



CITATION

Bellodi Ansaloni, A. (2025). Il legato di cosa altrui tra scientia e voluntas testatoris: principi romanistici nell'art. 651 c.c. *Tesserae Iuris*, 6(1). <https://doi.org/10.14276/2724-2013.5042>

DOI

10.14276/2724-2013.5042

RECEIVED

2025-05-30

ACCEPTED

2025-11-10

PUBLISHED

2025-11-10

PEER REVIEW HISTORY

double blind review

COPYRIGHT

2025 © The Authors



This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

SBA
SETTORE
BIBLIOTECHE
DI ATENE0

Il legato di cosa altrui tra *scientia e voluntas testatoris*: principi romanistici nell'art. 651 c.c.

Anna Bellodi Ansaloni (Università di Bologna)

anna.bellodiansaloni@unibo.it

ABSTRACT

Starting from Papinian's D. 31.77.8, the essay examines the *legatum rei alienae* with focus on the *voluntas testatoris* as interpretative criterion and on the attributive/distributive legacy distinction as key to ensuring coherence in testamentary succession.

Partendo da Papiniano D. 31.77.8, il saggio esamina il *legatum rei alienae* con particolare attenzione alla *voluntas testatoris* come criterio interpretativo e alla distinzione tra legato attributivo/distributivo come chiave per garantire coerenza nella successione testamentaria.

IL LEGATO DI COSA ALTRUI TRA *SCIENTIA* E *VOLUNTAS* TESTATORIS: PRINCIPI ROMANISTICI NELL'ART. 651 C.C.

ANNA BELLODI ANSALONI
Università di Bologna

ABSTRACT: The essay examines the *legatum rei alienae* with focus on the *voluntas testatoris* as interpretative criterion and on the attributive/distributive legacy distinction as key to ensuring coherence in testamentary succession.

KEYWORDS: Legacy, *voluntas testatoris*, *scientia testatoris*, *error*, division of the inheritance.

FONTI: art. 651 c.c.; Gai. 2.202, C. 6.37.10, D. 22.3.21, D. 31.67.8, D. 31.77.8, D. 32.85, D. 35.1.72.6, I. 2.20.4.

1. Il legato di cosa altrui nel Codice civile

L'art. 651 del vigente Codice civile italiano pone la regola generale della nullità del legato di cosa non appartenente al testatore (sia essa dell'erede o di un terzo), salvo che venga fornita prova, ricavata dal testamento o da altra dichiarazione scritta del testatore, della consapevolezza in capo a questi dell'alienità della cosa legata. La norma, risalente al 1942, mai successivamente oggetto di interventi normativi novellatori, così recita¹:

1 La disciplina del legato di cosa altrui trova collocazione normativa, oltre che nell'art. 651 c.c., anche nell'art. 656 c.c. (per il caso in cui il proprietario sia il legatario) e nell'art. 657 c.c. (nell'ipotesi in cui la cosa sia stata successivamente acquistata dal legatario). Inoltre, risulta correlato all'art. 652 c.c., relativo al legato di cosa solo in parte del testatore, secondo cui se al testatore appartiene una frazione della cosa legata o un diritto sulla medesima, il legato è valido solo limitatamente a questa parte o a questo diritto, salvo che risulti la volontà testamentaria di legare la cosa per intero, in conformità all'art. 651 c.c. sopra menzionato. Il legato di cosa altrui si colloca nel più ampio *genus* dei negozi su beni altrui, ammessi dall'ordinamento in diversi contesti, come testimoniano gli artt. 1478-1480 c.c. sulla vendita di cosa altrui e, in prospettiva più generale, l'art. 1348 c.c. sulla possibilità dell'oggetto nei contratti. In queste ipotesi, quale che sia la ricostruzione del meccanismo effettuale della fattispecie (diretto o indiretto), l'effetto traslativo è differito e non può prescindere da una manifestazione della volontà dispositiva del terzo titolare o dall'acquisizione del bene da parte del disponente. La dottrina in materia è assai vasta: basti qui richiamare (con indicazione della giurisprudenza): BARASSI, *Le successioni*, 430;

Il legato di cosa dell'onerato o di un terzo è nullo, salvo che dal testamento o da altra dichiarazione scritta dal testatore risulti che questi sapeva che la cosa legata apparteneva all'onerato o al terzo. In questo ultimo caso l'onerato è obbligato ad acquistare la proprietà della cosa dal terzo e a trasferirla al legatario, ma è in sua facoltà di pagarne al legatario il giusto prezzo.

La disposizione in esame rappresenta un'evoluzione rispetto alla disciplina previgente. L'abrogato codice civile del 1865 prevedeva e disciplinava distintamente le ipotesi di legato di cosa dell'onerato e quello di cosa appartenente a un terzo, limitandosi a escludere la nullità del legato di cosa altrui nel solo caso in cui fosse «espresso nel testamento, che il testatore sapeva essere cosa altrui» (art. 837, c. 1) e considerando «valido indistintamente il legato di cosa appartenente all'erede o al legatario incaricato di darla ad un terzo» (art. 838). La legge vigente ha fuso il contenuto degli abrogati artt. 837 e 838 in unico contesto, l'art. 651, riconducendo ambedue i casi alla stessa disciplina². Pertanto, sotto questo riguardo, l'art. 651 c.c. presenta carattere innovativo e non meramente interpretativo³.

Rimane l'attribuzione di effetti obbligatori sia al legato di cosa dell'onerato sia al legato di cosa del terzo, in quanto il legatario all'apertura della successione non acquista la proprietà del bene attribuitogli ma solo il diritto di credito a ottenere dall'onerato il trasferimento della proprietà⁴.

CICU, *Testamento*, 237; MESSINEO, *Manuale*, 349; TRABUCCHI, *Legato*, 613; MASI, *Dei legati*, 39; TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale*, 935; LOPS, *Il legato*, 1128 ss.; ROMANO, *I legati atipici*, 35 ss.; MAGLIULO, *I poteri del testatore*, 83 ss.; TRIOLA, *L'interpretazione*, 49 ss.; BONILINI, *Dei legati [artt. 649-673]*, spec. 231 ss.; VENTURELLI, *L'indicazione falsa*, spec. 42 ss.; CARBONE-GENGHINI, *Le successioni*, spec. 1466 ss.; PATTI, *La volontà*, spec. 229 ss.; BIANCA, *Le successioni*, 377 ss.; CAPOZZI, *Successioni*, 644 ss.; VENTURELLI, *Divisione*, 542 ss.; RESCIGNO, *Codice civile*, 1235 ss.; SESTA, *Codice*, 799 ss.; CIAN, *Commentario breve, sub art. 651*; MUSOLINO, *Legato*, 1305 ss.; BONILINI, *Manuale*, 314 ss. Con riferimento al tema dei negozi su beni altrui, rimane fondamentale CARIOTA FERRARA, *I negozi, passim*.

2 GIORDANO MONDELLO, *Legato*, 755 ss., osserva che la formulazione dell'art. 651 (che stabilisce con chiarezza il sorgere di un'obbligazione con facoltà alternativa in capo all'onerato) appare più felice di quella della corrispondente norma ex art. 837 c.c. abr. (che lasciava invece spazio al dubbio se si trattasse di obbligazione alternativa oppure facoltativa), con la conseguenza rilevante sul piano pratico che, in caso di impossibilità della prestazione per causa indipendente dalla colpa dell'onerato, l'obbligazione si estingue. Estinzione che invece non è prevista per il caso in cui la cosa appartenga all'onerato, che non potrà liberarsi dall'obbligazione se non trasferendo il bene al legatario.

3 MUSOLINO, *Legato*, 1307 s.

4 L'adempimento dell'obbligazione traslativa di questo legato richiede il compimento di due negozi a effetto dispositivo: il primo consente all'onerato di acquistare la proprietà dal terzo, il secondo realizza l'attribuzione liberale voluta dal *de cuius*. Vd., tra gli altri, TORREN-

Il fondamento dell'istituto va ricercato nell'autonomia testamentaria, che trova riconoscimento costituzionale nell'art. 42, comma 4 Cost., secondo cui la legge stabilisce le norme e i limiti della successione legittima e della delazione testamentaria⁵.

Elemento essenziale per la validità del legato di cosa altrui è la dimostrazione che il testatore conoscesse l'alienità del bene al momento della redazione della scheda testamentaria⁶. Tale conoscenza deve risultare dal testamento stesso o da altra dichiarazione scritta del testatore⁷.

TE - SCHLESINGER, *Manuale*, 935; CAPOZZI, *Successioni*, 1239; TORRONI, *Preliminare di donazione*, 313 ss.; SESTA, *Codice*, 800 ss. Si ricorda inoltre, come rileva TRABUCCHI, *Legato*, 613, che in base al comma 2 dell'art. 651, contro l'antica *regula Catoniana*, è sufficiente la disponibilità sopravvenuta della cosa oggetto di legato, purché sussista alla morte del testatore. Sul punto *adde*, tra gli altri, MUSOLINO, *Legato*, 1308.

5 MUSOLINO, *Legato*, 1307 (con riferimenti dottrinari).

6 TRABUCCHI, *Legato*, 613, rileva che la norma stabilisce che l'errore non vale a sanare la mancanza di legittimazione, ma la provata conoscenza dell'alienità da parte del testatore costituisce quasi una forma diversa di lascito, facendosi rispettare in tal modo la volontà del disponente di imporre un sostanziale peso a coloro che egli chiama all'eredità. SESTA, *Codice*, 803, precisa che non occorrono «formule sacramentali»: ciò che importa è che il testatore si fosse effettivamente avveduto di disporre di cosa altrui. La dottrina è concorde nel ritenere che la dichiarazione scritta prevista dall'art. 651 c.c. può essere non coeva al testamento (poiché la legge non richiede la condizione della contestualità), successiva o anche anteriore al negozio di ultima volontà, purché, in tal caso, non sia fornita la prova di un mutamento della situazione giuridica della cosa o di un mutamento della conoscenza del testatore. Tale dichiarazione può persino non essere esplicita, ritenendosi sufficiente acquisire comunque la certezza che il testatore avesse consapevolezza di disporre di un bene non suo. *Adde*, per una visione di sintesi, MUSOLINO, *Legato*, 1308 ss.

7 Il testatore avrebbe cioè compiuto l'atto dispositivo della *res aliena* con la prospettiva di acquisirla in seguito al proprio patrimonio. Per questa ragione, l'art. 651, comma 1, esprime «una norma interpretativa, con valore assoluto della volontà del disponente»: GIORDANO MONDELLO, *Legato*, 756 s., il quale rileva, inoltre (720 ss.), che la previsione dell'art. 651 che attribuisce rilevanza alla reale intenzione del testatore, pur se non espressamente dichiarata nella scheda, ma risultante in altra dichiarazione scritta, non confligge con la diversa regola posta dall'art. 625 c.c. che disciplina la correzione dell'erronea indicazione testamentaria, consentendo di adeguare la disposizione alla reale volontà del *de cuius*, desumibile dal contesto del testamento o da altri elementi, in particolare con il secondo comma in base al quale «la disposizione ha effetto anche quando la cosa che forma oggetto della disposizione è stata erroneamente indicata o descritta, ma è certo a quale cosa il testatore intendeva riferirsi». Dunque, l'art. 625 c.c. potrebbe essere applicato per correggere un'erronea indicazione relativa a un legato di cosa altrui, qualora il testatore, pur essendo convinto che la cosa gli appartenesse, abbia manifestato in realtà la volontà di lasciare al legatario un bene diverso. Sull'art. 625 c.c. e l'erroneità dell'indicazione testamentaria, in collegamento al principio *falsa demonstratio non nocet*, si veda di recente VENTURELLI, *Divisione*, 560 ss.; ID., *L'indicazione falsa*, spec. 108 ss., 239 ss. e 366 ss., cui *adde*, tra gli altri, spec. ZACCHEO, *Falsa demonstratio*, 21 ss.

Per il caso in cui risulti accertato che il testatore fosse conscio dell'alienità del bene, la seconda parte della norma attribuisce all'onerato un'opzione: l'acquisizione del bene dal terzo titolare, in funzione del trasferimento al legatario, oppure (ove non possa o non voglia adempiere a tale obbligazione) il pagamento al legatario del giusto prezzo⁸. Si configura, pertanto, un obbligo con facoltà alternativa a carico dell'onerato, volto a salvaguardare la volontà del testatore sul presupposto che questi, conoscendo l'alienità del bene, avesse in effetti inteso far ricadere sull'onerato il peso dell'esecuzione della liberalità⁹.

La norma si segnala anche per la perimetrazione del raggio d'indagine volto alla ricostruzione della *voluntas testatoris*, includendovi, oltre al testamento, anche altri atti scritti – purché del testatore – di carattere extratestamentario. Ne deriva un'apertura interpretativa che consente, in caso di disallineamento tra portata letterale del legato e volontà effettiva, la prevalenza di quest'ultima. Tale impostazione si pone in linea con l'intento di preservare l'efficacia delle disposizioni testamentarie in equilibrio con la tutela degli eredi, intento più volte espresso da giurisprudenza e dottrina, sempre più orientate verso una concezione sostanzialistica della volontà testamentaria¹⁰.

Il legato di cosa dell'onerato o di un terzo, sia pure nei limiti sopra descritti, dà luogo a una ipotesi tipica di legato a effetti obbligatori, dal momento che il legatario all'apertura della successione non acquista la proprietà ma solo il diritto di credito al trasferimento di essa da parte dell'onerato: se si tratta di cosa dell'onerato, questi è obbligato a trasferire la proprietà del bene al legatario che in caso di inadempimento potrà ricorrere alla tutela specifica di cui all'art. 2932 c.c.; se la cosa è di un terzo, si ha un legato con facoltà alternativa, poiché l'onerato è obbligato a far conseguire al legatario la proprietà del bene, ma può liberarsi pagando il giusto prezzo (l'obbligazione è facoltativa e non alternativa e, quindi, si estinguerà in caso di impossibilità della prestazione principale). Il legatario può invece ricorrere alla tutela specifica di cui all'art. 2932 c.c. qualora l'onerato (dopo l'acquisto dal terzo) non gli trasferisca il bene e non eserciti neppure la suddetta facoltà alternativa. In tale ipotesi, infatti, non si applica il principio dell'acquisto automatico che opera, invece, a norma dell'art. 1478,

8 Ovvero al valore effettivo della cosa: per tutti GIORDANO MONDELLO, *Legato*, 756; di congruità parla ROMANO, *I legati*, 1319 ss.

9 Per tutti TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale*, 384, 935, ove si chiarisce la distinzione tra obbligazione alternativa (in cui sono due o più le prestazioni previste e il debitore può liberarsi eseguendone una sola) e obbligazione facoltativa (obbligazione semplice in cui il debitore si può liberare prestando altra cosa). *Adde* MAZZAMUTO, *Note*, 669.

10 VENTURELLI, *L'indicazione falsa*, 74 ss.

comma 2 c.c., in favore del compratore nella vendita di cosa altrui nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa¹¹.

L'opzione normativa adottata dal legislatore del 1942 trova significative convergenze concettuali con l'elaborazione giuridica romana. A questa risale la configurazione della validità del legato di cosa altrui in relazione alla *scientia testatoris* e all'interpretazione della *voluntas testatoris* al fine di rispettare, per quanto possibile, il disegno di ripartizione del patrimonio ereditario inteso dal *de cuius*. La ricostruzione del percorso tracciato dalla scienza giuridica romana si rivela quindi assai significativa e utile in funzione di ogni riflessione sulla fattispecie.

2. L'emersione del criterio della *scientia testatoris*: da Gaio a Nerazio

La soluzione accolta nel codice civile del 1942 si colloca nel solco di principi ormai consolidati, maturati a seguito di un'evoluzione ermeneutica che trova le sue origini nel momento in cui i giuristi romani cominciarono a riconoscere la possibilità di disporre *ex testamento* di una *res aliena* mediante la figura del *legatum per damnationem*, superando l'iniziale rigidità concettuale legata alla necessaria coincidenza tra proprietà del testatore e oggetto del legato¹².

11 In questi termini vd., tra gli altri, MAZZAMUTO, *Note*, 669; CAPOZZI, *Successioni*, 644.

12 «Non appena il legato di dannazione si radicò e svolse nella vita romana, che fu possibile fare abietto di legato una cosa altrui»: così FERRINI, *Teoria generale*, 288. COLI, *Lo sviluppo*, 122 ss., spec. 125, sottolinea che la possibilità di obbligare l'erede a dare una cosa anche non appartenente al testatore non è in contrasto con lo scopo del legato che è quello di far sopportare all'erede, a beneficio di terzi, una diminuzione del patrimonio che riceve: infatti, intendendo il patrimonio come un valore esprimibile in cifre (secondo la concezione classica), poco importa che la cosa da dare si trovi o meno *in bonis* del testatore, poiché l'erede è comunque astretto a *dare pecuniam*. A ciò si aggiunga il rilievo di BONFANTE, *Il prelegato*, 414, secondo cui «i Romani consideravano i legati alla stregua stessa dei debiti e degli oneri ereditari già gravanti sul patrimonio del defunto prima della sua morte. Il trattamento è precisamente identico». Osserva GROSSO, *I legati*, 245 ss., che «la validità del legato *per damnationem* di cosa altrui si inserisce nell'esistenza dell'obbligazione di dare una cosa di cui non si ha la proprietà, che si assorbe nella più generale irrilevanza dell'impossibilità meramente soggettiva per il sorgere dell'obbligazione». Non pare qui il caso di ripercorrere il percorso unificativo delle diverse tipologie di legato, per il quale rinviando alle trattazioni istituzionali. Basti qui ricordare che il problema dell'invalidità civilistica del legato *per vindicationem* di cosa altrui venne sanato dal senatoconsulto Neroniano che, come noto, stabilì che se qualcuno avesse legato *per vindicationem* un bene che non era suo, il legato sarebbe stato valido *ac si optimo iure relictum esset*, ovvero *per damnationem*. Peraltro, come è altrettanto notorio, il provvedimento senatorio non si limitava a sanare i legati *per vindicationem* di cosa altrui, ma sanava tutti i tipi di legati nulli a causa di un errore nella formulazione (*verborum vitio*), così tutelando maggiormente la volontà del testatore. In tema, oltre ai riferimenti nelle trattazioni istituzionali del settore, si vedano spec. FERRINI, *Teoria ge-*

Sul punto è di centrale importanza un noto passo delle *Institutiones* di Gaio:

Gai. 2.202: *Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres rem redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat.*

Dopo aver riportato la formula utile a disporre il *legatum per damnationem*¹³, Gaio ne indica il campo di applicazione, spiegando che in questo modo il testatore può legare anche una cosa altrui¹⁴, determinando il sorgere di un'ob-

nerale, 288 ss.; COLI, *Lo sviluppo*, 122 ss.; SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, 118 ss.; BIONDI, *Successione*, 418; GROSSO, *I legati*, 244 ss.; BIONDI, *Legato*, 604; ASTOLFI, *Studi* I, 44 ss.; VOCI, *Legato*, 707 ss., spec. 712; VOCI, *Diritto ereditario* II, 254 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, 743 ss., spec. 749 e nn. 44, 45; NARDI, *Legato*, 11 ss.; D'ORTA, "Sterilis beneficii conscientia", 140 s.; ARCÉS, *Senatoconsulto Neroniano*, passim, spec. 4 n. 30; SCOTTI, *Il testamento*, 251 ss., 261 ss.; ARCÉS, *La matrice*, 13; ARCÉS, *Studi sul disporre*, 214, ove si sottolinea, in particolare, che i paragrafi 261-267 del secondo commentario del manuale gaiano evidenziano che i punti di contatto tra legato (manomissione testamentaria) e fedecommesso erano già divenuti «stringenti» in riferimento all'oggetto della disposizione, rilevando in particolare la «notevole coincidenza di disciplina» tra il fedecommesso particolare e il legato *per damnationem* di cosa altrui (214 e n. 779); GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario*, spec. 78; PULIATTI, *De cuius hereditate agitur*, 135; SALOMONE, *Intorno alla regula*, spec. 3 s.; STOLFI, *Successioni*, spec. 623, il quale rileva «la forte vicinanza» delle disposizioni del Codice civile con principi della *scientia iuris romana*. E la normativa che qui si commenta ne è dimostrazione. Ulteriori riferimenti nel corso del contributo.

13 Gai. 2.201. Per un quadro della bibliografia su Gaio e sul suo manuale istituzionale vd. da ultimi BATTAGLIA, *Strutture espositive*, 205 ss., spec. 263; VARVARO *Itinerari gaiani*, 231 ss.; ARCÉS, *Sul metodo compositivo*, 9 ss.; FALCONE, *Studi*, passim.

14 Naturalmente, tale disciplina riguardava il legato avente ad oggetto una cosa altrui rientrante nel novero delle *res in commercium*. Nel caso in cui il bene oggetto del legato fosse una *res extra commercium*, infatti, come specificato nelle *Institutiones* di Giustiniano (I. 2.20.4, su cui *infra*), era pacifica la nullità della disposizione, sollevando l'erede da qualsiasi obbligo, sia di *redemptio* che di *aestimatio*. Nel passo, si ribadisce inizialmente il principio generale per cui è possibile legare anche un bene altrui, con l'obbligo per l'erede di comprarlo e consegnarlo al legatario o, in caso di impossibilità, di corrispondere il valore in denaro (*aestimatio*). Tuttavia, si introduce poi una deroga specifica per le *res extra commercium*, stabilendo che in questi casi l'erede non è tenuto né alla *redemptio* né all'*aestimatio* perché il legato è nullo. La questione viene esemplarmente approfondita da Ulpiano in D. 30.39.7-10 (Ulp. 21 *ad Sab.*), ove il giurista severiano, discutendo del legato di cosa altrui (§ 7), sostiene la possibilità per l'erede di *parare*, ovvero acquistare il bene oggetto del legato per poi consegnarlo al legatario, possibilità esclusa per i beni sottratti al commercio, tra i quali cita ad esempio il Campo Marzio, le basiliche, i templi e, in generale, tutti i beni destinati all'uso pubblico. In tema, oltre alle nozioni istituzionali e al sempre basilare studio di FERRINI, *Teoria generale*, 232 ss., cfr. VOCI, *Diritto ereditario* II, 252 s., il quale, precisando la differenza tra extracommercialità assoluta e relativa, distingue tra il caso in cui viene legata una cosa *cuius commercium testator non habet* (la *res* può essere legata come altrui *per damnationem*), quello in cui è legata una cosa *cuius commercium heres non habet* (se la cosa è altrui, l'erede presta la stima al legatario) e quello in cui è legata una cosa *cuius com-*

bligazione con facoltà alternativa in capo all'erede, il quale può scegliere¹⁵ se acquistare la *res legata* e trasferirla (al legatario) oppure pagarne al legatario l'*aestimatio*¹⁶ avvalendosi della massa ereditaria¹⁷.

mercium legatarius non habet (il legato è nullo). Adde GROSSO, *I legati*, 241 ss., e spec. MILAZZO, *La configurazione*, 373-404, spec. 398 n. 91, 399 ss., ove si sottolinea che «il caso assume profili giuridicamente divergenti laddove a essere oggetto del legato non è semplicemente un bene altrui, bensì un bene che è sottratto al *commercium*» (vd. in n. 94 un riferimento a Gai 2.202).

15 Nel legato *per damnationem* e nel fedecommesso, salvo disposizione contraria, l'*electio* spettava all'onere, in diritto giustiniano al legatario: per tutti GROSSO, *I legati*, 267 ss.; VOCI, *Diritto ereditario* II, 264.

16 FERRINI, *Teoria generale*, 290, concettualizza l'*aestimatio* quale «succedaneo, che può intervenire tanto nell'una quanto nell'altra specie di legato qualora vi sia una grave cagione», osservando che tale istituto emerge con maggiore frequenza nella fattispecie del legato di cosa altrui, dove la complessa interazione giuridica necessariamente coinvolge la volontà e le pretese di soggetti terzi rispetto al rapporto testamentario. GROSSO, *I legati*, 245 ss., precisa che il meccanismo dell'*aestimatio* aveva qui un particolare significato, essendo volto a evitare l'*infinitio* e la conseguente condanna al *duplum* prevista nei legati aventi ad oggetto un *certum*. Lo studioso precisa inoltre che la formulazione «*rem redimere et praestare aut aestimationem eius dare*» non configurava un'obbligazione direttamente alternativa a discrezione del debitore, né una generale obbligazione con facoltà alternativa, bensì un'obbligazione gravante sull'erede consistente nel procurarsi e consegnare la cosa altrui (*redimere et praestare*), con la conseguenza che l'*aestimatio* interveniva in via sussidiaria esclusivamente nell'ipotesi di impossibilità di acquisto della *res legata*. L'A. ricorda inoltre (246 n. 1) che, in epoca successiva, all'ipotesi di rifiuto di vendita da parte del proprietario venne equiparata anche quella dell'impossibilità di acquisto per mancanza di *commercium* in capo all'erede. La trattazione gaiana delle *Institutiones* (Gai. 2.262) estende la disciplina prevista per il *legatum per damnationem* di cosa altrui anche al *fideicommissum rei alienae*, introducendo tuttavia una rilevante differenziazione: secondo l'opinione di alcuni giuristi, nel caso di *fideicommissum*, il rifiuto di vendita da parte del proprietario avrebbe determinato l'estinzione dell'obbligazione. Nelle *Pauli Sententiae* (PS. 4.1.7), si riconosce la possibilità di disporre per fedecommesso tanto di cose proprie quanto altrui, precisando che le *res propriae* devono essere consegnate immediatamente, mentre le *res alienae* necessitano di una previa stima o riscatto. Come rilevato da GROSSO (*I legati*, 249 ss.), il passo delle sentenze paoline, unitamente ad altre fonti (es. D. 32.30.6; D. 31.49.3), delinea per i fedecommissi «una diretta alternativa, in cui l'*aestimatio* parrebbe venire come possibile e libero surrogato del *redimere*», con ciò evidenziando la tendenza dell'epoca postclassica a conferire centralità all'*aestimatio* nella configurazione dell'oggetto dell'obbligazione derivante dal legato di cosa altrui e segnando un'evoluzione sistematica rispetto all'impostazione classica. In tema vd. anche GROSSO, *Il 'legatum per praeceptionem'*, *passim*; ARCES, *Senatoconsulto Neroniano*, *passim*; ARCES, *La matrice genetica*, 13; ARCES, *La disciplina*, 7 s., 12 n. 39; MAZZAMUTO, *Note*, 669 ss.; MARELLI, *Il legato*, 1 ss. Si annota, inoltre, che alla dottrina sul legato di cosa altrui si connettono anche i divieti nel tardoantico sul legato di *res litigiosa*. Come già rilevato da FERRINI, *Teoria generale*, 297 s., una costituzione del 380 d.C. di Graziano, Valentiniano e Teodosio (C. 8.3.7.3) vietò infatti il legato di *res litigiosae* e *ambigua chirographa*, obbligando l'erede a pagare l'*aestimatio eius litis* e a subire poi il processo a suo rischio e pericolo.

17 Il principio che circonda l'onerosità della *redemptio* all'acquisto percepito dall'onere si legge esemplarmente nelle *Institutiones* di Marciano: D. 30.114.3 (Marcian. 8 *inst.*): [...]

Tale orientamento trova significativo riscontro in un altro passo di Gaio, tratto dal *Liber de fideicommissis*, ove si registra un ampliamento considerevole del perimetro applicativo dei presupposti liberatori:

D. 32.14.2 (Gai. 1 *fideic.*): *Sed si cui legatum relictum est, ut alienam rem redimat vel praestet, si redimere non possit, quod dominus non vendat vel immodico pretio vendat, iustam aestimationem inferat.*

L'attenzione del giurista antoniniano è anche qui focalizzata sul momento dell'adempimento della disposizione. Al netto dei sospetti interpolazionistici, nel passo si estende la possibilità di adempimento dell'obbligazione legatizia mediante *iusta aestimatio* anche all'ipotesi di eccessiva onerosità della prestazione, nel caso in cui il *dominus* della *res* si rifiuti di venderla o ne richieda un prezzo manifestamente sproporzionato¹⁸.

placet nam plus posse rogari quem restituere quam quantum ei relictum est. Sottolinea la difficoltà dell'affermarsi del principio del rapporto quantitativo tra onere e acquisto ZILLETI, *La dottrina*, 154 s., che, ricordando i contrasti giurisprudenziali sul punto, precisa come tale principio venne infine accettato integralmente sul finire dell'epoca classica.

18 GROSSO, *I legati*, 247 s., sottolinea altresì la divergenza tra quanto sostenuto da Ateio in D. 32.30.6, il Gaio delle Istituzioni (Gai. 2.202, ove si parla solo di *dominum non vendere*) e il testo di Gaio contenuto nel Digesto in D. 32.14.2, richiamando ulteriormente Ep. Ulp. 2.11, ove si afferma, con riferimento alla *fideicommissa libertas* del servo altrui, che *si dominus cum iusto pretio non vendat, extinguitur libertas, quoniam nec pretii computatio pro libertate fieri potest.* L'equiparazione della richiesta di un *immodicum* o *immensum pretium* al diniego di vendere sarebbe, secondo lo stesso autore, «una congeniale esplicazione» frutto dell'empirismo quantitativo equitativo dell'epoca postclassica. L'orientamento accolto da Gaio nel passo in commento trova ulteriore conferma nella giurisprudenza severiana, come attestato (prescindendo dai dubbi interpolazionistici indicati, tra gli altri, da DONATUTI, *Dal regime dei verba*, 205 n. 1) in un *excerptum* del LI libro *ad edictum* di Ulpiano riportato in D. 30.71.3: *Qui confitetur se quidem debere, iustam autem causam adfert, cur utique praestare non possit, audiendus est: ut puta si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere vel immensum pretium eius rei petere adfirmet, aut si servum hereditarium neget se debere praestare, forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales: aequissimum est enim concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare.* Il giurista severiano afferma che il soggetto onerato merita di essere ascoltato (*audiendus est*) qualora adduca una *iusta causa* che rende oggettivamente impossibile l'adempimento in forma specifica. Nella casistica elaborata da Ulpiano, il primo *exemplum* concerne proprio la fattispecie del *legatum rei alienae*, ipotizzandosi che il proprietario della cosa si rifiuti categoricamente di venderla (*negetque dominum eam vendere*) o ne richieda un prezzo manifestamente sproporzionato (*immensum pretium eius rei petere*). In tale circostanza, il giurista severiano considera *aequissimum* che all'erede onerato venga riconosciuta la facoltà di estinguere l'obbligazione mediante il pagamento dell'*aestimatio* pecuniaria, determinata secondo i parametri equitativi propri dell'*officium iudicis*. Anche in un altro luogo, Ulpiano, sulla base del presupposto per cui possono costituire oggetto di legato esclusivamente le *res* suscettibili di acquisizione (*utique si parari possint*), precisa che tale principio concerne anche i

In tal modo, si garantiva da un lato l'effettività della *voluntas testatoris* relativamente all'attribuzione di vantaggi patrimoniali al legatario anche nell'ipotesi in cui il bene oggetto di legato non fosse ricompreso nell'asse ereditario del *de cuius* al momento dell'apertura della successione, dall'altro si assicurava la tutela dell'erede rispetto all'assunzione di obbligazioni eccessivamente onerose, evitando che l'onerato subisse un sacrificio patrimoniale sproporzionato rispetto al beneficio derivante dall'acquisizione dell'eredità¹⁹.

Gaio non mostra però alcun interesse per l'indagine circa la dimensione soggettiva del testatore, astenendosi dal considerare eventuali motivazioni di ordine psicologico che avrebbero potuto indurlo a disporre di un bene non proprio²⁰. Questo silenzio appare sintomatico di un'impostazione orientata a

beni appartenenti a terzi, per quanto il loro acquisto presenti profili di complessità: D. 30.39.7 (Ulp. 21 *ad Sab.*): *Constat etiam res alienas legari posse, utique si parari possint, etiamsi difficilis earum paratio sit*. Sul passo vd. ora MILAZZO, *La configurazione*, 399, n. 93; SCIANDRELLO, *I libri XX-XXII*, 13.

19 L'impossibilità meramente soggettiva è invece irrilevante per il sorgere dell'obbligazione: per tutti vd. GROSSO, *I legati*, 200 ss. La disciplina attestata nel passo gaiano risulta essere il punto di arrivo di un'evoluzione interpretativa che prende le mosse da un orientamento ben più rigoroso della giurisprudenza repubblicana. Significativa, a tal proposito, è la testimonianza di un frammento del secondo libro dei *Libri posthumi* di Labeone epitomati da Giavoleno: D. 32.30.6 (Labeo 2 *a post. Iav. ep.*): *Si aedes alienas ut dares damnatus sis neque eas ulla condicione emere possis, aestimare iudicem oportere Ateius scribit, quanti aedes sint, ut pretio soluto heres liberetur. Idemque iuris est et si, cum potuisses emere, non emeris*. In questo frammento, viene riportata l'opinione di Gaio Ateio, uno degli *auditores* di Servio (cfr. FERRINI, *Teoria generale*, 288 n. 4), secondo cui l'erede poteva essere sciolto dall'obbligo legatizio di dare una *aedes aliena* qualora fosse riuscito a provare che non era riuscito a comprarla *ulla condicione*. In tal caso, il giudice avrebbe dovuto stimare il valore della casa in modo che l'erede venisse liberato dopo aver pagato il prezzo così stabilito. Meritevole di attenzione è l'estensione del medesimo principio anche al caso in cui, pur avendo avuto l'occasione di acquistare la cosa, l'erede non l'aveva sfruttata (*et si, cum potuisses emere, non emeris*). FERRINI, *Teoria generale*, 288, considera l'inciso finale come un'aggiunta non solo 'delle più infelici', ma anche probabilmente spuria, notando inoltre (290, n. 1) che, peraltro, è chiaro che un prezzo alquanto elevato, ma non immodico, richiesto dal proprietario non avrebbe comunque esonerato l'erede dall'acquisto. GROSSO, *I legati*, 246 s., ritiene invece che la *consecutio temporum* conservi traccia dell'applicazione originaria, riferita al caso particolare in cui l'erede si fosse lasciato precedentemente sfuggire l'occasione di comprare la cosa, caso in cui il giurista negherebbe che l'erede dovesse incorrere nelle conseguenze dell'*infitiatio* nell'*actio ex testamento*. Per un approfondimento sul punto, rimane sempre di grande interesse la lettura di ORESTANO, *La valutazione del prezzo*, 225 ss.

20 Non così Gai. Epit. 2.5.2: [...] *Sed si testator rem alienam quasi suam credens, per hoc genus legatum reliquerit, legatarius hoc ab herede petere non potest, et inutile est legatum. Nam si sciens alienam esse per legatum dederit, necesse est ab herede aut ipsam rem aut aestimationem rei in pretio legatario dari*. L'autore dell'*Epitome* spiega che se il testatore dispone un legato di una

fondare la validità del legato su presupposti oggettivi e verificabili – in particolare, sul dato esteriore della mancanza di titolarità in capo al *de cuius* – piuttosto che su incerte congetture relative alla consapevolezza o meno del testatore circa la proprietà della *res legata*.

Una *quaestio* sottoposta a Papiniano, però, rivela che la riflessione di un altro giurista, Nerazio Prisco, aveva già messo in luce l'importanza fondamentale della considerazione della *mens testantis* in ordine alla proprietà della *res legata*:

D. 31.67.8 (Pap. 19 *quaest.*): *Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto Titio legem, non est Neratii Prisci sententiae nec constitutioni locus, quae cavetur non cogendum praestare legatum heredem: nam succursum est heredibus, ne cogherentur redimere, quod testator suum existimans reliquit: sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates: quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem.*

La *quaestio* riguarda la validità di un legato in cui il testatore aveva disposto di una cosa dell'erede ritenendola erroneamente propria. L'erede-onerato si era rivolto a Papiniano chiedendo – è dato immaginare – se fosse possibile invalidare il lascito posto che il testatore l'aveva disposto credendo di essere proprietario della *res legata*.

cosa altrui *quasi suam credens*, il legatario non può ripetere alcunché dall'erede e la disposizione è *inutile*, mentre nel caso in cui il testatore sappia che la *res legata* non gli appartiene (*si sciens alienam esse*), sorge l'obbligazione alternativa di cui si è detto. La considerazione dell'elemento della *scientia testatoris* in quest'opera rappresenterebbe, quindi, il segno di uno sviluppo storico (vd. nota 22). Maggiormente aderente alle Istituzioni gaiane sono i *Tituli ex corpore Ulpiani* (24.8: *Per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sint, quae dari possint*), ove l'autore si concentra sulla possibilità di trasferire il bene, affermando che si possono legare beni altrui purché possano essere trasferiti, ma senza riferimento alla *scientia testatoris*. Diversamente le *Pauli Sententiae*, che si concentrano sull'intenzione e la consapevolezza del testatore riguardo alla proprietà del bene, lasciando così emergere la *scientia testantis* come requisito fondamentale per la validità del fedecommissio (così come del legato) di cosa altrui: PS. 4.1.8: *Si alienam rem tamquam suam testator per fideicommissum reliquerit, non relicturus, si alienam scisset, ut solet legatum, ita inutile erit fideicommissum*. Questo testo attesterebbe, dunque, un passaggio intermedio di operatività ancora 'sfumata' della regola, prima della definitiva e totale equiparazione giustiniana di legati e fedecommissi. In particolare, secondo RUGGIERO, *Ricerche, passim* (con un'accurata disamina della principale letteratura e delle diverse opinioni espresse dalla dottrina sull'opera), il brano rappresenterebbe un caso di *ius receptum*, come peraltro sostiene in generale per il contenuto dell'intera opera. Cfr. LICANDRO, *Pauli Sententiae*, 355 ss., che, commentando il volume della Ruggiero, accoglie la tesi per cui l'opera sarebbe quantomeno frutto di una rielaborazione interna alla scuola del giurista. Peraltro, la maggior parte della dottrina concorda oramai sul fatto che le *Pauli Sententiae* non siano un'opera originale di Paolo, ma una rielaborazione successiva: vd. di recente la panoramica sul punto di ATZERI, *Le Pauli Sententiae*, 39 ss.

Il giurista fonda la sua risposta – negativa – su una *sententia Neratii*, poi accolta in una non specificata costituzione imperiale, ma identificabile con un rescritto di Antonino Pio²¹, e afferma che, nel caso di specie, non si possono applicare né la *sententia Neratii* né la *constitutio* che tutelano l'erede dall'obbligo di eseguire un legato avente ad oggetto un bene erroneamente ritenuto proprio dal testatore.

La risposta papiniana consente di cogliere che Nerazio Prisco, per valutare la validità del legato di cosa altrui, aveva posto l'accento sulla distinzione tra *scientia* e *ignorantia testatoris* come elemento determinante in fatto di validità o meno della disposizione: secondo il giurista traiano, cioè, un *legatum rei alienae* disposto dal testatore nella consapevolezza di non essere proprietario della *res legata* mostrava la volontà del testatore di gratificare comunque il legatario, anche imponendo l'obbligo (con facoltà alternativa) derivante da tali lasciti²². In questi casi, infatti, era lecito presumere che il testatore, pur sapendo che la cosa non gli apparteneva, avrebbe preferito la sostituzione dell'oggetto del lascito (mediante il pagamento dell'*aestimatio*) all'inefficacia della sua disposizione.

L'argomentazione fa leva sulle risultanze per così dire statistiche della prassi testamentaria: solitamente, riflette Papiniano, i testatori sono più inclini a favorire i propri eredi legando cose proprie piuttosto che a gravarli obbligandoli a comprare quelle altrui (*sunt enim [...] faciliores voluntates*)²³. Da qui, il principio

21 Il rescritto è citato nelle Istituzioni giustinianee (2.20.4): *et ita divus Pius rescripsit*. GUALANDI, *Legislazione imperiale*, 110, 125, sottolinea come «la cancelleria imperiale [...] abbia sempre attinto per la redazione delle norme imperiali, e in particolare dei rescritti, all'opera scientifica dei giureconsulti». Così, dunque, anche nel caso del rescritto ricordato in D. 31.67.8, ove Antonino fa proprio l'insegnamento di Nerazio.

22 Secondo GROSSO, *I legati*, 252 ss. e n. 2, l'introduzione del requisito della *scientia testatoris* sarebbe il frutto di un processo storico partito dai fedecommessi, ai quali probabilmente si riferiva la *sententia* di Nerazio Prisco, rilevando inoltre (252 n. 1) che il passo in D. 31.67.8 attesta che il requisito si affermò solo per il legato di cosa di un terzo e non fu esteso al legato di cosa dell'erede, considerato valido anche se il testatore credeva che la cosa fosse propria.

23 Assai chiara l'interpretazione della risposta papiniana nella glossa accursiana: «Ideoque in re haereditis est eadem facilitas, nam sicut propriam, ita haereditis legare possum» (*Infortiatum*, gl. *faciliores*, ad D. 31.67.8, 831). Più diffusa la spiegazione di CUIACIUS, *Opera omnia*, 1208: «[...] sed huic constitutioni non est locus in legato rei haereditis propriae. Nam si [...] rem heredis existimans suam esse legaverit, legatum debetur: facilius legamus nostra quam aliena, facilius item rem heredis nostri quam rem alienam: quia facilius est heredi praestatio rei suae, quam alienae, cum rem suam in promptu habeat, alienam mercari necesse habeat». VOCI, *Diritto creditario* II, spec. 254 s., osserva che «chi lega la cosa altrui, sapendo che è di altri, certamente vuole che essa giunga al legatario; ma di chi ignora che la cosa non gli apparteneva, si può con fondamento supporre che, se avesse conosciuto la verità, non avrebbe

presuntivo alla base della *sententia Neratii*, secondo cui se il testatore avesse saputo che la cosa non gli apparteneva, verosimilmente non avrebbe disposto il legato²⁴.

Questo orientamento rivela una chiara finalità garantistica, esplicitamente identificata nella formulazione *succursum est heredibus, ne cogereantur redimere, quod testator suum existimans reliquit*. Tale enunciazione evidenzia la natura protettiva dell'intervento interpretativo, volto a prevenire l'imposizione di obbligazioni eccessivamente gravose a carico dell'erede derivanti da disposizioni testamentarie basate su una valutazione erronea del *de cuius* circa la reale appartenenza dei beni oggetto delle disposizioni stesse.

Papiniano presenta il principio qui espresso come un'acquisizione oramai consolidata nella prassi giuridica, considerazione avvalorata non soltanto dalla successiva recezione in una *constitutio* imperiale, ma anche dalla costruzione sintattica dell'espressione *succursum est heredibus*, che adotta una formulazione linguistica indicativa di un orientamento interpretativo già accettato.

Questo principio, però, osserva il giurista severiano, non era applicabile al lascito oggetto della *consultatio*, in cui non si riscontrava alcuna necessità di andare in aiuto degli eredi, i quali risultavano già proprietari della *res legata* e quindi il problema dell'onerosità della *redemptio* non sussisteva²⁵.

disposto il legato». Valorizza l'uso del plurale *voluntates* considerandolo indicativo del fatto che si trattava di un tipico comportamento del testatore HARKE, *Testamentsauslegung bei Papinian*, 67, il quale osserva che l'applicazione della *sententia Neratii* viene rifiutata da Papiniano sulla base della «typischen Erblasserwillen»: Papiniano, dunque, riconosce una tendenza per la maggioranza dei testatori e la eleva a presunzione sulla volontà testamentaria, destinata a prevalere in assenza di prova di una diversa intenzione nel caso specifico. Cfr. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Hereditas*, 209 s.

24 FERRINI, *Teoria generale*, 290 s., nel sottolineare la novità introdotta dalla *sententia* di Nerazio, rileva la differenza con il caso in D. 36.1.74(72) (Pomp. 4 *fideic.*), ove Pomponio riferisce che, secondo Aristone, nel caso di fedecomesso con prelegato di un fondo altrui (*praecepto fundo*), la disposizione era efficace anche qualora il testatore avesse erroneamente ritenuto proprio il fondo. La differenza risiede nel fatto che l'erede non trattiene il fondo a titolo di fedecomesso e tanto meno di legato, ma *iure hereditario* e, dunque, si può presumere che il testatore volesse che l'erede trattenesse il fondo o il suo equivalente.

25 D'altronde, come riflette FERRINI, *Teoria generale*, 298, nel legato di cosa dell'erede l'oggetto è nella libera disponibilità dell'onerato e la posizione di costui verso il testatore consente di presumere «più larga la volontà di questi, che non nella ipotesi di cosa di terze persone». Anche VOCI, *Diritto ereditario* II, 256 s., sostiene l'irrilevanza in questi casi della distinzione tra la *scientia* e l'*ignorantia* del testatore, affermando che il legato di cosa dell'erede è sempre valido purché disposto in forma obbligatoria, mentre il legato di cosa del legatario è sempre nullo, a meno che sulla *res* gravi un diritto altrui (superficie e pegno), nel qual caso si intende che il testatore abbia voluto imporre all'erede di liberare la cosa dal diritto che grava su di essa.

Come ha rilevato Zilletti, la formula del rescritto imperiale (che accoglie l'opinione neraziana) *succursum est heredibus, ne cogherentur redimere* pare riferirsi non a un elemento di natura soggettiva (cioè l'errore del testatore), ma a un elemento teleologico di natura obiettiva, ovvero il *ne cogherentur redimere*. Ciò significa che la direttiva imperiale non avrebbe mirato a fissare in astratto un'ipotesi di nullità del legato, fondata esclusivamente sulla presenza di un errore, cioè l'ignoranza dell'alienità della cosa, ma piuttosto a evitare un'eccessiva onerosità (in caso di *redemptio*) per l'erede. L'errore del testatore, dunque, non sarebbe l'elemento determinante della norma, ma un indicatore «dell'eccesso di onerosità» a carico dell'erede²⁶.

Al provvedimento imperiale di Antonino Pio richiamato in D. 31.67.8 fa altresì riferimento Pomponio nel secondo libro del commentario *ad Quintum Mucium*:

D. 32.85 (Pomp. 2 *ad Quint. Muc.*): *Nuper constitutum est a principe, ut et non adiecto hoc "meum" si quis corpus alicui leget et ita sentiat, ut ita demum praestetur, si suum sit, ita valere legatum, ut appareat magis sententiam legantis, non hoc verbum "meum" respiciendum esse [...].*

Il frammento, inserito nella più ampia trattazione concernente il riconoscimento di condizioni apposte ai legati, affronta la complessa questione dell'interpretazione del lascito in cui il testatore non aveva esplicitamente specificato se stesse disponendo di cosa propria o altrui.

Pomponio rammenta che un recente provvedimento imperiale (identificabile con il medesimo rescritto di Antonino Pio menzionato in D. 31.67.8)²⁷ aveva stabilito che l'omissione dell'aggettivo possessivo *meum* (*non adiecto hoc "meum"*) non costituiva elemento decisivo ai fini dell'invalidazione del legato, dovendosi privilegiare la *sententia legantis* rispetto all'elemento formale rappresentato da *hoc verbum "meum"*: nella ricostruzione della volontà testamentaria, precisa infatti il giurista adrianeo, occorre attribuire preminenza all'intenzione dispositiva piuttosto che alla formulazione letterale adottata dal *de cuius*.

26 ZILLETTI, *La dottrina dell'errore*, 155 ss., sottolinea come il *legatum rei alienae* venga spesso citato come una fattispecie di invalidità dovuta a errore-vizio, ma osserva che, in realtà, «se fondamento effettivo dell'invalidità della disposizione fosse l'errore-vizio, in cui il testatore è incorso, non si comprenderebbe perché Papiniano potesse affermare la validità del lascito di cosa dell'erede», anche perché «la *res* è ugualmente *aliena*, sia che appartenga all'erede, sia ad altri».

27 ZILLETTI, *La dottrina dell'errore*, 157 n. 165. Cfr. VOCI, *Diritto ereditario* II, 254 e nn. 18-19; GONZÁLEZ ROLDÁN, *Hereditas*, 210 n. 43. Vd. anche *supra* n. 20.

Prescindendo dalle problematiche di natura interpolazionistica, secondo la testimonianza pomponiana la cancelleria imperiale non avrebbe impostato la propria argomentazione sulla base della contrapposizione *scientia-ignorantia* del testatore circa l'alienità della *res legata*, ma si sarebbe concentrata piuttosto sull'interpretazione del legato in mancanza di un'esplicita indicazione della titolarità della *res*, cercando di colmare la lacuna della disposizione attraverso l'integrazione con la *mens testantis* ricostruita mediante il ricorso all'accezione tipica del legato²⁸.

Il rescritto antoniniano, dunque, avrebbe in sostanza mirato a stabilire, per quei legati in cui non fosse stata specificata l'appartenenza della *res*, un criterio ermeneutico generale fondato sulla presunzione che il testatore intendesse disporre soltanto di beni ricompresi nel proprio patrimonio.

Simile ricostruzione conduce alla conclusione che la precisazione dell'appartenenza della *res legata* nelle *formulae legatorum*, pur rappresentando indubitabilmente un elemento funzionale a dissipare ogni incertezza in ordine alla proprietà del bene oggetto di disposizione, non costituiva tuttavia requisito essenziale per la validità della stessa. L'elemento realmente determinante per l'efficacia del legato era identificabile nella *sententia legantis*, ovvero nell'intenzione dispositiva del testatore.

Un'eccezione al requisito della *scientia testatoris* viene introdotto da un rescritto di Alessandro Severo del 28 gennaio 227²⁹:

28 In tal senso anche ZILLETTI, *La dottrina dell'errore*, 158 n. 165, secondo cui la cancelleria si sarebbe preoccupata piuttosto dell'interpretazione da dare al legato di un *corpus* nella cui disposizione fosse omessa l'indicazione della titolarità. Lo studioso osserva inoltre che qualora si disconoscesse la presunzione in discorso si dovrebbe necessariamente ammettere che nel diritto classico la validità di simili lasciti risultava subordinata all'esito di un accertamento probatorio, soluzione che appare invece caratteristica dell'elaborazione giustiniana. Ulteriormente, VOCI, *Diritto ereditario* II, 279 s. e n. 4, sottolinea che il requisito della *scientia testatoris* non assurge a criterio interpretativo di portata assoluta: sebbene il *legatum rei alienae* possa essere valido qualora il testatore sia consapevole che la cosa non gli appartiene, ciò non implica necessariamente che debba ritenersi sempre valido in presenza di tale consapevolezza. Ne deriva, pertanto, che in alcune fattispecie la *voluntas* del testatore assume una posizione predominante rispetto alla mera *scientia*. A sostegno di tale interpretazione, lo studioso richiama alcuni frammenti nel Digesto, tra cui D. 33.7.13 (Paul. 4 *ad Sab.*), D. 33.7.18.1-3 (Paul. 2 *ad Vit.*) e D. 33.7.24 (Paul. 3 *ad Ner.*), nei quali Paolo sostiene la tesi della validità parziale della disposizione testamentaria, circoscrivendo l'efficacia unicamente ai beni di proprietà del *de cuius*, malgrado la piena *scientia* dell'altruità del residuo.

29 FERRINI, *Teoria generale*, 197, ritiene molto probabile che il punto di diritto sancito nella costituzione fosse già stato riconosciuto in precedenza e afferma (292 s.) che «se veramente Alessandro ha emanato nella brutta forma, in cui ora la leggiamo, questa costituzione, tutto induce a credere ch'egli non abbia riassunto una dottrina del periodo classico più sano e più

C. 6.37.10. Imp. Alexander Severus A. Ingenuae. *Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo qui legatum seu fideicommissum meruit peti potest. Quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse.* pp. V k. Febr. Albino et Maximo cons. (a. 227)

La costituzione stabilisce che il legato (e il fedecommissso) di cosa altrui è valido anche se il testatore riteneva che la cosa fosse propria (*suam esse*), a condizione che il legatario fosse una persona *proxima* al *de cuius*, come la moglie, o altre similmente *proximae*³⁰. A costoro, infatti, è lecito presumere che il testatore avrebbe comunque legato la cosa pur sapendo che apparteneva ad altri, intendendo così vincolare comunque l'erede a soddisfare la disposizione.

La *ratio* dell'eccezione fa leva, in sostanza, sulla volontà del testatore di provvedere al benessere futuro della moglie o di altri *proximi*. Pertanto, il legato, pur viziato dall'errore del *de cuius* sulla proprietà della *res legata*, sarebbe rimasto

rigoroso; ma ch'egli abbia ceduto alle tendenze meno caute e meno salutari dei suoi tempi». Al riguardo, richiama (293, n. 1) il frammento papiniano in D. 31.77.8, su cui *infra*. Anche secondo VOCI, *Diritto ereditario* II, 255 e n. 21, la costituzione è da considerarsi ritoccata, seguito da GROSSO, *I legati*, 252 s., che esprime dubbi sulla genuinità della costituzione a causa della sua «generalità e genericità».

30 Si noti che il rescritto è indirizzato a tale *Ingenua*, verosimilmente la vedova del testatore in questione. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Hereditas*, 211 s., pur riconoscendo che vi è questione sull'esistenza di un precedente giurisprudenziale su questo punto, ipotizza che il criterio del vincolo affettivo tra testatore e legatario (qui, la moglie) «potrebbe essere una novità e troverebbe fondamento nell'*humanitas* dell'imperatore». Segnatamente, si tratterebbe di un'opinione di Pomponio che, in accordo con Quinto Mucio, aveva ritenuto valido il legato disposto in favore della moglie superstite e avente ad oggetto «il vaso, o i vestiti, o quelle cose che erano state procurate per l'uso della moglie» anche nel caso in cui tali cose, che il testatore credeva gli appartenessero, fossero invece altrui: D. 34.2.10 (Pomp. 5 ad Q. Muc.): [...] *plane si ita legatum fuerit 'vas aut vestimenta, aut quae uxoris causa parata sunt', tunc aequae erit vera Quinti Muci sententia: quo casu sciendum est, etiam si alienae res hae fuerint, quas putavit testator suas esse, heredem teneri, ut cas det.* Pertanto, l'erede era tenuto a dare le *res legatae* alla vedova. Inoltre, lo studioso ricorda in generale (212 e n. 46, con la principale letteratura sul punto) che la dottrina nega l'origine classica del principio contenuto in questo passo (e che riprende la stessa affermazione della costituzione severiana). Come già FERRINI, *Teoria generale*, 291 s., GROSSO, *I legati*, 253, ritiene spuria l'origine della parte finale del brano, pur ammettendo che questa ipotesi particolare possa avere alla sua origine degli spunti classici. ASTOLFI, *Studi* II, *passim*, ma spec. 233 s., 261 ss., sottolinea che l'opinione di Quinto Mucio ricordata nel passo «fece testo per tutta la giurisprudenza repubblicana e per quella augustea». Sulla prassi dei mariti di legare alle consorti tutto ciò che durante il matrimonio avevano acquistato o predisposto a uso della moglie (beni *quae uxoris causa parata emptave sunt*), al fine di assicurare alla vedova lo stesso tenore di vita di cui aveva goduto durante il rapporto coniugale vd. di recente, tra gli altri, SCOTTI, *Il legato*, 87 ss.; SCOTTI, *Il legato alla moglie*, 436 n. 38 (entrambi con bibliografia); PEZZATO, *Si sanctitas*, 32 nt. 30; BALESTRA, *Riflessioni*, 1 ss.

valido quando fosse stato possibile sostenere che l'affetto del disponente verso il legatario fosse tale da consentire di presumere che avrebbe comunque legato la cosa anche se avesse saputo che non era di sua proprietà.

Peraltro, il novero delle *proximae personae*, stante il tenore della costituzione, non appare invero particolarmente restrittivo, come sembrerebbe *prima facie* inferirsi dal *non aliter*. La chiusa *vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse* sembrerebbe piuttosto suscettibile di estendersi con grande elasticità e latitudine ben oltre la cerchia del vincolo coniugale o di sangue, lasciando così al giudice ampio spazio di apprezzamento delle circostanze. In sostanza, simili controversie portavano a una *voluntatis quaestio* da risolversi caso per caso³¹.

3. L'onere della prova

A fronte del silenzio di Nerazio e Antonino Pio in merito all'onere probatorio circa la *scientia testatoris*, un frammento delle *Institutiones* di Marciano fornisce un orientamento chiaro, attribuendolo al legatario³²:

31 GLÜCK, *Commentario*, 105, sostiene che ritenere simile legato valido solo se disposto in favore di una *coniuncta persona* non corrisponderebbe allo spirito della costituzione stessa e considera preferibile, quindi, interpretare la norma nel senso che il legato, pur con tale errore, sia invece da considerarsi valido ogni volta in cui le circostanze consentano di presumere che il testatore, anche conoscendo l'alienità della cosa, avrebbe comunque disposto quel legato o un altro equivalente. Anche secondo BONELLI, *Sulla legge*, 5 e n. 3, «l'allusione del testo imperiale al vincolo del testatore verso il legatario» non avrebbe avuto che una «portata esemplificativa», come si desume dalla motivazione data nella costituzione (*ib.*, la più risalente dottrina). A ciò si aggiunga la giusta osservazione di FERRINI, *Teoria generale*, 197 ss., che commentando la costituzione, afferma che, nell'ipotesi delineata da Papiniano, il legato non è solo a favore di una *coniuncta persona* (il figlio), ma anche a carico di persone ugualmente *coniunctae* (i fratelli e coeredi). La sussistenza di questi stretti vincoli familiari tra legatari e onerati farebbe dunque sorgere, secondo lo studioso, il fenomeno della «mutua eliminazione» delle pretese in caso di evizione, fenomeno che però conosce un'eccezione – soggiunge – sia nel caso in cui la cosa appartenga a terzi, sia che risulti pignorata, purché il *pater* istituendo prelegati a favore dei figli abbia inteso procedere alla divisione dei propri beni (caso oggetto della seconda parte del responso papiniano, su cui *infra*).

32 GLÜCK, *Commentario*, 103 s., ritiene che l'espressione *verius esse existimo* indichi che Marciano esprime qui un'opinione autonoma, destinata poi a divenire *regula*, rilevando altresì che ciò sarebbe stato ancora possibile perché il rescritto antoniniano di cui si ha notizia in D. 31.67.8 non avrebbe stabilito nulla in merito all'onere della prova. Anche FERRINI, *Teoria generale*, 295, osserva che nel passo delle Istituzioni di Marciano riportato nel Digesto il giurista espone quella dottrina come una propria opinione, senza citare la costituzione imperiale, mentre nelle Istituzioni giustiniane (I. 2.20.4, su cui a breve nel testo) le parole di Marciano sono attribuite al rescritto di Antonino Pio (D. 31.67.8). Considerando questo dato «inesplicabile», Ferrini conclude considerando «troppo naturale il sospetto che l'uno e l'altro passo

D. 22.3.21 (Marcian. 6 *inst.*): *Verius esse existimo ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.*

Il giurista afferma che spetta all'attore, ossia al legatario, l'onere di dimostrare la *scientia* del testatore circa l'alienità della cosa legata e non all'erede provare che il testatore ignorava che la cosa fosse altrui (*vel obligatam*, ovvero vincolata in garanzia)³³. Tale regola, spiega, si iscrive infatti nel più ampio principio secondo cui *necessitas probandi incumbit illi qui agit*³⁴. La riuscita di tale prova sancisce dunque l'impossibilità per l'erede di rifiutare l'adempimento e, di conseguenza, l'obbligo di eseguire il *legatum rei alienae*.

Un'importante integrazione alla disciplina proviene da Papiniano, che completa il quadro della tutela processuale spettante all'erede³⁵:

siano poco cauta e poco felice fattura dei giustinianeï». Non segue questa lettura GROSSO, *I legati*, 253, che ritiene piuttosto che si tratti di un punto che «deve essersi evoluto e avere oscillato in rapporto allo sviluppo del requisito della scienza del testatore». Sull'opera di Marciano vd. spec. DE GIOVANNI, *La giurisprudenza*, 487 ss., e, nell'ottica di una palingenesi dei *libri institutionum*, lo studio di DURSÌ, *Aelius Marcianus*. Si annota inoltre che simile dottrina ha conosciuto significativi sviluppi nella tradizione romanistica. Come ricorda NARDOZZA, *Onere della prova*, 907, Odofredo (nella *Lectura super Digesto veteri*), sulla scorta della l. *Verius esse existimo* (D. 22.3.21), insegnava che era onere del legatario provare in giudizio che il defunto sapeva di disporre con legato di una cosa altrui, o vincolata da un diritto reale di garanzia, in quanto l'onere della prova grava sempre su chi ha interesse all'accertamento di un determinato fatto.

33 La regola si applicava anche nel caso del legatario che riceveva in legato un bene gravato da pegno: D. 10.2.33 (Pap. 7 *resp.*): *Si pater familias singulis heredibus fundos legando divisionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem suam coheres praestare cogetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur*. Papiniano afferma che se il *pater*, nel contesto di una *divisio inter liberos*, ha legato dei fondi vincolati da pegno, i coeredi sono tenuti a liberare il bene dalla garanzia reale al fine di garantire al legatario il pacifico godimento della propria quota ereditaria. Il legatario, peraltro, può rifiutarsi di adempiere alla propria obbligazione nei confronti dei fratelli (es. consegna della sua quota) fino a quando questi non abbiano liberato il bene dal pegno. Vd., tra gli altri, spec. VOCI, *Diritto ereditario* II, 255 e n. 22; GROSSO, *I legati*, 255 ss. Per la principale letteratura sul pegno (sia pure senza riferimento al caso specifico qui in esame) si rinvia per tutti a DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*.

34 Secondo FERRINI, *Teoria generale*, 294 s., il motivo qui addotto per spiegare perché l'onere della prova incombe sull'erede sarebbe «certamente fallace, perché il legatario potrebbe essere tutelato da una presunzione giuridica che resiste fino a prova del contrario e poi perché potrebbe trattarsi di un'eccezione che il convenuto è tenuto a dimostrare».

35 VOCI, *Diritto ereditario* II, spec. 873 s. (sulla *falsa causa* vd. 857 ss.), considera il testo papiniano un riassunto compilatorio, ritenendo poco probabile che, in un libro di *quaestiones*, il giurista si fosse limitato a enunciare il principio senza discuterne le possibili implicazioni.

D. 35.1.72.6 (Pap. 18 *quaest.*): *Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.*

Il giurista severiano afferma che una falsa rappresentazione della *causa* del legato non invalida di per sé la disposizione, poiché la *ratio legandi* non è vincolata al legato³⁶, ma al contempo evidenzia come l'erede potesse rifiutar-

La genuinità del passo, peraltro, ormai non viene più messa in dubbio in dottrina: per tutti FINAZZI, *L'exceptio doli generalis*, 163 (in nn. 413-414 la principale letteratura).

36 La premessa di Bartolo al frammento in D. 35.1.72.6 sintetizza efficacemente il principio: «falsa causa non vitiat legatum, nisi de voluntate testatoris doceatur», evidenziando come l'elemento decisivo fosse la dimostrazione della reale volontà del testatore (*Infortiatum*, ad D. 35.1.72.6, 1307). La falsità della causa, osservava COSTA, *Papiniano* III, 142 n. 29, viene qui valutata da Papiniano come trascurabile se è subordinata alla volontà liberale, determinante invece l'*exceptio doli*, opponibile dall'erede all'onorato che reclami il legato (basato sulla falsa causa), aggiungendo altresì che probabilmente si trattava di una novità. Così anche FERRINI, *Teoria generale*, 294 s., secondo cui (374 s.) si tratterebbe di un'innovazione dell'ultima giurisprudenza, risalente tutt'al più a Giuliano. Cfr. COSTA, *L'exceptio doli*, 225; ASTOLFI, *Studi* II, 37 ss., ritiene che l'uso dell'*exceptio doli* per imporre all'erede di non chiedere risulterebbe all'inizio della seconda metà del I secolo a.C., osservando, tra l'altro, che talora questa eccezione può anche essere fondata sulla necessità che la volontà del defunto abbia attuazione. Secondo GROSSO, *I legati*, 475, il passo contribuisce a dimostrare «la tendenza dei giustinianeî a mettere in risalto sempre ed ovunque la volontà concreta», tendenza che «si esprime da un lato nel senso di poggiare sulla volontà la distinzione tra *falsa demonstratio* e *falsa causa* trasformandola in un'opposizione, e di riconoscere efficacia alla *falsa causa*, cioè all'errore sul motivo determinante espresso (D. 35.1.72.6.) [...] dall'altro, nel senso di estendere l'applicazione della regola sulla *falsa demonstratio* per cercare di far prevalere la volontà sulla dichiarazione». Inoltre, lo studioso rileva, in generale (*ib.*, 331), che «il modo in cui era avvenuta la fusione dei legati e l'unificazione del regime con i fedecommessi, nel diritto giustiniano, avrebbe dovuto far prevalere la regola del fedecommesso, cioè l'estinzione (Paul. Sent. 4.1.9) [...] però resta fondamentale l'enunciazione dell'*exceptio doli*, che è uno strumento caro alle astrazioni e teorizzazioni dei bizantini». ZILLETTI, *La dottrina dell'errore*, 383 ss., considerando «istruttivo» il passo nella sua contrapposizione tra regime classico e giustiniano, sottolinea come il principio qui espresso «abbia un'ampiezza maggiore di quanto apparentemente non sembri», in quanto la sua formulazione «esaurisce ogni possibile caso di errore-vizio». VOCI, *Errore*, 233 n. 27, sottolinea in generale l'eccezionalità del procedimento con cui la cognizione imperiale giunge talvolta non solo a invalidare la disposizione testamentaria, ma a ricostruire la volontà che il testatore avrebbe manifestato qualora non fosse incorso nell'errore. Per una disamina dei problemi derivanti dall'indicazione falsa o erronea nell'esecuzione delle volontà testamentarie *adde* EVANGELISTI, *Profili*, 79 ss.; pur non focalizzato sulla successione, offre un utile panorama in tema CARDILLI, *Philipp Lotmar*, 135 ss.; con particolare attenzione alle implicazioni nel diritto moderno (con particolare riferimento agli artt. 625 e 686 c.c.) si segnala il lavoro di VENTURELLI, *L'indicazione falsa*, 127 ss. Sul rilievo della distinzione tra errore di diritto ed errore di fatto in ambito testamentario (benché non limitatamente a questo), cfr. FRUNZIO, *L'autorità di Paolo*, 607 ss., spec. 620; ZAMBOTTO, *La struttura polimorfica*, 101 ss.

si di adempiere al legato opponendo l'*exceptio doli* qualora fosse in grado di dimostrare che l'unica ragione per cui il testatore aveva disposto il lascito era l'ignoranza dell'alienità della cosa. L'errore sulla *causa legati*, quindi, conduceva all'invalidità della disposizione soltanto qualora si fosse accertato che il testatore non avrebbe disposto il lascito se avesse conosciuto la verità: fino a prova contraria, il lascito si presumeva corrispondente alla volontà 'vera' del *de cuius* e, di conseguenza, valido.

Dunque, mentre Marciano attribuisce al legatario l'onere di provare positivamente la consapevolezza del testatore, Papiniano valorizza la possibilità per l'erede di paralizzare la pretesa del legatario mediante l'opposizione dell'*exceptio doli* ove provi che l'errore sulla proprietà aveva costituito l'unica *ratio legandi*. Tale costruzione si inquadra nella più ampia dottrina della *falsa causa*, secondo cui un'erronea rappresentazione del motivo del legato non invalida *ipso iure* la disposizione, ma legittima un'opposizione processuale da parte dell'erede quando essa abbia costituito il fondamento esclusivo della volontà testamentaria.

In questa prospettiva, quindi, l'*exceptio doli* si configurava come strumento fondamentale di protezione di tutela dell'erede contro la pretesa del legatario che, pur formalmente legittima, risultava sostanzialmente contrastante con la volontà del defunto³⁷. Ciò significa, da altro angolo di visuale, che il legatario aveva un dovere di correttezza che si traduceva nell'obbligo di non strumentalizzare il formalismo giuridico al fine di conseguire risultati sostanzialmente iniqui.

Come efficacemente osservato da Talamanca, mediante l'*exceptio doli generalis* «i giuristi fanno valere modelli di comportamento cui altrimenti il convenuto non si sarebbe potuto appellare, ed ottengono così la repressione delle condotte scorrette, e quindi contrarie alla *bona fides* oggettiva»³⁸.

37 FINAZZI, *L'exceptio doli generalis*, spec. 162 s., osserva che l'*exceptio doli*, con cui l'erede poteva respingere la richiesta del legatario qualora il testatore fosse incorso in errore sul motivo della disposizione (errore irrilevante per il *ius civile*), consentiva di attuare la *voluntas testantis* facendo venire meno la *causa* e, con essa, anche il legato. Lo studioso ricorda, inoltre, (27) che il primo giurista di cui è documentato senza dubbio alcuno un interesse per l'impiego dello strumento in campo successorio è Labeone, come attesta D. 32.29.3 (Labeo 2 *post. a Iav. epit.*), passo in cui il dolo indica una «mancata ottemperanza al dovere di correttezza, inteso in modo molto severo». Utili osservazioni, anche se non direttamente riguardanti la materia successoria, anche in CERAMI, *Eccezione di dolo*, 53-81.

38 TALAMANCA, «*La bona fides*», 37 s. Esplorano i molteplici profili dell'ampio tema dell'eccezione di dolo generale nel diritto romano e nella tradizione romanistica i vari contributi in *L'eccezione di dolo generale*. Tra questi, in particolare, CANNATA, *Exceptio doli generalis*, 269 s., afferma che tale *exceptio* presuppone un comportamento scorretto e contrario

La scorrettezza che fondava l'*exceptio doli* nel caso specifico del *legatum rei alienae* consisteva, quindi, nella consapevole inosservanza da parte del legatario della verosimile volontà del *de cuius* il quale, se informato dell'alienità della cosa e dell'onerosità che il suo acquisto avrebbe comportato per l'erede, presumibilmente non avrebbe disposto quel particolare legato ma avrebbe piuttosto lasciato un'altra cosa³⁹. Pertanto, in concreto, consentiva il superamento del formalismo testamentario delle disposizioni testamentarie quando queste fossero risultate divergenti dalla presumibile volontà del testatore.

a buona fede nel momento in cui si esercita l'azione o comunque in una fase cronologica successiva. Su questa via, LABRUNA afferma che «l'*exceptio doli generalis* è stata anche una via alla giustizia» (Note, 137). FINAZZI, *L'exceptio doli generalis*, 163, sottolinea che la condotta del legatario che presentava azione per l'esecuzione del lascito, sapendo di andare contro in tal modo alla volontà del *de cuius* (che non avrebbe disposto il legato se non fosse incorso in errore), rappresentava una violazione del dovere di correttezza. Inoltre, secondo l'A. (*ib.* 251), ai fini dell'*exceptio doli* nel settore ereditario era sufficiente che l'attore si comportasse in modo non corretto e contrario alla buona fede oggettiva, scorrettezza talora riconosciuta anche in alcuni casi di condotta anche solo lievemente colposa del legatario. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto*, 113 ss., considera l'*exceptio doli* uno strumento giuridico che «vegliava» «a salvaguardia della *voluntas defuncti*», evidenziando come la volontà del testatore rappresentasse non solo un principio strutturale del diritto successorio romano, ma anche una categoria correttiva del sistema. Tale concettualizzazione, pur non configurandosi come innovativa – come dimostra la precedente definizione del Grosso che già qualificava l'*exceptio* quale «strumento di adeguazione alla volontà del testatore» (*I legati*, 330 s.) – assume particolare rilevanza nell'analisi delle dinamiche successive. Con riferimento a Gai. 1.198, ma con applicabilità estensibile al frammento oggetto d'indagine, lo studioso sostiene che l'esercizio dell'*actio ex testamento* non avrebbe incontrato impedimenti qualora il legatario fosse riuscito a dimostrare la volontà del testatore di attribuirgli il valore patrimoniale derivante dal legato, nonostante l'alienazione del bene oggetto della disposizione (richiamando a supporto di tale tesi D. 35.1.72.6: *ib.*, 115 n. 45). Significativa, inoltre, è l'osservazione che, sebbene l'*exceptio doli* rappresenti una chiara opposizione all'abuso delle facoltà spettanti agli eredi, non sempre nel contesto successorio tale rimedio si configura come reazione all'abuso del diritto. Commentando lo studio di Longchamps de Bérier, in una prospettiva critica, LAMBERTINI, *Gai.* 2, 119-120, 803 ss., sottolinea come in determinati casi l'*exceptio doli* possa prescindere da una condotta propriamente dolosa o contraria alla *bona fides* dell'attore, rilevando altresì l'assenza di una corrispondenza biunivoca tra scorrettezza e abuso del diritto: «mentre l'abuso del diritto implica sempre un atteggiamento scorretto, non necessariamente vale la reciproca». Per una disamina dei problemi derivanti dall'indicazione falsa o erronea nell'esecuzione delle volontà testamentarie, esplorandone le implicazioni nel diritto moderno vd. spec. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione*, 213 ss.; VENTURELLI, *L'indicazione falsa*, 127 ss. (con particolare riferimento agli artt. 625 e 686 c.c.). Ulteriori osservazioni sullo strumento in GAROFALO, *L'eccezione*, 137-180 (con letteratura).

³⁹ Tale argomentazione corrisponde a quella in D. 31.67.8 di Nerazio: *sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis hereditibus faciliores voluntates*. Vd. GROSSO, *I legati*, 252 s.

In questo ambito particolare, dunque, la dottrina della *falsa causa* assume particolare rilevanza, essendo strettamente connessa al fondamento dell'*exceptio doli*. Come emerge dal passo papiniano, infatti, un'erronea rappresentazione della *causa legati* – quale l'errata convinzione del testatore circa la proprietà della cosa legata – non invalidava *ipso iure* il legato, ma operava sul piano dell'impugnativa, richiedendo la specifica iniziativa dell'erede mediante l'opposizione dell'*exceptio doli* con cui dimostrare che l'ignoranza dell'alienità della cosa rappresentava l'unica ragione che aveva determinato la disposizione testamentaria⁴⁰. In altri termini, l'erede doveva provare che, se il testatore avesse conosciuto la reale situazione proprietaria, non avrebbe effettuato quella specifica disposizione.

Secondo l'interpretazione di Zilletti, tale meccanismo processuale interviene così «sul piano della tutela dei diritti, mettendo al sicuro la dichiarazione [del *de cuius*] da ogni attacco che non renda tangibile, attraverso la prova, la 'vera' e di fatto 'interna' volontà del disponente»⁴¹.

Questo onere probatorio configurava una *voluntatis quaestio* da risolversi mediante valutazione casistica, attraverso l'analisi di tutti gli elementi idonei a ricostruire l'effettiva volontà testamentaria. Fino a prova contraria, la presunzione operante era nel senso della validità del lascito, gravando sull'erede l'onere di dimostrare la divergenza tra volontà effettiva e dichiarazione.

4. Il *legatum rei alienae* in I. 2.20.4

L'elaborazione sin qui vista in ordine al *legatum rei alienae* trova la sua sistematizzazione coerente nelle *Institutiones* giustiniane, ove i compilatori operano

40 Significativa appare inoltre l'interpretazione di ZILLETTI, *La dottrina dell'errore*, 386, secondo cui i compilatori, nell'indicare l'*exceptio doli*, non intendevano escludere l'utilizzo di altri mezzi di impugnativa per far valere la presunzione, ma affermavano più generalmente la possibilità di contestare la disposizione, interpretazione corroborata dal corrispondente passo dei *Basilica* (Bas. 44.19.70, c. 3) (Hb. 4.448).

41 ZILLETTI, *La dottrina dell'errore*, 385. Differente disciplina era prevista per il caso particolare del testatore che possedeva in mala fede una cosa altrui di cui disponeva in legato. In tale ipotesi, l'erede non poteva essere costretto all'adempimento, presumendosi che il testatore non intendesse gravarlo ulteriormente, ma si limitasse a trasferire al legatario la cosa nello stato in cui egli stesso la possedeva. Tale principio viene espresso da Pomponio in D. 30.1.56 (14 *ad Sab.*): *qualis sit, talis ex testamento praestari debet nec ullum in legato damnum facere intellegeretur*. In simili casi, quindi, veniva limitata la cooperazione dell'erede all'acquisto da parte del legatario: vd. FERRINI, *Teoria generale*, 297 e n.1, che osserva inoltre (*ib.*, n. 2) che, in questa ipotesi, evitta la cosa, l'erede era probabilmente tutelato da un'*exceptio doli*, poiché «quando si dice che il legato è valido se il testatore conosceva esser la cosa altrui, si sottintende che anco la trattasse e volesse dagli altri trattata come cosa altrui e quindi debitamente acquistata dal legittimo proprietario». Cfr., adesivo, BONELLI, *Sulla legge*, 7 n. 2.

una sintesi organica delle diverse fonti classiche attinenti al *legatum rei alienae*, con particolare riferimento ai testi istituzionali di Gaio e di Marciano, integrate dalla normativa imperiale. Il quadro di base⁴² della disciplina si legge in

I. 2.20.4: *Non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam et praestare vel, si non potest redimere, aestimationem eius dare [...]. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intellegendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non et si ignorabat; forsitan enim si scisset alienam non legasset: et ita divus Pius rescripsit. Et verius est ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.*

Il passo esordisce con l'enunciazione del principio attinto dalle *Institutiones* di Gaio secondo cui il legato avente ad oggetto un bene non appartenente al testatore genera un'obbligazione con facoltà alternativa, in virtù della quale l'onerato è tenuto o ad acquisire la *res legata* per trasferirla al legatario oppure a corrisponderne l'equivalente valore economico.

Il testo procede con l'indicazione dei presupposti di validità del *legatum rei alienae*: accogliendo la costituzione di Antonino Pio (che aveva convalidato la *sententia* di Nerazio, come attestato in D. 31.67.8)⁴³, i compilatori chiariscono che la regola precedentemente esposta, secondo cui è ammissibile disporre per legato di un bene altrui, deve essere intesa nel senso che l'efficacia di tale disposizione è subordinata al requisito della consapevolezza del testatore circa l'alienità della *res legata*, mentre la disposizione effettuata in stato di *ignorantia* circa la reale situazione proprietaria va considerata inefficace.

Appare significativa la differente interpretazione del rescritto antoniniano qui formulata rispetto a quella che si legge nel Digesto (D. 31.67.8): nel testo

42 La disciplina del legato di cosa altrui è integrata da altri luoghi delle Istituzioni giustinianee: 2.20.5 (legato di *res obligata*), 2.20.6 (legato di cosa altrui di cui il legatario, in vita del testatore, sia divenuto proprietario); 2.20.10 (legato di cosa del legatario, ritenuto inutile), 2.20.12 (legato di cosa propria poi alienata), testi ai quali si aggiunge il caso particolare in 2.20.11 (legato di cosa propria come se fosse altrui o del legatario). Ai fini del presente studio, l'attenzione è focalizzata sul testo in I. 2.20.4, che rappresenta il fulcro della problematica in esame.

43 FERRINI, *Teoria generale*, 295, sottolinea come le parole che esprimono la presunzione della *scientia testantis* vengano riferite nelle Istituzioni giustinianee come pertinenti al rescritto di Antonino Pio che aveva convalidato la *sententia* di Nerazio sul *legatum rei alienae*, evidenziando la centralità di tale presunzione nell'economia della disciplina. Il rescritto menzionato in I. 2.20.4 è una delle tre costituzioni di Antonino Pio espressamente richiamate da Giustiniano nelle *Institutiones*, come rileva LUCHETTI, *La legislazione*, 330, il quale ne sottolinea la rilevanza nel contesto dell'opera giustiniana e nel processo di *axequatio* tra legati e fedecommissi.

istituzionale, infatti, l'argomentazione secondo cui il testatore *forsitan si scisset alienam non legasset* sembra subordinare la validità del legato alla dimostrazione che il *de cuius*, al momento della redazione testamentaria, fosse effettivamente consapevole dell'alienità della *res legata*. Nel Digesto, diversamente, la *ratio* viene identificata nel *succursum heredibus*, orientato a evitare un'eccessiva onerosità per gli eredi (nel caso di *redemptio*), e, al contempo, a semplificare l'aspetto probatorio⁴⁴.

Nella parte conclusiva (*Et verius est ... necessitas probandi incumbit illi qui agit*), viene ripreso quasi letteralmente, con esplicita adesione, il frammento di Marciano ubicato in D. 22.3.21, secondo cui grava sul legatario-attore l'onere di provare che il testatore era pienamente consapevole del fatto che la *res legata* non rientrava nella sua proprietà⁴⁵.

I compilatori delle *Institutiones* giustinianee collocano però il passo marciano in una prospettiva sistematica differente. Mentre nel testo del Digesto la regola appare come elaborazione personale del giurista severiano (*verius esse existimo*), nelle Istituzioni essa viene presentata come corollario del principio fissato dal rescritto di Antonino Pio, creando così una continuità logica tra il requisito sostanziale della *scientia testatoris* e la sua dimensione probatoria.

44 ZILLETTI, *La dottrina dell'errore*, 156 s., ove si ricorda che l'inciso *forsitan ... legasset* corrisponderebbe alla sezione del frammento papiniano sospettata di interpolazioni.

45 GLÜCK, *Commentario*, 114, evidenzia la coincidenza pressoché letterale dell'ultima parte del testo istituzionale con l'*excerptum* di Marciano nel Digesto (*verius esse existimo*), pur rilevando una differenza nel testo giustiniano rispetto a D. 22.3.21, laddove i compilatori sembrano attribuire al rescritto di Antonino Pio la regola per cui era il legatario a dover provare che il testatore aveva legato scientemente una cosa altrui (103). Sulla questione dell'inversione dell'onere della prova in materia di legati, cfr. CHIAZZESE, *Confronti testuali*, 146, il quale, raffrontando i testi paralleli delle *Institutiones* (I. 2.20.4) e del *Digesto* (D. 22.3.21) attribuiti a Marciano, contesta la lettura del Ferrini secondo cui la versione delle *Institutiones* (*et ita divus Pius rescripsit et verius est*) sarebbe la più genuina, rilevando la mancanza di coerenza logica tra le due parti del periodo. Chiazzese critica inoltre la tesi ferriniana (cfr. *Manuale*, 829 e n. 5; *Sulle fonti*, 101 ss.) di un riferimento marciano alla *cognitio extra ordinem*, ritenendola incompatibile con la separazione classica tra legati e fedecommissi e con la limitazione della giurisdizione straordinaria ai secondi fedecommissi. In tale prospettiva, lo studioso ricostruisce l'evoluzione della regola probatoria, osservando che, nel diritto classico, l'onere probatorio gravava in modo diverso nei due istituti e che l'assimilazione del regime probatorio dei fedecommissi ai legati si è prodotta solo in epoca tarda per via giurisprudenziale. Degna di nota anche la difesa dell'autenticità dell'inciso *id est legatarium* e della clausola motivazionale *quia semper ... qui agit*, contro le proposte di espunzione di Krüger e Beseler. Merita infine osservare che i compilatori giustiniane hanno espunto l'ipotesi della *res obligata* (come rileva, tra gli altri, GONZÁLEZ ROLDÁN, *Hereditas*, 210, n. 44), riservando la trattazione del *legatum rei obligatae* al passo istituzionale immediatamente successivo, 2.20.5, in un'evidente operazione di sistemazione organica della materia.

Questa differente collocazione del principio marciano nel quadro delle *Institutiones* giustinianee non pare rappresentare una mera operazione compilatoria, ma riflettere l'evoluzione metodologica della regola probatoria: l'onere gravante sul legatario appare in tal modo concepito come necessaria conseguenza del fondamento sostanziale del *legatum rei alienae*, incentrato sulla consapevolezza del testatore. Inoltre, la posizione della regola subito dopo il riferimento al rescritto antoniniano (*et ita divus Pius rescripsit*) sembra suggerire un legame diretto tra l'intervento imperiale e l'assetto probatorio, quasi a voler rafforzare l'autorità della soluzione adottata mediante un duplice fondamento: la costituzione imperiale e il principio processuale generale.

5. La *coniectura voluntatis* di Papiniano in D. 31.77.8

Nel Digesto, tra i numerosi frammenti attinenti a disposizioni *mortis causa* di beni altrui, si rinviene un altro brano di Papiniano (oltre a D. 31.67.8) che pare meritevole di specifica considerazione per l'ulteriore nodo problematico in esso evidenziato. L'approccio del giurista severiano alla questione non si limita infatti a ribadire il principio neraziano secondo cui la validità del legato dipende dalla consapevolezza del testatore circa l'alienità della cosa, ma lo arricchisce di nuove sfumature interpretative.

Nei *Libri responsorum*, Papiniano affronta un *casus* nel quale emerge la centralità della *mens testantis* in relazione ai rimedi satisfattori esperibili dal legatario in ipotesi di evizione della *res legata*. A fronte della soluzione negativa inizialmente offerta, e derivante dall'applicazione del principio della *scientia testatoris*, il *causidicus* escogita un percorso interpretativo basato sulla *coniectura voluntatis testantis* finalizzato a consentire tutela al legatario.

La ricostruzione della *voluntas* del *de cuius* si rivela, infatti, determinante per la qualificazione della disposizione testamentaria, mirando a individuare la funzione da essa svolta nell'assetto successorio: semplice strumento di attribuzione patrimoniale oppure mezzo volto a realizzare un'anticipata divisione ereditaria. Dalla corretta ricostruzione di tale *voluntas* dipende l'individuazione della disciplina applicabile al caso concreto e, conseguentemente, dei rimedi azionabili in favore del legatario e ne scaturisce, in concreto, un'altra eccezione alla regola sulla validità del legato di cosa altrui. Il responso è restituito in

D. 31.77.8 (Pap. 8 *resp.*): *Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit: si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari.*

Strutturalmente, il responso si articola in due parti: nella prima (*evictis praediis ... erit*), viene esposta la *narratio* del *casus* da cui il responso trae origine, attinente a un *fideicommissum rei alienae*, cui è subito abbinata la relativa soluzione, impostata in termini processuali (*nulla ... actio erit*); nella seconda (*si tamen ... conservari*), si spiega la *ratio* della risposta offerta al caso precedentemente esposto prospettandone la differenza con la *divisio inter filios* operata mediante prelegati⁴⁶.

La struttura bipartita del testo riflette il duplice scenario giuridico aperto dal giurista che, nella ricerca della *voluntas testatoris*⁴⁷, perviene a evidenziare due funzioni ricollegabili a un lascito *mortis causa*, nello specifico di cosa altrui, in rapporto al problema delle conseguenze in caso di evizione della *res legata*.

Questo, in generale, il contenuto del brano.

La *quaestio* muove da una disposizione *verbis fideicommissis*⁴⁸ di un padre

46 L'excerptum, riportato nel libro XXXI *De legatis et fideicommissis* del Digesto giustiniano, si inserisce in un lungo frammento tratto dall'VIII *liber responsorum*, composto da 33 paragrafi, attinenti a svariate problematiche sollevate da disposizioni fedecommissarie: LENEL, *Palingenesia* I, 599 [*De fideicommissis*], 917. In letteratura, sul frammento papiniano si vedano spec. BONELLI, *Sulla legge*, 1 ss. (con disamina delle opinioni della più risalente dottrina); FERRINI, *Teoria generale*, 196 ss.; GLÜCK, *Commentario*, 116 ss.; COSTA, *Papiniano* III, 59 n. 12; BONFANTE, *Le affinità giuridiche*, 376 n. 1; VOCI, *Diritto ereditario* II, 155 n. 52, 255 n. 21, 477 n. 11, 870 n. 38; PALAZZOLO, *Dos praelegata*, 178 n. 19; WIELING, *Testamentsauslegung*, 181; VOCI, *Errore*, 233 n. 27; ID., *Interpretazione*, 263 n. 72; JOHNSTON, *The Roman Law*, 168 n. 21, 222 n. 6; D'ORTA, "Sterilis beneficii conscientia", 139 ss., 168; HARKE, *Testamentsauslegung*, 69 s.; DU PLESSIS, *Reading a Dead Man's Mind*, 43 ss.; GARCIA QUINTAS, *El prelegado*, 74 e n. 47; MEROTTO, *I patti successori*, 199 n. 19, 203 n. 31.

47 Merita ricordare che COSTA, *Papiniano* III, 6 s., nel tratteggiare l'iniziale contrasto tra *favor testamentorum* e *voluntas testantium*, scrive che «nei testi di Papiniano, attinenti alle successioni ereditarie [...] rifugge la ricerca e intuizione più fine e perfetta della pura, vera [...] volontà dei testamenti», rilevando la «decisiva prevalenza della *voluntas*».

48 JOHNSTON, *The Roman Law*, 168 n. 21, annota che nell'opera di Papiniano ricorre il maggior numero di occorrenze dell'espressione *verba fideicommissi*. Giova incidentalmente osservare come, nell'assetto normativo di epoca giustiniana, il principio affermato nel passo papiniano – sebbene riferito in origine a un'ipotesi di *fideicommissum rei alienae* – sia da ritenersi estensibile anche al *legatum rei alienae*. Ciò in ragione della compiuta equiparazione tra legati e fedecommissi operata dalla legislazione giustiniana, la quale, attraverso un sistematico processo di assimilazione, ha finito per attribuire al *fideicommissum* di cosa altrui la medesima disciplina riservata al *legatum rei alienae*. In tal senso si esprime, con chiarezza esemplare, Giuseppe Grosso il quale sottolinea come tale «opera di livellamento [...] portò ad applicare al fedecommissario di cosa altrui il regime del legato di cosa altrui» (*I legati*, 252). *Add* VOCI, *Diritto ereditario* II, spec. 235 ss.; FERRINI, *Teoria generale*, 289, che osserva che l'attenuazione del rigore iniziale fu evidentemente attenuato per influenza del fedecommissario; FADDA, *Concetti*, 51 s., secondo cui il fedecommissario, sotto le forme più svariate, è sempre la preparazione al legato, a figure più libere, più elastiche di legato che non

che aveva lasciato a un figlio dei fondi credendo di esserne proprietario (*qui se dominum esse crediderit*); in seguito, il figlio ne era stato evitto e si era pertanto rivolto al giurista per sapere se poteva rivalersi sugli altri fratelli coeredi⁴⁹ per il rimborso del valore dei fondi che gli erano stati tolti.

La *consultatio*, dunque, non riguardava la validità del fedecommissario di fondi altrui, ma, in ottica pragmatica, il profilo della legittimità dell'eventuale *actio* di rivalsa esercitabile dall'*evictus* nei confronti dei fratelli coeredi al fine di ottenere un ristoro per la diminuzione patrimoniale subita in conseguenza dell'evizione.

Senza esitazione, Papiniano risponde che l'evitto non ha diritto ad alcuna azione contro i fratelli coeredi: *nulla cum fratribus et coheredibus actio erit*.

L'elemento decisivo per la soluzione del primo *casus* in D. 31.77.8, con cui Papiniano nega all'evitto la possibilità di agire verso i coeredi, discende dall'applicazione del principio neraziano in tema di *legatum rei alienae*, fondato sulla *distinctio scientia-ignorantia testatoris* in merito alla proprietà della *res legata*⁵⁰.

Tale aspetto emerge con chiarezza dall'inciso *pater, qui se dominum esse crediderit*, che evidenzia come la condizione giuridica dei beni oggetto del lascito

quelle esistenti. Si richiamano inoltre le parole di COSTA, *Papiniano* III, 50 ss., in part. 58, che osserva: «La *paterna pietas*, l'*officium pietatis* guidano pertanto a raggiungere rapidamente, per via del fedecommissario, effetti assai più arditi di quelli che si conseguirono poi più tardi, in grazia dell'istituto della *divisio parentum inter liberos*» (oggetto della seconda parte di D. 31.77.8). Sotto questo profilo, l'*excerptum* papiniano appare di particolare interesse, raffrontando un aspetto rilevante della liberalità fedecommissaria con la *divisio inter liberos*, strumenti ambedue riconducibili all'elemento fiduciario. Commentando un recente studio di MINALE, *La materia fedecommissaria*, LAMBERTINI, *P.S.* 4.1.6, 263-276 (con citazione della letteratura in argomento) offre una visione approfondita dell'evoluzione del fedecommissario e del suo rapporto con il legato *per damnationem*, sottolineando la progressiva convergenza strutturale tra i due istituti. Pur rilevandone la maggiore informalità originaria, lo studioso osserva come il fedecommissario presenti una struttura trilaterale simile a quella del legato *per damnationem*: in entrambe le disposizioni, infatti, il testatore impone a un soggetto (l'onere) l'obbligo di trasferire un beneficio a un terzo (il beneficiario). Questa analogia strutturale ha favorito un progressivo avvicinamento tra le due figure, culminato con la riforma giustiniana che ne ha decretato l'equiparazione formale e sostanziale. L'A. evidenzia inoltre che l'esigenza di certezza giuridica ne ha gradualmente ridotto la libertà formale, imponendo un uso rigoroso delle formule verbali. Si segnala, infine, che l'istituto del fedecommissario nelle sue varie tipologie, sia pure senza riferimenti al caso in cui avesse ad oggetto cose non appartenenti al testatore, è oggetto di un recente studio di BERTOLDI, *Le situazioni affidanti* (cui si rinvia per la principale letteratura), ove si analizzano istituti basati su schemi fiduciari, anche in prospettiva comparativa nel diritto medievale e moderno, con riferimenti al *trust* inglese e alla *fiducie* francese.

49 VIVIANUS, *Infortiatum*, *Casus ad* D. 31.77.8, 848, ipotizza il numero di tre figli.

50 D. 31.67.8.

risulti determinante ai fini della soluzione adottata da Papiniano: il *fideicommissum praedium* era stato disposto sulla base di una errata rappresentazione della realtà da parte del *de cuius*⁵¹ e di conseguenza il legato era da considerarsi invalido, con relativa esclusione della possibilità per l'*evictus* di esperire un'azione nei confronti dei fratelli coeredi.

La contratta risposta negativa⁵², quindi, lascia intuire che il legatario non doveva essere riuscito a provare che il padre era a conoscenza dell'alienità dei *praedia legata* e, pertanto, non poteva pretendere un rimborso dai coeredi⁵³.

51 La *narratio* non è altrettanto esplicita su alcuni snodi della vicenda che possono solo essere ipotizzati in via congetturale. Non è chiaro, infatti, se i *praedia legata* fossero dell'erede o di un terzo, né se l'evizione fosse avvenuta prima o dopo la consegna dei fondi legati da parte dell'erede, né, infine, se l'evitto si fosse rivolto a Papiniano prima o dopo aver inutilmente tentato di ottenere il rimborso del valore del legato dai fratelli coeredi. Se risulta arduo proporre una risposta adeguata all'ultimo quesito (sul punto il testo non fornisce alcun indizio), è invece possibile delineare un'ipotesi interpretativa plausibile con riferimento agli altri due, tracciando coordinate argomentative suscettibili di orientare la ricostruzione sistematica della fattispecie. Il tenore complessivo del passo consente di presumere, infatti, che i *praedia* oggetto del lascito fedecommissario appartenessero a un terzo soggetto: la formula *pater, qui se dominum esse crediderit* implica chiaramente una falsa convinzione di titolarità da parte del disponente, con ciò lasciando intendere che la proprietà effettiva dei beni era estranea al suo patrimonio. D'altro canto, come già ricordato, il legato di cosa dell'erede era sempre considerato valido, né a esso si applicava la distinzione tra *scientia* e *ignorantia* del testatore: per tutti, VOCI, *Diritto ereditario* II, 252 s. Per quanto riguarda il *tempus* dell'evizione, risalente dottrina riteneva discriminante il momento della consegna, affermando che la negazione dell'azione era dovuta al fatto che l'evizione era avvenuta successivamente alla consegna dei beni legati e per questo l'evitto non aveva più la possibilità di agire con l'*actio ex testamento* che, in caso di legato di *species* (come quello di cui si tratta nel responso papiniano), si estingueva con l'avvenuta consegna della *res*. A parere di chi scrive, il punto non appare peraltro decisivo ai fini della *solutio iuris*. Infatti, la validità o invalidità del lascito, in questo caso, non dipendeva tanto dalla circostanza della trasmissione del possesso, quanto dal fatto che si trattava di un legato di cosa altrui da considerarsi invalido in quanto mancava la *scientia testatoris* in merito alla proprietà dei fondi legati. Cfr. sul punto FERRINI, *Teoria generale*, 296 ss., seguito da BONELLI, *Sulla legge*, 6 ss. (con citazione della più risalente dottrina), il quale rileva che, in caso di validità del legato, il venir meno dell'obbligo e il correlato diritto del legatario (verosimilmente ignaro, specie se lo era anche il testatore, del diritto di un terzo sulla cosa) non possono dipendere da «un'affrettata trasmissione» del possesso della cosa.

52 È riconosciuto come lo stile di Papiniano sia caratterizzato da una stringatezza espressiva che rasenta l'oscurità e dalla contrazione del ragionamento giuridico: vd., tra gli altri, ANKUM, *Papiniano*, 33 ss.; STOLFI, *Per uno studio*, 50 (e n. 327 per la principale dottrina che condivide tale giudizio).

53 Nel commento dei glossatori la negazione dell'azione al prelegatario evitto nei confronti dei fratelli coeredi viene fondata non su una motivazione giuridica, bensì piuttosto su una considerazione di opportunità e armonia familiare. Vivianus, infatti, argomenta: «Certe non, iam enim cresceret invidia inter eos [inter fratres]»: *Infortiatum*, *Casus ad D.* 31.77.8,

Il ragionamento papiniano fa leva anche su un altro elemento caratterizzante la vicenda e di non trascurabile rilevanza. Il medesimo *incipit* indica infatti un altro punto che, seppur non con altrettanta evidenza, contribuisce a integrare sotto il profilo giuridico-argomentativo il ragionamento del *causidicus* mediante una formulazione sintattica complessa ma giuridicamente determinante. La proposizione relativa *pater, qui se dominum esse crediderit*, inserita all'interno di un'ulteriore subordinata relativa che specifica i *praedia, quae pater ... reliquit*, stabilisce con precisione che il testatore disponeva di beni specifici di cui erroneamente si riteneva proprietario. Tale costruzione linguistica consente di configurare il legato come di cosa specifica e non di genere, con la conseguenza che l'adempimento dell'obbligazione legatizia si considera perfezionato con la consegna del bene designato (o il pagamento dell'*aestimatio*), rendendo inammissibile qualsiasi ulteriore pretesa risarcitoria o sostitutiva da parte del legatario evitto⁵⁴.

La negazione dell'azione al legatario evitto nei confronti dei coeredi può trovare dunque una duplice giustificazione: non solo nella *inscientia*, ma anche nella natura specifica dell'oggetto del legato. I *praedia* in questione forse erano

848 (*ratio* ribadita anche nella gl. *evictis, ad h.l.*). Il commento evidenzia il timore che un contenzioso del genere possa accrescere l'*invidia* – termine che in questo contesto è da intendersi nel senso di conflitto o gelosia – tra coeredi, alimentando rivalità e risentimenti tra fratelli e così compromettendo la pace familiare. Tale motivazione viene ripresa da Bartolo da Sassoferrato nel suo commento a questo luogo del Digesto, ove osserva che non vedeva, se questo era il fondamento, per quale ragione non si dovesse applicare il medesimo principio al caso in cui i coeredi fossero non figli del testatore, ma congiunti tra loro con un grado diverso di parentela: «non video quod sit differentia inter fratres et alios coheredes coniunctos» (BARTOLUS, *In secundam Infortiati partem, ad h.l.*, 53). Sul punto si noti inoltre, come osservato da BONELLI, *Sulla legge*, 11 e n. 2, che poteva peraltro accadere che la garanzia evizionale ristabilisse, anziché rompere, l'equilibrio tra le quote disposte dal padre, agendo come meccanismo correttivo piuttosto che distruttivo dell'assetto ereditario voluto.

54 A differenza da quanto accade in caso di legato di genere, ove in caso di evizione l'onere rimane tenuto a trasferire al legatario una cosa che non gli può essere tolta: FERRINI, *Teoria generale*, 196 ss., 295 ss.; BONELLI, *Sulla legge*, 7 ss. GROSSO, *I legati*, 267 ss., 271 s., sottolinea che la differente regolamentazione giuridica tra il legato di genere e il legato di specie, in relazione alla problematica del *legatum rei alienae*, trova il proprio fondamento nella rilevanza che, nel caso di un bene specificamente individuato, assumeva lo stato soggettivo del testatore riguardo alla proprietà del bene, ossia la *scientia* o *inscientia*. VOCI, *Diritto ereditario* II, 253 ss., 261 ss., rileva che quando il legato è *per damnationem* e quindi riguarda cose altrui, il *genus* può avere la sua massima estensione, ma questo può creare difficoltà in caso di cose infungibili. Il fenomeno dell'evizione nella sua evoluzione storica è stato oggetto di una ricca letteratura, con speciale riguardo al suo rapporto con la compravendita: per non appesantire il presente contributo, si rinvia per tutti ai recenti studi, con bibliografia, di DALLA MASSARA, *Fondamenti*, e CORTESE, *La 'garanzia'*, 586 ss.

stati già materialmente consegnati al legatario, determinando il perfezionamento dell'obbligazione legatizia, e pertanto l'evizione successiva alla *traditio* non poteva generare ulteriori azioni a tutela del legatario.

Occorre peraltro osservare che, sebbene il lascito oggetto del responso sia configurabile come un legato di specie, il testo non offre elementi univoci che consentano di ritenere con certezza che l'evizione fosse intervenuta successivamente alla consegna. Anzi, la struttura del passo, e in particolare la connessione argomentativa con la seconda parte del responso, in cui Papiniano prospetta il caso del legato attribuito a fini distributivi, induce piuttosto a ritenere che l'evizione fosse avvenuta anteriormente alla consegna.

In tale prospettiva, nonostante la natura determinata del bene legato, la soluzione negativa adottata dal giurista severiano trova dunque la sua spiegazione più coerente non tanto nella consumazione dell'*actio ex testamento*, quanto nell'applicazione della regola generale in tema di *legatum rei alienae*, fondata sul principio neraziano che comporta l'invalidità del *legatum rei alienae* in caso di *inscientia testatoris*.

La risposta negativa fornita al primo *casus* non chiude l'analisi della vicenda e induce Papiniano a un chiarimento con cui apre un nuovo scenario nella seconda parte del brano.

Il giurista afferma che, a differenza del caso precedentemente esposto, qualora il *pater* avesse disposto il lascito con l'intento di operare una divisione tra i figli (*inter filios divisionem fecit*), il figlio evitto avrebbe avuto il diritto di ritenzione sui beni prelegati attribuiti ai fratelli e avrebbe potuto rifiutarsi di restituirli, salvo il caso in cui gli altri coeredi si fossero dichiarati disponibili a rispettare la volontà paterna.

Tale soluzione si configura, in sostanza, come un'eccezione alla regola del *legatum rei alienae* enunciata in precedenza, indicando un altro caso (oltre a quello di C. 6.37.10) in cui simile disposizione poteva essere considerata valida nonostante l'*inscientia testatoris* sulla base della *coniectura voluntatis* del testatore⁵⁵.

55 Nel commentare D. 31.77.8, Cujacius (*Opera omnia*, 1244s.) chiarisce che, sebbene in materia di legato di cosa altrui si distingua tra testatore consapevole e ignaro della non appartenenza del bene – ritenendosi valido il legato solo nel primo caso –, in caso di *divisio inter liberos*, si presume che il *de cuius* abbia voluto conferire carattere stabile e definitivo alla ripartizione del patrimonio tra i coeredi, assimilabile a una *permutatio* in cui ciascun figlio riceve una porzione in cambio della rinuncia all'intero. Questo implica una garanzia *pro evictione* volta ad assicurare il beneficiario che il bene assegnato non sarà oggetto di rivendicazioni da parte di terzi. Questa garanzia si estende alle assegnazioni effettuate dal padre, anche se formalmente costituite come legati, in quanto dovuta *ex voluntate defuncti, non ex legati natura*. Secondo BONELLI, *Sulla legge*, 10 ss., tale eccezione si fonda sull'idea della *familia* quale entità organica, anteriore e su-

L'evoluzione argomentativa della *consultatio* originaria conduce, quindi, a una seconda elaborazione responsiva, nella quale l'indagine circa i possibili rimedi processuali a disposizione del legatario si arricchisce di una dimensione ermeneutica più ampia in cui l'elemento della *scientia* del *de cuius* viene analizzato secondo una prospettiva che trascende la mera consapevolezza circa la proprietà del bene oggetto del lascito.

Questo ampliamento dell'orizzonte interpretativo consente di collocare il singolo legato all'interno di una visione sistematica della volontà testamentaria, valorizzando il complessivo assetto successorio voluto dal testatore e portando la discussione nell'ambito della divisione ereditaria che vede tutti i coeredi partecipi della ripartizione e solidalmente responsabili dell'equilibrio delle attribuzioni patrimoniali derivanti dall'assetto voluto dal *de cuius*. La ricostruzione della volontà del testatore viene così perseguita attraverso un'analisi che integra la dimensione oggettiva della proprietà del bene con quella funzionale-teleologica della complessiva pianificazione successoria.

L'economia complessiva del passo mette in luce due snodi ermeneutici di primaria rilevanza ai fini della *solutio iuris*: la verifica delle condizioni necessarie per la validità del *legatum rei alienae* e l'indagine sull'intento con cui il *pater* aveva disposto il lascito.

La considerazione di questi punti determina i risultati ottenuti: il legato di cosa (nella specie, di fondi) altrui è da considerarsi invalido laddove manchi la

periore alla nozione individualistica di *hereditas*, e in virtù della quale i figli erano già titolari, seppure latenti, di un diritto sul patrimonio familiare. La *divisio* viene quindi interpretata non come semplice attribuzione di legati, ma come atto distributivo che si colloca, almeno idealmente, *ante mortem patris*. Le attribuzioni paterne, anche se in forma di legato, risultano allora essere anticipazioni di quote ereditarie, cui si applica la garanzia evizionale, senza perdere il carattere universale del trapasso successorio (*ib.*, 22 ss.). Più recentemente, D'ORTA, "*Sterilis beneficii conscientia*", 139 ss. (con altra letteratura), sottolinea come in tali casi sia opportuno rimettere all'arbitrio la definizione della controversia successoria, anche se l'intervento arbitrale si muove entro limiti precisi, non potendo imporre a un coerede la restituzione di un prelegato se il beneficiario non offre idonea garanzia contro l'evizione eventualmente patita. HARKE, *Testamentsauslegung bei Papinian*, 69 s., rileva la differenza tra l'assegnazione tramite fedecomesso, che implica un vantaggio unilaterale, e una disposizione distributiva che, invece, ha lo scopo di far sì che l'eredità sia divisa in proporzione alle quote ereditarie, spiegando che «einer Teilungsanordnung, die im Gegensatz zu einem Voraus nicht zu einer Begünstigung des Bedachten, sondern dazu führen soll, dass der Nachlass gegenständlich, aber in dem Verhältnis der Erbquoten aufgeteilt ist». Riprende il tema della natura dell'antica *hereditas*, ma focalizzandosi sulle testimonianze dell'identità tra erede e tutore, OLIVIERO NIGLIO, *Hereditas*, 1 ss. Sulla divisione ereditaria, oltre alla sempre utile lettura di VOCI, *Diritto ereditario* I, 733 ss., e di BURDESE, *Divisione*, 412 ss., cui *adde*, del medesimo studioso, *La divisione ereditaria*, si rinvia, per non appesantire con una lunga nota, ai recenti studi di D'ALESSIO, "*Un dogma*", 1 ss.; CACACE, *La natura della divisione*, 485 ss.; BEGHINI, *La divisione, passim* (tutti con letteratura).

scientia testatoris in merito alla proprietà della *res legata*, con la conseguenza che il legatario evitto non può chiedere alcun rimborso; tuttavia, l'ignoranza circa l'altruità del bene può non precludere l'indennizzo qualora il *pater* avesse disposto il lascito con l'intento di anticipare la divisione ereditaria.

In sostanza, il fulcro della soluzione fornita da Papiniano è l'interpretazione della *voluntas patris*, la *coniectura voluntatis* del defunto⁵⁶, al fine di comprendere se il *pater* avesse utilizzato la *formula legati* (*per damnationem*) per disporre un'ordinaria attribuzione *iure legati* dei *praedia* oppure per realizzare uno scopo diverso, ovvero per assegnare i fondi al figlio *iure hereditario*. Solamente all'esito di tale indagine, è possibile stabilire se l'evitto può agire *ex testamento*⁵⁷ contro i fratelli coeredi per rifarsi di quanto perduto a causa dell'evizione, nel quadro di un doveroso riequilibrio delle attribuzioni patrimoniali.

Ciò significa che nell'interpretazione papiniana il criterio della *voluntas testatoris* prevale sulla rigida applicazione della *scientia* quando il legato si rivela funzionale alla divisione ereditaria: qualora il testatore, invece, abbia erroneamente incluso un bene altrui nell'assegnazione divisoria, l'interesse preminente diviene la preservazione dell'armonia distributiva complessiva.

L'accertamento della *voluntas patris* alle radici del legato costituisce dunque il momento discriminante in relazione alla garanzia tra i figli coeredi, negata dal giurista in caso di mera attribuzione di liberalità, ma riconosciuta laddove l'assegnazione abbia il valore di anticipazione della quota ereditaria, portando a riconoscere al coerede evitto la ritenzione sulle *partes praelegatae*.

Come già evidenziava Contardo Ferrini, in questo contesto Papiniano per *partes coheredibus praelegatas* non poteva intendere che le porzioni dei fondi spettanti al figlio *iure hereditario*, ma devolute ai coeredi in forza del prelegato. La volontà paterna aveva istituito ciascuno dei figli coeredi in parti uguali così

56 Il termine *coniectura* rimanda all'accertamento della volontà mediante prove: VOCI, *Interpretazione*, 263 n. 72. Sul punto, HARKE, *Testamentsauslegung*, 67 ss., osserva che Papiniano mostrerebbe in generale di ritenere che l'obiettivo della *coniectura voluntatis* è l'accertamento non soltanto dell'ipotetica volontà individuale del testatore, ma anche di una volontà ragionevole di questi (richiamando al riguardo D. 35.1.102). Come ho già avuto di occasione di ricordare (*Studi sugli alimenta*, 51 n. 85), l'espressione *coniectura voluntatis* ricorre, oltre che nel presente luogo, anche in D. 36.2.12.5 (Ulp. 23 *ad Sab.*), D. 31.78.1 (Pap. 9 *resp.*), a cui si aggiungono le similari *coniectura ex voluntate testatoris* in D. 31.77.15 (Pap. 8 *resp.*), D. 31.64 (Pap. 15 *quaest.*), ove Papiniano ammette la *coniectura* nel caso di un fedecommesso, e in *coniectura voluntatis* in D. 15.1.57.2 (Tryph. 8 *disp.*). Analogamente, in D. 35.1.102 (Pap. 9 *resp.*) Papiniano imposta il responso sulla *coniectura pietatis*.

57 L'azione del legatario, ovviamente, non è una vera azione da evizione, ma un'*actio legati ex testamento*: cfr. ad es. D. 32.29.3 (Labeo 2 *a post. Iav. ep.*). Per tutti, PUGLIESE, *Istituzioni*, spec. 695, 948.

che ogni assegnazione costituiva un prelegato «a cui ogni coerede deve per la sua parte contribuire»⁵⁸. E non pare possa dubitarsi di tale interpretazione.

Il punto si ricollega a un altro nodo interpretativo rilevante, ovvero l'assimilazione dell'operazione paterna al ruolo dell'*arbiter* (*familiae erciscundae*) chiamato a dirimere l'eventuale controversia tra i coeredi. Papiniano scrive: *si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur eum partes coheredibus praelegatas restituere*⁵⁹.

Due i punti che meritano una riflessione.

Anzitutto, la *coniectura voluntatis*, elemento fondamentale dell'interpretazione papiniana, che impone di considerare la divisione operata dal testatore come un assetto stabile della successione da lui progettata, subordinando ogni eventuale riequilibrio della successione stessa alla condizione che tutti i coeredi accettino di mantenere intatto il disegno voluto dal padre⁶⁰.

Ulteriormente, la ricostruzione della volontà del *de cuius* in relazione alla distribuzione delle porzioni ereditarie presuppone che il *pater*, effettuando una divisione tra i figli, avesse inteso conferire un determinato equilibrio alla ripar-

58 FERRINI, *Teoria generale*, 199. Sul prelegato si vedano, tra gli altri, FERRINI, *Contributi*, 1 ss.; ID., *Teoria generale*, 187 ss.; BONFANTE, *L'eredità*, 395 ss.; BONFANTE, *Il prelegato e la successione*, 407 ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano VI*, spec. 497 ss.; VOCI, *Diritto ereditario II*, 203, che sottolinea che il prelegato «può essere ordinato con ogni forma di legato; può aversi anche un prefedecommissio»; GROSSO, *I legati*, 226 ss., che rileva come nelle fonti l'occorrenza del verbo *praelegare* sia decisamente più frequente del sostantivo *praelegatio* (attestato solamente due volte), al punto che tale frequenza individua l'accezione propriamente tecnica del termine, ovvero quella del legato a uno degli eredi a carico dell'intera eredità; PALAZZOLO, *Dos praelegata*, 169 ss., spec. 178 n. 19, il quale precisa che il verbo *praelegare* ricorre soprattutto in una serie di fattispecie ben determinate (legato della dote, del peculio, ai liberti, con onere fedecommissario – come il caso in D. 31.77.8), ma anche in fattispecie che non coinvolgono eredi. Per un'efficace visione di sintesi del percorso storico-giuridico che dalle fonti romane ha portato all'art. 661 c.c., dedicato al prelegato, vd. MASI, *Prelegato*, 1017 ss. Più di recente, vd. spec. KASER, *Das römische Privatrecht*, 748 s.; TALAMANCA, *Istituzioni*, 740; D'ORTA, «Sterilis beneficii conscientia», 139 ss.; SCARCELLA, *Il bilinguismo*, 639 e n. 79, 641 e n. 87; PULIATTI, *De cuius hereditate agitur*, spec. 129, 147 ss.; GARCIA QUINTAS, *El prelegado*, spec. 74 ss.

59 VIVIANUS, *Infortiatum, Casus ad D. 31.77.8*, 848, spiega: «nisi ipsi patris iudicium ei conservent satisfaciendo ei de praedio quod sibi evictum est».

60 Si precisa, anche se forse può apparire superfluo, che nel contesto qui descritto da Papiniano non si rinvencono elementi per qualificare le *partes praelegatae* come frutto di un patto successorio vietato. Il contesto si riferisce chiaramente, infatti, a una divisione operata direttamente dal *de cuius*, il che escluderebbe un accordo autonomo tra i coeredi su beni ereditari futuri. Inoltre, il principio enunciato dal giurista si basa sulla volontà del *pater familias*, e non su un'intesa pattizia tra gli eredi, il che riconduce l'operazione alla categoria delle *res praelegatae*, lecite in quanto espressione della volontà testamentaria, e non a un *pactum successorium* vietato. In tema vd., di recente, MEROTTO, *I patti successori* (con letteratura).

tizione patrimoniale. Ciò comporta che l'*arbiter* non poteva consentire la restituzione delle parti prelegate ai coeredi, salvo che costoro non si dichiarassero disposti a rispettare la volontà del *pater*, mantenendo inalterato il trattamento previsto per il fratello evitto. Di conseguenza, le *res praelegatae* dal *pater* dovevano essere considerate come aggiudicate dall'*arbiter* nel giudizio di divisione, con la conseguente prestazione della garanzia per evizione⁶¹. D'altronde, è dato più che consolidato che tale impostazione rispondeva a un «senso d'ossequio verso la volontà del padre che opera la divisione tra i figli»⁶² che si traduceva nella necessità di mantenere inalterato il disegno successorio originariamente delineato dal testatore, con la conseguenza che l'*arbiter* non doveva alterare gli equilibri successori voluti dal *pater* a meno che non vi fosse un consenso unanime tra gli eredi volto a preservare l'assetto originario stabilito dal testatore. Pertanto, se è vero che il *pater* agiva in qualità di *arbiter* nel procedere alla *divisio*, è parimenti vero che l'*arbiter* doveva conformare la propria attività ai criteri e alla volontà del *pater*, ricercandone l'intento e operando in coerenza con esso⁶³.

61 Questa è, infatti, la *coniectura voluntatis* di Papiniano, «che cioè qui gli oggetti prelegati debbano in ordine agli effetti suindicati parificarsi a quelli aggiudicati dall'arbitro nel giudizio di divisione. Ora, manifesta essendo tale volontà del defunto, si tratta la specie, come s'egli avesse aggiunto espressamente che si dovesse o rispondere in caso di evizione o sciogliere in ogni modo gli eventuali vincoli di pegno, le quali aggiunte esplicitate potrebbe il testatore fare in ogni legato»: FERRINI, *Teoria generale*, 197. Inoltre, in opposizione alla tesi di Polacco, (*Della divisione*, 145, secondo cui per prelegato qui – ove si parla di *divisio inter liberos* – non può intendersi che l'eccedenza sul valore nominale della quota, con la conseguenza che il passo non accorderebbe un'azione di evizione al figlio evitto, ma soltanto un'*exceptio*, ossia il *ius retentionis* sui beni prelegati agli altri fratelli e da lui eventualmente posseduti, fino a quando questi non lo abbiano risarcito per la quota a lui prelegata di cui ha subito l'evizione), Ferrini sottolinea che merita attenzione il fatto che Papiniano non faccia riferimento alle *res*, bensì alle *partes*, indicando così una diversa prospettiva concettuale.

62 «E ciò in deroga al principio, che disconosce cotale garanzia per i legati e la ammette solo per ciò che fa parte delle quote ereditarie»: così già COSTA, *Papiniano* III, 59 n. 12, che attribuisce questa regola al responso in D. 31.77.8.

63 Sui poteri dell'*arbiter* nella *divisio inter liberos* VOCI, *Diritto ereditario* I, 747 ss.; VOCI, *Diritto ereditario* II, 476 ss., sottolinea che in questi casi il potere di distribuzione delle cose ereditarie è affidato al padre, che si sostituisce all'*arbiter* del *iudicium familiae erciscundae*, in quanto «meglio di ogni altro conosce il valore delle singole cose, le attitudini dei vari figli, i bisogni di ciascuno di essi». Cfr. COSTA, *Papiniano* III, 59 n. 12, che attribuisce al responso in D. 31.77.8 la regola per cui gli oggetti prelegati dal *pater* si devono trattare come aggiudicati dall'*arbiter* nel giudizio di divisione. Questa lettura implica che, una volta effettuata la suddivisione, le attribuzioni del *pater* assumano un carattere definitivo, analogo a quello di una sentenza arbitrale. Sull'*actio familiae erciscundae* con riferimento al ruolo dell'*arbiter*, anche nell'ambito delle *divisiones inter liberos*, vd. ora spec. D'ORTA, «*Sterilis beneficii conscientia*», 71 ss.; MEROTTO, *I patti successori*, 202 ss., ove (203 e n. 31) si menziona il responso in D.

Il ragionamento di Papiniano appare strettamente intrecciato con considerazioni di equità tra i coeredi, ove per equità qui deve intendersi, in sostanza, il rispetto della volontà divisoria paterna⁶⁴. Anche a questo risultato può portare, in ultima analisi, la *coniectura voluntatis patris* invocata dal nostro *causidicus*: lo stesso *pater*, nell'ambito della propria *divisio*, non avrebbe voluto – né tollerato – la restituzione delle *partes praelegatae* ai coeredi, se non in presenza di un atteggiamento di reciprocità nel rispetto della divisione da lui operata. Il rispetto della *voluntas patris* esige che il valore del bene evitto (nella specie, i fondi) venga ripartito tra tutti i coeredi in proporzione del valore dei beni attribuiti a ciascuno di essi come parti dell'eredità⁶⁵.

Un'ulteriore implicazione di questo orientamento è il riconoscimento in capo all'evitto del diritto di ritenzione nei confronti dei fratelli coeredi sulle porzioni ricevute, ma subordinatamente alla condizione che gli altri eredi non accettino l'equilibrio divisionale delineato dal testatore⁶⁶.

Nella parte conclusiva del brano Papiniano pone infatti un limite alla ritenzione, affermando: *nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari*. La legittimità della ritenzione cessa se e nel momento in cui i fratelli risarciscono

31.77.8 per esemplificare un caso in cui si ribadisce che il compito principale dell'*arbiter* era la ricostruzione dell'effettiva volontà del defunto, attività in cui l'arbitro godeva di lata discrezionalità, come ricordato anche da PULITANÒ, *Profili dell'officium iudicis*, 405 (con bibliografia).

64 «È un temperamento di equità che si spiega benissimo collo scopo evidente e la volontà chiara del defunto; che però Papiniano avrebbe negato l'*actio evictionis*, se l'evizione fosse avvenuta più tardi, è troppo audace asserzione»: così FERRINI, *Teoria generale*, 199 s.

65 Al riguardo, D'ORTA, "*Sterilis beneficii conscientia*", 135, sottolinea che la *divisio inter liberos* in età classica «recupera il ruolo del *pater* valorizzandone la capacità di incidere sulla divisione ereditaria».

66 In generale, sul diritto di ritenzione, oltre alla trilogia di NARDI, *Studi sulla ritenzione*, si veda ora, sia pure con riferimento a vicende non attinenti a disposizioni *mortis causa*, VINCI, *Ricerche, passim* (con indicazione della principale letteratura in tema). Sebbene non focalizzata sul tema della ritenzione in ambito successorio, si veda anche BICCARI, *Spese, divisione*, 179 ss., che offre un aggiornato inquadramento dottrinale e giurisprudenziale della ritenzione con riferimento alle spese sostenute per la cosa comune e alla divisione. Si annota, ulteriormente, che anche nel caso in cui il creditore venda la cosa data in pegno dal defunto e attribuita a uno degli eredi il danno deve essere ripartito tra tutti: VOCI, *Diritto ereditario* II, 123 ss., che rileva inoltre che la *divisio parentis inter liberos* è «l'operazione di distribuzione del patrimonio ereditario tra i figli, attuata dal padre, che si sostituisce, in questa funzione, all'*arbiter familiae circundae* [...] mera operazione distributiva, non è, né può essere, testamento». Oggetto della *divisio*, si ricorda, possono essere tutti gli elementi del patrimonio paterno, inclusi crediti e debiti, e, quando la operi, il padre deve rispettare le regole di diritto successorio, come il fatto che non può ledere la quota legittima degli eredi né le disposizioni della *lex Falcidia* o del sc. Pegasiano (*ib.*, 125 s.).

l'evitto della perdita subita, così dimostrando di rispettare la volontà del padre di assegnare a ciascun figlio una parte del patrimonio.

Tale finalità fornisce argomenti per considerare il diritto di ritenzione in questa sede come una sorta di strumento di pressione volto a costringere i fratelli coeredi a compensare l'evitto per i beni perduti che il padre gli aveva voluto assegnare in quota ereditaria. Questo significa che la ritenzione è qui volta a garantire il ristabilimento dell'equilibrio distributivo inteso dal testatore: in assenza del riconoscimento della ritenzione, infatti, a essere lesa dall'evizione sarebbe altrimenti soltanto la quota ereditaria dell'evitto, non quella degli altri coeredi.

Il giurista sottolinea così la condizionalità del godimento dei prelegati da parte dei fratelli coeredi che possono beneficiarne soltanto se sono disposti a indennizzare il fratello evitto per la perdita subita: in questo modo, infatti, rispetteranno l'equilibrio della divisione voluta dal padre (*patris iudicium fratri conservari*). In altri termini, i fratelli, per ottenere quanto loro dovuto, devono dimostrare di rispettare la volontà distributiva del padre nell'assegnare a ciascun figlio una parte del patrimonio.

Il ragionamento di Papiniano, dunque, si presenta come una costruzione coerente: poiché la *retentio* trova la sua giustificazione nell'esigenza di preservare l'equilibrio divisionale voluto dal *pater*, essa deve essere esclusa quando i coeredi si mostrano disposti a rispettare il *iudicium patris*, ossia l'intento distributivo originario compromesso dall'evizione. In tale prospettiva, l'indennizzo offerto dai fratelli coeredi assume la funzione di mezzo riequilibratore, volto a ricostituire l'assetto patrimoniale delineato dal testatore. Il risultato è una logica di reciprocità e cooperazione tra coeredi che subordina la validità operativa della divisione testamentaria al comportamento simmetricamente leale di tutti i condividenti nell'evitare contrasti con l'assetto voluto dal testatore.

In conclusione, nell'interpretazione qui prospettata da Papiniano, l'applicazione della regola per cui la validità del *legatum rei alienae* risulta condizionata dalla consapevolezza del testatore circa l'alienità della cosa potrebbe trovare plausibile deroga nel caso in cui si riuscisse a dimostrare la sussistenza di una finalità dispositiva specifica del *de cuius* che trascenda la mera attribuzione patrimoniale e si inserisca in un disegno dispositivo più articolato, funzionalmente orientato alla complessiva ripartizione dell'*hereditas*. Questa peculiare configurazione causale richiamerebbe, conseguentemente, l'applicabilità di principi propri di un diverso ambito della materia successoria, determinando un'integrazione e una rimodulazione dei presupposti di efficacia della fattispecie considerata.

6. Considerazioni conclusive

Il quadro complessivo delle fonti concernenti il *legatum rei alienae* offre interessanti elementi ermeneutici ai fini della comprensione dell'attuale configurazione codicistica della materia.

L'art. 651 del codice civile italiano, che ne disciplina l'efficacia, costituisce, infatti, un paradigmatico esempio di persistenza e adattamento delle soluzioni giuridiche romane. Tale continuità si manifesta non solo nella struttura dispositiva della norma, ma anche nella *ratio* che informa la disciplina del legato di cosa altrui che riflette una complessa stratificazione di principi elaborati dalla giurisprudenza romana e poi recepiti nella compilazione giustinianea.

Ripercorrendo in uno sguardo di estrema sintesi le fonti qui presentate, Gaio, nelle sue *Institutiones*, attesta la validità generale del legato di cosa altrui, affermando in termini assoluti che *eo genere legati etiam aliena res legari potest* (Gai. 2.202). Tale impostazione, tuttavia, è focalizzata sul momento dell'adempimento dell'obbligo legatizio, senza prendere in considerazione il caso in cui il testatore abbia disposto del bene ignorandone l'altruità, ipotesi che solleva delicate questioni circa l'effettiva volontà dispositiva del *de cuius*.

Il punto viene risolto da Nerazio Prisco, il quale introduce il principio, destinato a divenire cardine della disciplina, secondo cui la validità del legato si deve subordinare alla consapevolezza del testatore circa l'alienità della cosa. La *sententia Neratii Prisci*, riferita da Papiniano in D. 31.67.8, trova il suo esplicito fondamento nella *ratio* per cui *succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit*. Tale principio mira a tutelare la posizione dell'erede, evitando che questi sia gravato dall'onere di acquistare un bene che il testatore, credendolo proprio, non aveva inteso imporre come oggetto di reperimento.

L'argomentazione di Papiniano prosegue delineando una massima di esperienza che conferisce una solida argomentazione giustificativa alla *sententia neraziana*: *sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates*. È la comune esperienza a suggerire che i testatori siano più inclini a disporre di beni propri piuttosto che a gravare gli eredi dell'onere di acquisire beni altrui: tale circostanza rende ragionevole presumere che il testatore, qualora fosse stato consapevole dell'altruità del bene, non avrebbe disposto il legato.

La prova di tale *scientia*, secondo un frammento di Marciano (D. 22.3.21), spetta al legatario, in conformità al principio generale secondo cui l'onere della prova incombe su colui che agisce. La scelta di gravare il legatario dell'onere probatorio pare rispondere, peraltro, non soltanto a tale principio, ma anche

alla *ratio* del *succursum heredibus* su cui si fonda la presunzione di ignoranza del testatore circa l'altruità della cosa.

La costituzione di Alessandro Severo del 227 (C. 6.37.10) recepisce il principio della *scientia testatoris* in merito alla consapevolezza dell'alienità della *res legata*, per poi introdurre un'eccezione, ritenendo valido il legato di cosa altrui anche disposto nell'*ignorantia* quando il beneficiario sia una persona prossima o il coniuge. Tale previsione rappresenta un temperamento del rigore neraziano, fondato su una presunzione di persistenza della volontà attributiva del testatore anche nell'ipotesi di piena consapevolezza dell'altruità del bene.

Questo percorso trova una sintesi organica nelle Istituzioni giustinianee, che ne offrono un'esposizione sistematica in I. 2.20.4, ad eccezione del rescritto che ammetteva la validità del *legatum rei alienae* qualora tra testatore e legatario sussistesse un particolare vincolo di affetto.

L'art. 651 c.c. rappresenta il punto di approdo di questa evoluzione.

Il principio cardine della disciplina del legato di cosa altrui, tanto nell'elaborazione giurisprudenziale romana quanto nell'art. 651 c.c., è infatti rappresentato dalla rilevanza della *scientia testatoris*. La consapevolezza del testatore circa l'alienità della cosa costituisce requisito essenziale per la validità del legato, in quanto espressione della volontà di imporre all'erede l'onere di procurare il bene al legatario.

La formulazione normativa, subordinando la validità del legato alla consapevolezza del testatore circa l'alienità della cosa, riflette con evidenza il principio neraziano (D. 31.67.8), con ciò accogliendone, è dato ritenere, la *ratio*. Tale requisito, tuttavia, viene integrato con una specificazione probatoria, assente nell'elaborazione giurisprudenziale romana, richiedendosi che la *scientia* risulti dal testamento stesso o da altra dichiarazione scritta del testatore.

La disciplina codicistica, inoltre, mantiene l'espunzione dell'eccezione a favore delle persone prossime prevista da Alessandro Severo, in linea con la scelta dei compilatori delle *Institutiones* giustinianee, optando per un'applicazione uniforme della regola della nullità in caso di ignoranza, indipendentemente dalla relazione tra testatore e legatario, con ciò evitando complesse (e discutibili) valutazioni sul grado di prossimità affettiva.

Un ulteriore elemento di continuità è rappresentato dall'alternativa tra l'acquisto della cosa e la corresponsione del suo valore, dalla quale discende la configurazione di un'obbligazione con facoltà alternativa a carico dell'erede. Tale meccanismo, già presente nelle *Institutiones* di Gaio, è riprodotto nell'art. 651 c.c. che prevede l'obbligo dell'erede di acquistare la cosa dal terzo per trasferirla al legatario o di pagarne il valore qualora l'acquisto risulti impossibile. La facoltà di liberarsi dall'obbligazione mediante il pagamento dell'*aestimatio*

consente di realizzare un equilibrio tra la volontà testamentaria e l'esigenza di evitare oneri eccessivi all'erede, preservando l'efficacia della disposizione anche in presenza di potenziali difficoltà nell'acquisizione del bene oggetto di legato.

Anche l'analisi condotta da Papiniano in D. 31.77.8, che pure si discosta maggiormente dall'attuale disciplina del legato di cosa altrui, mette in luce profili di non trascurabile rilevanza in ordine all'impatto prodotto dall'inserimento nell'atto testamentario di un bene erroneamente ritenuto proprio dal *de cuius* e successivamente evitto. In questo responso, che appunto affronta simile problema, il giurista severiano distingue tra legati meramente attributivi e legati inseriti in un più ampio disegno divisionale, ritenendo che i beni altrui di cui il testatore abbia disposto possono considerarsi validamente lasciati anche in caso di *inscientia* laddove si riesca a provare – in *extrema ratio* – l'intento divisorio del *de cuius*. Con questa soluzione ermeneutica, Papiniano mette in luce la necessità di evitare che la rigorosa applicazione del principio della *scientia testatoris*, così come l'evizione della cosa legata, conduca a risultati contrari alla *voluntas testatoris*.

La distinzione prospettata da Papiniano, dunque, pur non trovando esplicito riscontro nell'art. 651 c.c., che adotta una disciplina unitaria indipendentemente dalla funzione del legato, apre tuttavia all'applicazione delle norme in materia di divisione (in particolare agli artt. 733, 734, 758, 759 c.c.), con ciò consentendo un'interpretazione volta a preservare, in sostanza, la *voluntas testatoris* e con essa la validità del *legatum rei alienae* anche in caso di *inscientia*.

In conclusione, la disciplina del legato di cosa altrui dell'art. 651 manifesta una precisa scelta del legislatore orientata a realizzare un contemperamento tra interessi potenzialmente confliggenti: la preservazione della *voluntas testatoris*, evitando che la stessa venga pregiudicata da problematiche attinenti alla titolarità dei beni oggetto di disposizione, e l'esigenza di non gravare eccessivamente la posizione giuridico-patrimoniale dell'erede.

Tale impostazione esprime una sostanziale continuità con i costrutti ermeneutici elaborati dalla scienza giuridica romana – il rispetto della *voluntas testatoris*, la tutela della posizione successoria degli eredi e la preservazione dell'equilibrio patrimoniale della successione –, imponendo all'interprete di superare un'esegesi meramente letterale, potenzialmente riduttiva, in favore di una ricostruzione ermeneutica che valorizzi una lettura sistematica e teleologica delle disposizioni successorie.

Bibliografia

ACCURSIUS, *Digestum Infortiatum. Pandectarum iuris civilis tomus secundus*, Lugduni, apud Hugonem a Porta, 1560.

ANKUM H., *Papiniano, un giurista oscuro?*, SCDR 1 (1989) 33-64.

ARCES P., *Senatoconsulto Neroniano e legatum per praeceptionem*, Diritto@Storia 9 (2010) 1-20.

ARCES P., *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librare e del fedecomesso*, RDR 12 (2012) 1-16.

ARCES P., *La disciplina dei legati e la tecnica di scrittura nelle Istituzioni di Gaio*, RDR 13 (2013) 1-19.

ARCES P., *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2013.

ARCES P., *Sul metodo compositivo delle Istituzioni di Gaio*, SDHI 88 (2022) 9-40.

ASTOLFI R., *Studi sull'oggetto dei legati I*, Padova 1964.

ASTOLFI R., *Studi sull'oggetto dei legati II*, Padova 1969.

ATZERI L., *Le Pauli Sententiae e le loro interpretationes nel contesto della Lex Romana Visigothorum*, in *Ravenna Capitale*, a cura di G. Bassanelli Sommariva, F. Galgano, G.M. Oliviero Niglio, Santarcangelo di Romagna 2023, 39-64.

BALESTRA G., *Riflessioni in tema di legato di uxoris causa parata*, TSDP 17 (2024) 1-24.

BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, Milano 1947.

BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *In secundam Infortiati partem Commentaria*, Augustae Taurinorum 1589.

BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Digestum Infortiatum. Pandectarum iuris civilis tomus secundus*, Lugduni, apud Hugonem a Porta, 1560.

BATTAGLIA F., *Strutture espositive in Gaio: per una morfologia delle Institutiones*, in *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller: trasmissione, uso e trasformazione del testo*, a cura di U. Babusiaux, D. Mantovani, Pavia 2020, 205-278.

BEGHINI M., *La divisione giudiziale della comunione non ereditaria. Studio sulla funzione dell'adiudicatio*, Roma 2023.

BELLODI ANSALONI A., *Studi sugli alimenta legata*, Milano 2023.

BERTOLDI F., *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà. Origini romane e sviluppi contemporanei*, Roma 2025.

BIANCA C.M., *Diritto civile. Le successioni 2.2*, Milano 2023⁶.

BICCARI M.L., *Spese, divisione della cosa comune e diritto di ritenzione*, SDHI 88 (2022) 179-206.

BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1955².

BIONDI B., *s.v. Legato (diritto romano)*, in *NNDI* 9 (1963) 597-605.

BONELLI G., *Sulla legge 77 § 8 Dig. De legatis II (31). Garanzia evizionale tra fratelli nella divisione paterna*, in *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, Prato 1904, 1-30.

BONFANTE P., *Corso di diritto romano VI. Le successioni. Parte generale*, Roma 1930 (rist. a cura di G. Bonfante, G. Crifò, Milano 1974).

BONFANTE P., *Il prelegato e la successione*, in *Scritti giuridici vari I. Famiglia e successioni*, a cura di G. Crifò, A. Mancinelli, rist. Roma 2007, 407-428 (= *Rivista di diritto civile* 6 [1914] 753-772).

BONFANTE P., *L'eredità e il suo rapporto coi legati*, in *Scritti giuridici vari I. Famiglia e successioni*, a cura di G. Crifò, A. Mancinelli, rist. Roma 2007, 395-405 (= *BIDR* 7 [1894] 151-201).

BONFANTE P., *Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco*, in *Scritti giuridici vari I. Famiglia e successione*, a cura di G. Crifò, A. Mancinelli, rist. Roma 2007, 315-381 (= *Rivista di storia antica* 13 [1909-1910] 189-236).

BONILINI G., *Dei legati [artt. 649-673]³*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano 2020.

BONILINI G., *Diritto delle successioni*, Roma-Bari 2004.

BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*¹², Torino 2025.

BURDESE A., *La divisione ereditaria*, Padova 1980.

BURDESE A., s.v. *Divisione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* XIII, Milano 1964, 412-415.

CACACE S., *La natura della divisione. Un falso problema*, *REA* 41 (2020) 485-508.

CANNATA C.A., *Exceptio doli generalis e diritti reali*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova 2006, 233-272.

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, a cura di A. Ferrucci, C. Ferrentino, Milano 2023⁵.

CARBONE C. - GENGHINI L., *Le successioni per causa di morte*, Milano 2022.

CARDILLI R., *Philipp Lotmar e la dottrina dell'errore*, *Tesserae iuris* I.1 (2020) 135-151.

CARIOTA FERRARA L., *I negozi sul patrimonio altrui con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Napoli 2011 (rist. anast.).

CERAMI P., *Eccezione di dolo generale in materia di persone e famiglia*, *AUPA* 50 (2005) 53-81.

CHIAZZESE L., *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte speciale (Materiali)*, a cura di G. Falcone, Torino 1982.

CIAN G.- TRABUCCHI A., *Commentario breve al Codice civile*, a cura di M. Cian, Milano 2024¹⁶.

CICU A., *Testamento*, Milano, 1951.

Codice civile I (Artt. 1-1702), a cura di P. Rescigno, Milano 2022¹¹.

Codice delle successioni, a cura di M. Sesta, Milano 2023³.

- COLI U., *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma 1920.
- CORTESE B., *La 'garanzia' nell'esperienza romana tra le epoche arcaica e classica: il caso dell'evizione*, Archivio giuridico F. Serafini III.2 (2024) 586-633.
- COSTA E., *L'exceptio doli*, Bologna 1897 (rist. anast. Roma 1970).
- COSTA E., *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano III. Favor testamentorum e voluntas testantium*, Bologna 1896 (rist. anast. Roma 1964).
- CUJACIUS J., *Opera omnia* VII, Napoli 1758.
- D'ALESSIO R., *"Un dogma privo di solide fondamenta". L'efficacia retroattiva della divisione tra ritorno all'antico e prospettive attuali*, TSDP 13 (2020) 1-33.
- D'ORTA M., *"Sterilis beneficii conscientia". Dalla "praeceptio" al "legatum per praeceptionem"*, Torino 2005.
- DALLA MASSARA T., *Fondamenti e modelli nel diritto della vendita*, Napoli 2020.
- DE GIOVANNI L., *La giurisprudenza severiana tra storia e diritto. Le Institutiones di Elio Marciano*, Athenaeum 94.2 (2006).
- DE IULIIS F., *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino 2017.
- DONATUTI G., *Dal regime dei verba al regime della voluntas*, BIDR 34 (1925) 185-224.
- DU PLESSIS P.J., *Reading a Dead Man's Mind: Hellenistic Philosophy, Rhetoric and Roman Law*, in ID. (ed.), *Cicero's Law: Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh 2016, 26-49.
- DURSI D., *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma 2019.
- EVANGELISTI M., *Profili di rilevanza dell'errore nel diritto ereditario romano*, Modena 2018.
- FADDA C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano I*, Milano 1949.
- FALCONE G., *Studi sui commentarii 'istituzionali' di Gaio I. Formazione e natura del testo*, Roma-Bristol 2022.
- FERRINI C., *Manuale di Pandette*, Milano 1900.
- FERRINI C., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, BIDR 13.1 (1900) 101-207.
- FERRINI C., *Teoria generale dei legati e dei fedecomessi secondo il diritto romano*, Milano 1889.
- FINAZZI G., *L'exceptio doli generalis nel diritto ereditario romano*, Padova 2006.
- FRUNZIO M., *L'autorità di Paolo in materia di "error iuris"*, Archivio giuridico Filippo Serafini 3 (2023) 607-629.
- GARCIA QUINTAS M.M., *El prelegado en derecho romano clásico. Fundamentos y régimen jurídico*, Torino 2016.

- GAROFALO L., *L'eccezione di dolo generale tra istanze etiche e regolamentazione giuridica*, in ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi recenti*, Napoli 2023, 137-180.
- GIORDANO MONDELLO A., *s.v. Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.* XXIII, Milano 1973, 720-770.
- GLÜCK F., *Commentario alle Pandette. Libri XXX-XXXII. Parte I*, trad. it. C. Ferrini, Milano 1898.
- GONZÁLEZ ROLDÁN Y., *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari 2014.
- GONZÁLEZ ROLDÁN Y., *Hereditas e interpretazione testamentaria in Nerazio*, Napoli 2019.
- GROSSO G., *I legati nel diritto romano*, Torino 1962².
- GROSSO G., *Il 'legatum per praeceptionem'. Dal dibattito dei giuristi classici alla riforma giustiniana*, Torino 2004.
- GUALANDI G., *Legislazione imperiale e giurisprudenza II*, Milano 1963 (rist. a cura di G. Santucci, N. Sarti, Bologna 2012).
- HARKE J.D., *Testamentsauslegung bei Papinian*, in *Argumenta Papiniani. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, hrsg. von J.D. Harke, Berlin-Heidelberg 2013, 59-78.
- JOHNSTON D., *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988.
- KASER M., *Das römische Privatrecht*, München 1971².
- LABRUNA L., *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova 2006, 123-138.
- LAMBERTINI R., *Gai. 2, 119-120: bonorum possessio secundum tabulas e rescriptum Antonini. In tema di exceptio doli generalis nel settore ereditario*, KOINONIA 44.1 (2020) 803-816.
- LAMBERTINI R., *P.S. 4.1.6 e la libertà di forma del fedecommesso*, AUPA 65 (2022) 263-276.
- LENEL O., *Palingenesia Iuris Civilis I*, Lipsia 1889.
- LICANDRO O., *Pauli Sententiae. Storia controversa di un testo illustre tra autenticità, apocrifa e appunti di scuola*, SDHI 84 (2018) 355-366.
- LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino 2013,
- LOPS F.P., *Il legato*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*², a cura di P. Rescigno, coord. M. Ieva, Padova 2010.
- LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996.

MAGLIULO F., *I poteri del testatore nella composizione della legittima*, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato 1 (2016) 82-117.

MARELLI E., *Il legato avente ad oggetto un'eredità devoluta al testatore*, Jus-Online 9.2 (2023) 1-20.

MASI A., *s.v. Prelegato*, in *Enc. dir.* XXXIV, Milano 1985, 1017-1019.

MASI A., *Dei legati*, in *Commentario del codice civile*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979.

MAZZAMUTO P., *Note in tema di legati ad efficacia obbligatoria*, Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente 14 (2016) 669-708.

MEROTTO M.F., *I patti successori dispositivi nel diritto romano*, Napoli 2020.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale* III, Milano 1952⁸.

MILAZZO A., *La configurazione e l'evoluzione della distinzione tra 'res in commercio' e 'res extra commercium'*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana* I, a cura di L. Garofalo, Napoli 2016, 373-404.

MINALE V.M., *La materia fedecommissaria tra giurisprudenza e legislazione. Un percorso attraverso l'opera di Volusio Meciano*, Napoli 2020.

MUSOLINO G., *Legato di cosa altrui. I requisiti della dichiarazione di conoscenza dell'altruità del bene (art. 651 c.c.)*, Nota a Tribunale Bari, 14 maggio 2024, n.2192, sez. un., Rivista del Notariato 6 (2024) 1305-1311.

NARDI E., *Legato e fedecommissario: avvicinamento e fusione*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di scienze morali. Rendiconti* 80 (1991-1992), Bologna 1993, 11-35.

NARDI E., *Studi sulla ritenzione in diritto romano* I-III, Milano 1947-1957.

NARDOZZA M., *Onere della prova e logica giuridica presuntiva. Note sul pensiero dei glossatori (tra XII e XIII secolo)*, RDP 3 (2024) 869-910.

OLIVIERO NIGLIO G.M., *Hereditas e tutela. Testimonianze di un legame antico*, TSDP 12 (2019) 1-24.

ORESTANO R., *La valutazione del prezzo nel fedecommissario e nel legato di res aliena e nella fedecommissaria libertas*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Camerino* 10 (1936) 225-256.

PALAZZOLO N., *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano 1968.

PATTI F.P., *La volontà testamentaria nei conflitti nei conflitti ereditari*, Napoli 2022.

PEZZATO E., *Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstite in età tardoantica e giustinianea*, Bologna 2022.

POLACCO V., *Della divisione operata da ascendenti fra discendenti*, Verona-Padova 1884.

PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991³.

PULIATTI S., *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*, Torino 2016.

PULITANÒ F., *Profili dell'officium iudicis nei giudizi divisorii*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese II*, a cura di L. Garofalo, Padova 2012, 385-446.

ROMANO C., *I legati atipici quale strumento di realizzazione di interessi non attributivi del testatore*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Parte I. L'evoluzione del sistema successorio tra autonomia del testatore e tutela dei legittimari*, Milano 2016, 35-48.

ROMANO C., *I legati tipici*, in *Successioni e donazioni*, diretto da G. Iaccarino, Milano 2023.

RUGGIERO I., *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017.

SALOMONE A., *Intorno alla regula 'nemo plus iuris' (D. 50.17.54 Ulp. 46 ad ed.)*, TSDP 10 (2017) 1-30.

SCARCELLA A.S., *Il bilinguismo nei fedecommissi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e novi cives, come strumenti di integrazione sociale*, AUPA 55 (2012), 619-658.

SCIANDRELLO E., *I libri XX-XXII del commentario ulpiano ad Sabinum: per un confronto con la struttura dei libri ad Vitellium di Paolo*, TSDP 13 (2020) 1-26.

SCOTTI F., *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma 2012.

SCOTTI F., *Il legato alla moglie di cose "quae eius causa parata essent": un esempio dai Digesta di Alfeno Varo*, in *Antologia del Digesto giustiniano. Scritti in ricordo di Giovanni Negri*, a cura di L. Maganzani, Napoli 2023, 425-464.

SCOTTI F., *Il legato di 'cose destinate alla moglie' in un caso discusso da Alfeno Varo (D.32.60.2)*, Jus-Online 3 (2022) 101-140.

SOLIDORO MARUOTTI L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2012.

STOLFI E., *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, RDR 1 (2001) 1-50.

STOLFI E., *Successioni a causa di morte e tradizione civilistica. Uno scenario pre-moderno*, in *Annali del Dipartimento jonico* 6 (2018) 603-627.

TALAMANCA M., *La bona fides nei giuristi romani: Leerformeln e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno Internazionale di Studi in onore di A. Burdese, Padova - Venezia - Treviso, 14-16 giugno 2001 IV, a cura di L. Garofalo, Padova 2003, 1-313.

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.

TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano 1994¹⁴, 935.

TORRONI A., *Preliminare di donazione o legato di cosa dell'onerato? Obbligazione di donare o pagamento traslativo? Un'occasione mancata di interpretazione del testamento*, *Nota a Cassazione civile 28 marzo 2023, n.8733, sez. II*, *Rivista del Notariato* 2 (2024) 313-324.

TRABUCCHI A., *s.v. Legato (diritto civile)*, in *NNDI* 9, Torino 1963, 608-620.

TRIOLA R., *L'interpretazione delle disposizioni testamentarie: aspetti problematici*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Parte I. L'evoluzione del sistema successorio tra autonomia del testatore e tutela dei legittimari*, Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza, 1 luglio 2016, Milano 2016, 49-58.

VARVARO M., *Itinerari gaiani: nota bibliografica su Gaio e sulle sue Institutiones*, *SDHI* 87 (2021) 231-267.

VENTURELLI A., *Divisione testamentaria incompleta e vis expansiva della institutio ex re certa*, *RDC* 3 (2023) 542-564.

VENTURELLI A., *L'indicazione falsa o erronea nell'esecuzione della volontà testamentaria*, Torino 2020.

VINCI M., *Ricerche in tema di retentio. Tutela dei miglioramenti sulla res obligata ed equilibrio dinamico tra creditore garantito e terzo possessore: diritto romano, tradizione romanistica, codificazioni moderne II*, Torino 2018.

VIVIANUS, *Digestum Infortiatum. Pandectarum iuris civilis tomus secundus*, Lugduni, apud Hugonem a Porta, 1560.

VOCI P., *Diritto ereditario romano II. Parte speciale*, Milano 1963².

VOCI P., *s.v. Errore (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* XV, Milano 1966, 229-235.

VOCI P., *s.v. Interpretazione del negozio giuridico (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* XXII, Milano 1972, 252-277.

VOCI P., *s.v. Legato (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* XXIII, Milano 1973, 707-719.

ZACCHEO M., *Falsa demonstratio tra vecchi e nuovi dogmi*, *Jus civile* 1 (2021) 21-42.

ZAMBOTTO I., *La struttura polimorfica dell'errore nella sfera degli illeciti di diritto romano*, *Jus-Online* 8.3 (2022) 101-140.

ZILLETTI U., *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961.