poi la madre e la figlia, l'eredità spetta alla sola figlia in base al sc. Orfiziano. Dunque, sono esclusi i consanguinei (da intendersi, i fratelli della donna nati dallo stesso padre) ed è esclusa anche la madre. Così il principe frustra le aspettative di un parente di sesso maschile, ancora evidentemente speranzoso di poter ottenere qualcosa dalla successione di una donna.

## 6. Conclusioni: alla ricerca di un equilibrio

Nonostante l'impatto dirompente dell'Orfiziano, che emerge in modo evidente isolando la trattazione ulpiana, uno sguardo più generale alle fonti successive mostra che i rapporti di forza tra successione impostata sul rapporto potestativo e apertura a nuovi schemi si presentano, in alcuni momenti, come altalenanti. Nelle costituzioni imperiali di età diocleziana troviamo ancora il riflesso dei dubbi interpretativi già presenti nei testi giurisprudenziali classici. Riemerge a tratti, anche più avanti nel tempo, il *vetus ius*; l'ingerenza della linea maschile continua a stendere la sua ombra lunga anche sulle Costituzioni del IV secolo, che spesso tendono a porre l'eredità materna sotto il controllo del padre<sup>65</sup>. Anche il mutamento di prospettiva, dalla valutazione in termini di posizione familiare/parentale a quella della provenienza dei beni (alludo alla disciplina dei cd. *bona materna*), continua ad essere permeato da un doppio binario, maschile e femminile, fino alle riforme paritarie di Giustiniano. Lo dice Giustiniano stesso nel titolo del Codice *De legitimis heredibus*, riferendo un'affermazione fatta da Paolo nel libro dedicato al sc. Tertulliano: quasi paradossalmente, la successione legittima era più paritaria nel diritto decemvirale e si era poi sbilanciata nelle epoche successive, a causa dell'applicazione di una *nimia subtilitas*<sup>66</sup>.

C. 6.58.14 pr.-1 (*Imperator Iustinianus*): *lege duodecim tabularum bene Romano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus quam in feminis legitimis et in eorum successionibus nec non libertis observandam esse existimavit, nullo discrimine in successionibus habito, cum natura utrumque corpus edidit, ut*

65 Sia permesso rinviare a PULITANÒ, *Ricerche*, per l'esegesi di alcune costituzioni dei secoli III e IV e ragguagli bibliografici su di esse.

66 Sulla rilevanza di questa costituzione per la ricostruzione del diritto di età precedente, cfr. LAMBERTINI, *Giustiniano*, 474 s. Sul provvedimento cfr. anche BALESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni*, 52 ss.

*maneat suis vicibus immortalis et alterum alterius auxilio egeat, ut uno semoto et alterum corrumpatur. 1. Sed posteritas, dum nimia utitur subtilitate, non piam induxit differentiam, sicut Iulius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad senatus consultum Tertullianum fecit, apertissime docuit.*

Il testo che precede vuole essere solamente uno spunto di riflessione ulteriore: il riassetto giustiniano della successione intestata presenta elementi di complessità che esulano dagli scopi della presente trattazione, così come richiederebbe un'analisi specifica, che in questa sede non è possibile condurre, anche la sistematica del Codice rispetto a quella delle altre parti della Compilazione. Mantenendo l'auspicio di poter approfondire questi aspetti in un momento successivo, è tempo invece di concludere questo studio con qualche osservazione sul nesso tra le fonti giuridiche sopra esaminate e la realtà dei rapporti familiari.

Il fatto che per lunghissimo tempo la successione sia stata dominata dal principio agnatizio, non significa affatto che anche i rapporti personali fossero modellati sul legame potestativo. Esiste infatti il binario parallelo della successione testamentaria, apprezzabile in copiose testimonianze: tale successione, per Watson, «looks a very family thing». In questo ambito, tutti devono fare qualcosa per qualcuno: le madri istituiscono le figlie, o lasciano una *partitio*: gli uomini istituiscono le madri. «And all this gives, so to speak, a much more cognatic than agnatic impression»<sup>67</sup>.

Al di là di questo, più in generale, è stato osservato che tutti gli articolati rapporti, specchio delle relazioni parentali di sangue in senso lato, «quanto al contenuto affettivo, al significato sociale, alla rilevanza anche politica per i ceti superiori non potevano essere collocati in una scala gerarchica, confondendosi al loro interno le forme agnatizie, senza che vi avessero particolare rilievo»<sup>68</sup>.

Volendosi commentare questa affermazione tornando ancora un momento sul terreno del diritto successorio, non si può negare che in esso le forme agnatizie, intese come antiche categorie di derivazione decemvirale, abbiano al contrario continuato a svolgere un ruolo centrale come schemi ordinanti. La giurisprudenza tardo-classica se ne serve come ossatura fondamentale e come

67 WATSON, 79. Del resto, già da tempi più antichi, in assenza di regole successorie specifiche per le donne, soccorrevano le 'strategie' (ad esempio, l'usufrutto); con l'avvento del principato, e via via nel tempo, si possono individuare diverse ragioni giustificatrici della chiamata *ab intestato* delle donne, come le ragioni demografiche che rendevano più rara l'esistenza di successibili maschi (SALLER, *The family*, 549) o anche il mutamento della psicologia del comando, nel senso che il potere del principe, al quale tutti erano sottoposti, si sostituiva, in qualche modo, alla qualifica di capo del *paterfamilias*.

68 CAPOGROSSI COLOGNESI, *La famiglia*, 153.

ineludibile punto di riferimento della scansione dei successibili. Ne mantiene la forma, ma, d'altra parte, ne muta profondamente la sostanza, di pari passo con l'evolversi dei diversi strumenti successori. Le classi di successibili sono 'riempite' via via di contenuti diversi e, attraverso l'applicazione di valori nuovi, diventano 'altro'. Proprio nel passaggio dal II al III secolo, la considerazione del legame biologico, che rappresentava il sostrato profondo della *cognatio*, aveva certamente fatto la differenza.

## Bibliografia

- BABUSIAUX U., *Die Institutiones im Rahmen der gajanischen Werke*, in *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, a cura di U. Babusiaux, D. Mantovani, Pavia 2020, 51-95.
- BACHOFEN J.J., *Il potere femminile: storia e teoria*, a cura di Eva Cantarella, Milano 1977.
- BACHOFEN J.J., *Introduzione al diritto materno*, a cura di Eva Cantarella, Roma 1983.
- BALESTRI FUMAGALLI M., *Riflessioni sulla Lex Voconia*, Milano 2008.
- BAUER-GERLAND, F. *Das Erbrecht der Lex Romana Burgundionum*, Berlin 1995.
- BELLANDI F., *Giovenale 6,627-33 e il Sc. Tertullianum*, Rheinisches Museum für Philologie. Neue Folge 149.2 (2006) 158-167.
- BETTINI M., *Affari di famiglia. La parentela nella letteratura e nella cultura antica*, Bologna 2009.
- BIANCHI E., *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', RDR 13 (2013) 1-5, <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Bianchi-Portio.pdf>
- BIONDI B., *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano 1954.
- CANTARELLA E., *Famiglia romana e demografia sociale. Spunti di riflessione critica e metodologica*, in *Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, a cura di L. Gagliardi e A. Maffi, Milano 2011, 879-893.
- CANTARELLA E., *Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 1996.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La famiglia romana, la sua storia e la sua storiografia*, Mefra 122.1 (2010) 147-174.
- CASTÁN S., *Successio in locum. El derecho de representación hereditaria en el antiguo ius civile*, TSDP 8 (2015) 37-67. [https://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/wp-content/uploads/2021/12/2015\\_Contributi\\_Castan.pdf](https://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/wp-content/uploads/2021/12/2015_Contributi_Castan.pdf)
- COSSA G., *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano 2018.
- DI CINTIO L., *Modello servile, vinculum aequitatis e iura sanguinis*, RDR 6 (2006) 1-7.
- DI PAOLA LO CASTRO L., *Ancora sulla donna nell'esperienza giuridica romana tardoantica fra persistenze e innovazioni*, in *Donne, istituzioni e società fra tardo antico e alto medioevo*, a cura di F. Cenerini e I.G. Mastroiosa, Lecce 2016.
- FALCONE G., *Studi sui commentarii 'istituzionali' di Gaio. I. Formazione e natura del testo*, Roma-Bristol 2022.
- FERNÁNDEZ VIZCAÍNO B., *El derecho de acrecer en la regulación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, Revista Internacional de Derecho Romano (2011) 518-591.

- FRANCIOSI G., *La famiglia romana. Società e diritto*, Torino 2003.
- FRÖSCHL J.F., RAINER M., *Stellung des Sklaven im Privatrecht*, Stuttgart 1999.
- GARDNER J.F., *Family and Familia in Roman Law and Life*, Oxford 1998.
- GIUNTI P., *Il ruolo sociale della donna di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, 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, 95-143.
- GONZÁLEZ ROLDÁN Y., *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari 2014.
- GUASTELLA G., *La rete del sangue: simbologia delle relazioni e modelli dell'identità nella cultura romana*, *Materiali e Discussioni per l'analisi Dei Testi Classici* 15 (1985) 49-123.
- HONORÉ T., *Justinian's Digest: Character and compilation*, Oxford 2010.
- IMPALLOMENI G.B., *Successioni (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, 18, Torino 1971, 707-729.
- KETZER D., SALLER R., *The Family in Italy from antiquity to the present*, Yale 1991.
- LAMBERTI F., *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino 2014.
- LAMBERTINI R., *Giustiniano e l'antica esclusione dall' 'hereditas legitima' delle agnate oltre il grado dei consanguinei*, *BIDR* 39 (1987) 467-480.
- LA PIRA G., *La successione intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930.
- LEONHARD R., *Consanguinei*, in *PWIV.1*, Stuttgart 1900, 889-891.
- LUCREZI F., *La successione intestata in diritto ebraico e romano*, Torino 2005.
- MAGANZANI L., *Padri, figli e stirpi fra diritto romano e antropologia*, in *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche*, a cura di L. Solidoro, Torino 2019, 59-84.
- MANFREDINI D.A., *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino 1991.
- MAROTTA V., *Commento ai testi*, in *Cneus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma-Bristol 2021, 245-265.
- MAROTTA V., *Ideali universalistici o fiscalismo imperiale? Decima hereditatium e constitutio Antoniniana de civitate*, *Specula iuris* 1 (2021) 111-131, <https://speculaiuris.it/article/view/ideali-universalistici-o-fiscalismo-imperiale>
- MCCLINTOCK A., *La ricchezza femminile e la lex Voconia*, Napoli 2022.

- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989.
- MEINHART M., *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln 1967.
- MONACO L., *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli 2000.
- POMATA G., *Legami di sangue, legami di seme. Consanguineità e agnazione nel diritto romano*, Quaderni storici 86, a. 29/2 (1994) 299-334.
- PULIATTI S., *De cuius hereditate agitur. il regime romano delle successioni*, Torino 2016.
- PULITANÒ F., *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, Torino 1999.
- QUADRATO R., *I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano*, rec. a M. Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz- Wien- Köln, 1967, *Labeo* 15 (1969) 362-377.
- RIZZELLI G., *Padri romani: discorsi, modelli, norme*, Lecce 2017.
- SACCHI O., *La regula iuris e i casi perplexi di Leibniz: algoritmo di buona decisione o presidio di verità nel diritto?*, RIDA 63 (2016) 279-309. <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2016/Sacchi.pdf>
- SANNA M.V., *Capitis deminutio e captivitas*, *Diritto@storia* 6 (2007), <https://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Sanna-MV-Capitis-deminutio-captivitas.htm>
- SCALISI S., *Il patronimico: le ragioni antropologiche del passato e le esigenze valoriali del presente*, TSDP 15 (2022) 1-45, [https://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/wp-content/uploads/2022/12/2022\\_Contributi\\_Scalisi.pdf](https://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/wp-content/uploads/2022/12/2022_Contributi_Scalisi.pdf)
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.
- THOMAS Y., *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in *Storia delle donne in Occidente: l'Antichità*, a cura di P. Schmitt Pantel, Bari-Roma 1990, 103-176.
- TURPIN W., *Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem*, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 46/3 (1999) 499-574.
- VOCI P., *Erede ed eredità (Diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, 15, Milano 1966, 174-183.
- VOCI P., *Diritto ereditario romano*, I<sup>2</sup>, Milano 1962.
- VOCI P., *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963.
- VOCI P., *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I: il IV secolo. Prima parte*, IURA 29 (1978) 17-113.
- VOCI P., *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero (V secolo)*, SDHI 48 (1982) 1-125.
- WATSON A., *The Law of Succession in the later Roman Republic*, Oxford 1971.

WOŁODKIEWICZ W., *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, 409-425.

YARON R., *Two Notes on Intestate Succession*, TD 25 (1957) 385-397.

ZANON G., *La capacità patrimoniale della donna. Tra realtà e apparenza giuridica*, Padova 2013.