



ROMA E AMERICA. DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

42/2021

ESTRATTO



ROMA E AMERICA.
DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

Promossa da

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani
Università di Roma 'Tor Vergata'

In collaborazione con

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira'
del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma
Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)

42/2021

Mucchi Editore

La Rivista pubblica un volume ogni anno.

Abbonamento: Italia € 75,00; Estero € 115,00; Digitale € 60,00

Cartaceo + Digitale (Italia) € 90,00; Cartaceo + Digitale (Estero) € 138,00

Fascicolo cartaceo: € 75,00; digitale: € 65,00

Tutti gli ordini vanno indirizzati a:

STEM Mucchi Editore S.r.l.

Via Jugoslavia - 14 - 41122 Modena - Italia

tel. +39 059 374094; c/c postale n. 11051414

info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

<http://www.mucchieditore.it/romaeamerica>

Registrazione al Tribunale di Modena n. 1372 del 24.2.1997 – M. Mucchi *direttore responsabile*
issn 1125-7105

© STEM Mucchi editore - 2021

Grafica e impaginazione, STEM Mucchi (MO), stampa Geca (MI)

Finito di stampare nel mese di giugno del 2022

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o articolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Volume realizzato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia



Centro di Studi
Giuridici
Latinoamericani



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI BRESCIA

unibs.it



Fondazione
di Sardegna

Direttore:

Antonio Saccoccio

Rivista promossa da:

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani - Università di Roma 'Tor Vergata'

Riccardo Cardilli, *coordinatore*

In collaborazione con:

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del CNR - 'Sapienza' Università di Roma

Pierangelo Catalano, *responsabile*; Caterina Trocini

ASSLA - Associazione di Studi Sociali Latino-Americani, Sassari

Alberto Merler, *presidenza*; Lavinia Rosa

Comitato di direzione editoriale:

Samir Aličić, Università di Sarajevo Est; Simona Cacace, Università di Brescia; Roberta Marini,

Università di Roma 'Tor Vergata'; Stefano Porcelli, Università di Brescia

In redazione:

Antonio Angelosanto, Alessandro Cassarino, Laura Formichella, Juana Aracely Larios Méndez;

Giulia Rabaioli, Isabella Zambotto

Comitato scientifico:

Sandro Schipani, 'Sapienza' Università di Roma (Italia)

Jorge C. Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México; Tatiana Alexeeva, Università nazionale di ricerca 'Scuola Superiore di Economia', Mosca; Samir Aličić, Università di Sarajevo Est; Walter Antillón, Universidad de Costa Rica, San José de Costa Rica; Ignazio Castellucci, Università di Teramo; Luis Enrique Chase Plate, Universidad Nacional de Asunción; Carlos R. Constenla, Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensor del Pueblo, Buenos Aires; José Luís Cuevas Gayosso, Universidad Veracruzana, Xalapa; Tommaso dalla Massara, Università Roma Tre; Andrea Di Porto, 'Sapienza' Università di Roma; Antonio Fernández de Buján, Universidad Autónoma de Madrid; Iole Fargnoli, Università di Milano e Università di Berna; Fei Anling, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL; Jean-François Gerkens, Université de Liège; Emilssen González de Cancino, Universidad Externado de Colombia; Huang Feng, Università Normale di Pechino - BNU; Jiang Ping, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL; Giovanni Lobrano, Università di Sassari; Machkam Machmudzoda, Accademia delle Scienze della Repubblica del Tagikistan; Antun Malenica, Università di Novi Sad; Judith Martins-Costa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; Carla Masi Doria, Università di Napoli 'Federico II'; Cesare Mirabelli, Università di Roma 'Tor Vergata'; José C. Moreira Alves, Universidade de São Paulo; Noemi L. Nicolau, Universidad Nacional de Rosario; Malina Novkirishka Stoyanova, Università di Sofia; Pietro Paolo Onida, Università di Sassari; Massimo Papa, Università di Roma 'Tor Vergata'; Valerio Pescatore, Università di Brescia; Aldo Petrucci, Università di Pisa; Ronaldo de Britto Poletti, Universidade de Brasília; Norberto D. Rinaldi, Universidad de Buenos Aires; Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; Gianni Santucci, Università di Trento; Martin Josef Schermaier, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn; Emilio Spósito Contreras, Universidad Central de Venezuela, Caracas; Franco Vallocchia, 'Sapienza' Università di Roma; Andrea Trisciunglio, Università di Torino; Xu Guodong, Università di Xiamen - XmU (Cina).

La Redazione è presso:

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani
Università di Roma 'Tor Vergata'
Via Cracovia, 50
00133 Roma (Italia)

Tel. 39 06 72592303

antonio.saccoccio@uniroma1.it

http://www.mucchieditore.it/romaeamerica

I libri per segnalazioni vanno inviati alla Redazione della Rivista.
La Rivista segnala tutte le pubblicazioni ricevute.

In adesione alle direttive dell'ANVUR, la pubblicazione degli articoli proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e del revisore) da due (tre in caso di dissenso) valutatori scelti dalla Direzione della Rivista in primo luogo fra i componenti del Comitato dei valutatori, o, in alternativa, fra studiosi di provata fama.

L'elenco completo dei valutatori è disponibile nella pagina *web* della Rivista e presso la Direzione.

Hanno espresso valutazioni in ordine ai contributi del presente volume:

Francesco Buonomenna, Università di Salerno; Mariateresa Carbone, Università di Catanzaro; Roberto Carleo, Università di Napoli 'Parthenope'; Cosimo Cascione, Università di Napoli 'Federico II'; José Felix Chamie Gandur, Universidad Externado de Colombia; Alice Cherchi, Università di Cagliari; Barbara Cortese, Università Roma Tre; Alfredo Di Pietro, Universidad de Temuco (Cile); Fabio Siebenheichler De Andrade, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brasile); Domenico Dursi, 'Sapienza' Università di Roma; Iole Fagnoli, Università di Milano; Francesco Fasolino, Università di Salerno; Paolo Ferretti, Università di Trieste; Paolo Luciano Garbarino, Università del Piemonte Orientale; Han Son, Northwest University of Political Science and Law 'NWUPL' (Xi'an, Cina); Rossella Laurendi, Università di Genova; Francesco Lazzari, Università di Trieste; Pietro Lo Iacono, Università di Roma 'LUMSA'; Vincenzo Mannino, Università Roma Tre; Chiara Minelli, Università di Brescia; Rosanna Ortu, Università di Sassari; Antonio Palma, Università di Napoli 'Federico II'; Ivano Pontoriero, Università di Bologna; Massimo Proto, Link Campus Roma; Andrea Trisciunglio, Università di Torino; Mario Varvaro, Università di Palermo; Wang Yingying, Northwest University of Political Science and Law 'NWUPL' (Xi'an, Cina); Xu Jiambo, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza 'CUPL' (Pechino, Cina); Zhai Yuanjan, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza 'CUPL' (Pechino, Cina).

INDICE

SOCIETÀ BOLIVARIANA DI ROMA

FONDAMENTI

JUAN PABLO II

Simón Bolívar y la aspiración latinoamericana a la 'Patria Grande'
(Omelia del 17 dicembre 1980)..... pag. 11

CONSIGLIO COMUNALE DI ROMA

Deliberazione unanime del 15 novembre 2007 n. 235 » 19

SOCIETÀ BOLIVARIANA DI ROMA

Promemoria 1980-2007..... » 23

INIZI E SVILUPPI

GIORGIO RECCHIA [a cura di] *Società Bolivariana di Roma. Notizie, 1983* » 25

Cronache 1980-2008 [P. CATALANO – L. ROSA]..... » 31

Convegni e pubblicazioni 1980-2019..... » 47

STUDI RECENTI

GIULIO FIRPO

Da Caio Sicinio Belluto a Simón Bolívar: il modello romano » 59

EMILIO SPÓSITO CONTRERAS

La homilía de San Juan Pablo II en conmemoración del CL Aniversario de la muerte del Libertador Simón Bolívar. Estudio histórico-jurídico » 63

FABIO MARCELLI

Il debito estero nel pensiero delle classi dirigenti latinoamericane, da Bolívar a Chávez..... » 71

CONGRESOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO ROMANO

Notizie per la storia dei Congressos Latinoamericanos de Derecho romano. Dall'inizio: tra Sardegna e Santa María de los Buenos Aires [P. CATALANO] » 79

Cronología de los Congressos. Illustrazione: da Buenos Aires 1976 a Xalapa 1994 » 83

XI Congreso Latinoamericano de Derecho romano (Buenos Aires - Morón, 14-17 de septiembre de 1998). Premisas [P. CATALANO] » 85

ALICE CHERCHI

Cronaca del XX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (Sassari, 20-21 de septiembre - Roma, 24-25 de septiembre de 2018) » 95

CEISAL - GRUPO DE TRABAJO DE JURISPRUDENCIA

<i>Notizie del Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL - Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina [P. CATALANO]</i>	pag.	107
<i>Initiatives 1979-2019</i>	»	109
ANTONIO SACCOCCIO		
<i>Hanns-Albert Steger latinoamericanista romanista (Bucarest, 29-31 de julio de 2019)</i>	»	119
HANNS-ALBERT STEGER		
<i>La significación del Derecho romano para la Universidad Latinoamericana en los siglos XIX y XX (Bogotá, 1985)</i>	»	127
HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ †		
<i>Crónica de la reunión del GTJ - Grupo de Trabajo de Jurisprudencia. IX Congreso CEISAL (Bucarest, 29-31 de julio de 2019)</i>	»	139

TRADUZIONE ITALIANA DEL DIGESTO

LUISA AVITABILE		
<i>Il Digesto, principio genealogico della normatività giuridica</i>	»	147
NATALINO IRTI		
<i>L'altrove del diritto romano</i>	»	151
LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI		
<i>L'arte della traduzione e il Corpus iuris civilis</i>	»	153
ANDREA DI PORTO		
<i>Traduzione del Digesto e metodo della didattica del diritto romano nell'Università del 'saper fare'</i>	»	165
RICCARDO CARDILLI		
<i>Traduzione e legato mortis causa</i>	»	181
FRANCO VALLOCCHIA		
<i>Tradurre i Digesti. Concetti e parole del sistema giuridico</i>	»	211
VALERIO PESCATORE		
<i>'Tradurre i Digesti': una spigolatura civilistica in materia di interpretazione delle disposizioni mortis causa (e di legato di suppellettili)</i>	»	217
MARCO ROSSETTI		
<i>Traduciamolo, il Digesto: esso ci serve oggi più che mai</i>	»	229
SANDRO SCHIPANI		
<i>Dal latino del diritto romano a un diritto, due lingue; un diritto, molte lingue</i>	»	235
GIULIA RABAIOLI		
<i>Tradurre i Digesti nel XXI secolo</i>	»	271

DIRITTO ROMANO COMUNE

JEAN-FRANÇOIS GERKENS – CÉLINE MATHIEU	
<i>Le nouveau Code civil belge</i>	pag. 285
ROBERTA MARINI	
<i>Principio romano della revocabilità testamentaria e nuovo Codice civile della RPC</i> »	299
ALESSANDRO CASSARINO	
<i>Diacronia 'giurisprudenziale': note a margine di una recente interpretazione della Corte di cassazione in tema di sepolcro gentilizio ed ereditario</i>	» 311
RENATO PERANI	
<i>La 'rotazione' della cosa pignorata nelle testimonianze del Digesto</i>	» 331
FELIPE BRAGA NETTO	
<i>O perfil do direito civil brasileiro nas duas primeiras décadas do século XXI: entre perguntas e respostas</i>	» 355
CESARE ALZATI	
<i>Romania e diritto romano: a proposito della libertà</i>	» 393
PAOLO FERRETTI	
<i>Il nascituro tra diritto romano e diritto turco</i>	» 397

DIRITTO ROMANO E DIRITTO CINESE

XU GUODONG	
<i>Il principio verde nel Codice civile cinese: statuizione, fondamento teorico, carenze e utilizzo nella pratica giudiziaria</i>	» 409
FEI ANLING – STEFANO PORCELLI	
<i>Zhun hetong (quasi-contratti) e obligationes quasi ex contractu nel Codice civile cinese</i>	» 421
FANG XIAO	
<i>L'essenza della cultura giuridica cinese tradizionale</i>	» 441

LETTURE

ANDREA TRISCIUOLIO, <i>Temas de derecho administrativo romano comparado</i> , Ed. Dykinson, Madrid, 2021, pp. 203 [JOSÉ MIGUE PIQUÉ MARI]	» 493
GREGOR ALBERS, <i>Perpetuatio obligationis. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht</i> , Böhlau, Köln, 2019, pp. V-419 [MANUEL GRASSO]	» 501
RENATO PERANI, <i>Pignus Distrahere. La vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio</i> , Giuffrè, Milano, 2021, pp. XVIII-335 [CATALINA SALGADO RAMÍREZ].....	» 509

DOCUMENTI

<i>Tercera carta-relación de Hernán Cortés al Emperador Carlos V. Coyoacán, 15 de mayo de 1522</i>	»	515
--	---	-----

RICORDI

<i>Alejandro Guzmán, (no) codificador (1945-2021)</i> [GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA]	»	523
<i>Ricordo di Alejandro Guzmán Brito</i> [SANDRO SCHIPANI]	»	553

TRADUZIONE E LEGATO *MORTIS CAUSA*

RICCARDO CARDILLI

ABSTRACT: La riscoperta della storicità del legato *mortis causa* nel diritto romano, quale categoria giuridica rappresentativa di una idea antitetica all'eredità, è una conquista della Scuola Storica e poi della scienza romanistica. Si propone un'interpretazione alternativa ad una ricostruzione evoluzionistica del problema dei legati in diritto romano e una valorizzazione dei legati come fondamento romano dei diritti odierni.

RESUMEN: El redescubrimiento de la historicidad del legado *mortis causa* en el derecho romano, como categoría jurídica representativa de una idea antitética a la herencia, es una conquista de la Escuela Histórica y luego de la ciencia romanística. Se propone una interpretación que se plantea como alternativa a una reconstrucción evolutiva del problema de los legados en el derecho romano y una valoración de los legados como fundamento romano del derecho de hoy.

PAROLE CHIAVE: Traduzione, *Digesta Iustiniani*, legati *mortis causa*, Scuola Storica, scienza romanistica, fondamenti.

PALABRAS CLAVE: Traducción, *Digesta Iustiniani*, legados *mortis causa*, Escuela Histórica, ciencia romanística, fundamentos.

SOMMARIO: 1. Il contrappunto *verbum - sensus* nella traduzione in italiano dei *Digesta* di Giustiniano. – 2. Traduzione in italiano dei *Digesta* giustiniane: i legati e la loro importanza per i diritti odierni. – 3. 1825-1827: gli anni dello scontro. – 4. 1836-1882: la storia dei legati in diritto romano per la Scuola Storica. – 5. Il Novecento. – 6. La mia ipotesi interpretativa: la confluenza in Roma di *mores* differenziati e la difficile edificazione di un *ius* comune ai *cives* in materia di legati. – 7. Il rinnovato conflitto tra legato ed eredità nei diritti odierni.

1. *Il contrappunto verbum - sensus nella traduzione in italiano dei Digesta di Giustiniano*

Ringrazio Antonio Saccoccio per questo invito. Mi offre l'occasione di tornare su un tema, quello della traduzione, e su un progetto, quello della traduzione in italiano dei *Digesta* di Giustiniano, al quale ho partecipato per un decennio, fino ai primi diciannove libri, insieme al mio maestro Sandro Schipani e all'altro carissimo amico Aldo Petrucci.

Ciascuno di noi si è trovato di fronte al problema della traduzione in italiano dei testi in lingua latina. La traduzione delle fonti romane è, infatti, diventata uno strumento didattico essenziale, al fine di trasmettere conoscenze ai discenti e superare l'impedimento (a volte insormontabile) della lingua.

Come è noto, la traduzione è stata un tema centrale fin dalla codificazione giustiniana e dalla riforma degli studi ad essa collegata, dando impulso ad un passaggio terminologico (e quindi anche, inevitabilmente, concettuale) in lingua greca del contenuto espresso in latino nei Codici di Giustiniano (*Institutiones, Digesta, Codex*). Lavoro di tra-

duzione che è strettamente funzionale all'insegnamento nelle scuole di diritto dell'Impero Romano d'Oriente¹.

Si pose subito il problema di quale strada andasse seguita, se quella del calco linguistico con la creazione di neologismi nella lingua di arrivo, oppure se si dovesse realizzare in essa una resa di significato ricorrendo al patrimonio terminologico e concettuale esistente.

La prima strada è riscontrabile proprio in tema di legati, in quanto il termine latino *legatum* ha dimostrato una resistenza straordinaria nelle lingue di propagazione del sistema romano: ληγάτον, legato (it.), *legs* (fr.), *legado* (spagn.), *Legat* (ted.), *legacy* (ingl.).

La seconda strada è stata seguita per tradurre la fondamentale definizione di *ius* quale *ars boni et aequi* del giurista adrianeo Celso (Ulp. l. 1 *inst.* D. 1,1,1 pr.). Nella traduzione in italiano si è scelta la strada del calco: l'arte del buono e dell'equo. Nella *Summa* dell'Anonimo (che cancella anche l'attribuzione a Celso, ricordando solo Ulpiano) è tradotta così: ἔστι γὰρ νόμος τέχνη τοῦ καλοῦ καὶ ἴσου, optando per la resa del latino *ius* con il greco *nómos*, di *ars* con *téchne* e di *bonum et aequum* con *kalón kai íson*. Altre soluzioni erano possibili, ma si sceglie questa strada.

In uno degli *scholia antiqua*, di non facile attribuzione² il rapporto tra *ius* e *iustitia* del testo latino di Ulpiano (*ius a iustitia appellatum est*; D. 1,1,1 pr) è reso spiegando come al latino *iustitia* corrisponda la *dikaiosyne* greca, e che il *ius* (cioè il *nomos* in greco) deriva il proprio nome dalla *iustitia*³. L'*antecessor* autore della traduzione quindi, preferisce in greco la strada della spiegazione di senso del legame linguistico tra *ius* e *iustitia*, non seguendo quella più facile del rapporto tra *dikaion* e *dikaiosyne* che, quanto meno morfologicamente, sembrerebbe ai nostri occhi la più adeguata. Appunto, qui si annidano le complesse vicende di una traduzione.

Per l'*antecessor* era essenziale che agli uditori fosse chiara la centralità del *nomos* (quale nozione greca che rende la nozione latina di *ius*) e non del *dikaion* (a sua volta frequentemente utilizzato in greco per rendere il termine latino *ius*)⁴. Così in italiano, la traduzione rende *ius* con diritto e *iustitia* con giustizia. I tedeschi, a questo riguardo,

¹ Fondamentale al riguardo lo studio di H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden, 1970.

² *Schol. 2 ad Bas.* 2,1,1 [= D.1,1,1] (BS.1, 13-20): Δικαιοσύνη δὲ ἐστὶν ἡ τοῦ ἴσου καὶ τοῦ κατ' ἀξίαν ἐκάστῳ διανέμησις. Ὁ δὲ νόμος καὶ αὐτὸς ἀπὸ τοῦ νέμω, τὸ μερίζω, πάντως ὀνόμασθαι, ὥστε παρωνομάσθαι ἀπὸ τοῦ ὀρισμοῦ τῆς δικαιοσύνης. Ἐπειδὴ δὲ τὸ ὀριζομένῳ ταῦτόν, ὁ νόμος ἀπ' αὐτῆς τῆς δικαιοσύνης ὀνόμασται· ἔστι γὰρ νόμος <τέχνη> τοῦ καλοῦ καὶ ἴσου μόνον οὐχὶ τοῦτο λέγων. Εἰ ἡ δικαιοσύνη τὸ ἴδιον διανέμει, ὁ δὲ νόμος τέχνη τοῦ νέμειν τὸ ἴσον καὶ διὰ τοῦτο νόμος ὁ νόμος, λοιπὸν <ἐκ> τοῦ ἴσου διανέμει καὶ δικαιοσύνη. Ῥωμαιστὶ ἐστὶ *iusticia* μὲν ἡ δικαιοσύνη, καὶ [ἔστι] δὲ ὁ νόμος ἀπὸ τοῦ ἰουστίνου ἔχων τὸ ὄνομα. Una attenta lettura della fonte si ha in F. GORIA, *La definizione del diritto di Celso nelle fonti giuridiche greche dei secoli VI-IX e l'Anonimo sulla strategia*, in AA.VV., 'Aequitas'. *Giornate in memoria di P. Silli. Atti Trento 11-12 aprile 2002*, a cura di G. SANTUCCI, Padova, 2006, 275-306, il quale ipotizza con prudenza, in particolare a p. 282, una possibile paternità (quanto meno nella sostanza) dello scolio a Stefano o a Teofilo.

³ Vd. F. GORIA, *La definizione del diritto di Celso nelle fonti giuridiche greche dei secoli VI-IX cit.*, 275-306.

⁴ La precisazione è di F. GORIA, *La definizione del diritto di Celso nelle fonti giuridiche greche cit.*, 280-281.

sono stati più fortunati, perché hanno potuto fare ricorso al legame *Recht* e *Gerechtigkeit*⁵.

È chiaro, poi, che la traduzione in italiano dei *Digesta* solleva un'ulteriore questione, quella della stratificazione complessa del testo. Complessità storica, ma anche dei registri linguistici, in quanto opera costruita con frammenti di libri di differenti giuristi (si pensi ora alla diversa traduzione operata nel progetto SIR, perché orientata alla specificità del singolo giurista)⁶. Fin dall'inizio, la traduzione in italiano guidata da Sandro Schipani ha fissato come principio metodologico quello del significato del testo nella codificazione giustiniana. Di conseguenza la resa in italiano è orientata verso un'omogenea (per quanto possibile) traduzione di termini eguali, sebbene in contesti diversi. Ciò tenendo conto anche dell'altro obiettivo fondamentale della traduzione, ossia quello di un'aderenza (per quanto possibile) alla terminologia latina, utilizzando dove possibile il calco, il quale non deve tuttavia rasentare l'arcaismo. Di qui, come detto, la traduzione ad esempio di *ius* non con 'giure', ma con 'diritto'.

Con la *pars V* dei *Digesta* di Giustiniano, la traduzione in italiano ha superato la metà, i giustiniani direbbero l'ombelico (*umbilicus*). La complessità e la difficoltà del lavoro realizzato è a me ben chiara, dato che conosco l'acribia, la serietà e l'attenzione profuse dalla commissione nel realizzare l'opera.

Mi sembra che la traduzione in italiano dei *Digesta* sia orientata a trovare una medietà tra modelli di traduzione *verbum e verbo* e *sensus de sensu*, secondo la famosa distinzione operata già da Cicerone e ripresa poi da San Gerolamo:

Cic. *de optimo genere oratorum* 14: *Putavi mihi suscipiendum laborem utilem studiosis, mihi quidem ipsi non necessarium. Converti enim ex Atticis duorum eloquentissimorum nobilissimas orationes, inter seque contrarias, Aeschinis et Demosthenis: nec converti, ut interpretes, sed ut orator, sententiis iisdem et earum formis, tam figuris quam verbis ad nostram consuetudinem aptis. In quibus non verbum pro verbo necesse habui reddere: sed genus omne verborum vimque servavi.*

Reputai di intraprendere un lavoro utile agli studiosi, sebbene per me stesso non necessario. Tradussi, infatti, dalle nobilissime orazioni dall'Attica di due degli oratori più eloquenti, tra loro contrarie, una di Eschine ed una di Demostene. Non tradussi come interprete, ma come oratore, adattando le stesse frasi e le loro forme, tanto le figure retoriche che le parole al nostro costume. Nelle quali non ebbi a restituire necessariamente parola per parola, ma conservai ogni genere e la forza delle parole.

Hier. *Epistula* LVII, 5: *Ego enim non solum fateor, sed libera voce profiteor, me in interpretatione Graecorum, absque Scripturis sanctis, ubi et verborum ordo mysterium est, non verbum e verbo, sed sensum exprimere de sensu.*

⁵ Corpus iuris civilis. *Text und Übersetzung II. Digesten 1-10*, Hrsg. O. BEHREND, R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H.H. SEILER, Heidelberg, 1995, 91 «Wer das Recht stieren will, muß zunächst wissen, woher das Wort Recht, ius, stammt. Das Recht ist aber nach der Gerechtigkeit, *iustitia*, benannt.».

⁶ Vd. sui problemi relativi alla traduzione dei *Digesta* e, rispettivamente, del latino giuridico, il bel volume di Atti, *Il latino del diritto*, Perugia 8-10 ottobre 1992, a cura di S. SCHIPANI e N. SCIVOLETTO, Roma, 1994. Per il mio punto di vista, *Latino del diritto e diritto romano*, in AA.VV., *Latino lingua d'Europa*, a cura di P. MARPICATI, Roma, 2015, 67-88

Io, infatti, non solo ammetto, ma proclamo liberamente che nel tradurre i testi greci, a parte le Sacre Scritture, dove anche l'ordine delle parole è un mistero, non rendo la parola con la parola, ma il senso con il senso.

D'altro canto, anche il giurista Celso espresse idee analoghe, rispetto però alla *interpretatio legum*, affermando che conoscere le leggi non significa saperne le parole, ma possederne la *vis ac potestas*.

D. 1,3,17 Celsus libro XXVI digestorum

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

Conoscere le leggi non è avere presenti le loro parole, ma la loro forza e potestà.

(trad. Schipani)

Qui forse giova utilizzare un'immagine già menzionata da Sandro Schipani quando, con tono preoccupato, ricorda il pericolo di far perdere 'potenza' alle parole (*dynamis* nel traduttore greco del Siracide; ma anche *vis* in Cicerone e *vis ac potestas* in Celso), cioè di depotenziarle con la traduzione⁷. Si tratta qui di parole che nate ben prima di Giustiniano, hanno fondato una tradizione e che arrivano a noi attraverso la *reverentia* dell'imperatore per il diritto romano come forgiato dai giuristi romani nelle loro opere dal II sec. a.C. al III sec. d.C.

L'odierno linguaggio giuridico è, infatti, caratterizzato dalla terminologia che si è prodotta nel passaggio dal latino giuridico alle diverse lingue nazionali (secoli XVII-XVIII), per lo più, con la tecnica linguistica del 'calco'. In questa formidabile estensione linguistica nella storia del pensiero giuridico, le nuove forme grafiche e fonetiche hanno conservato spesso i 'significanti' propri del latino (non soltanto nelle lingue romanze, come l'italiano, ma anche in quelle germaniche), rendendoli così le categorie fondamentali dell'attuale linguaggio giuridico e condizionando i meccanismi di ragionamento che caratterizzano il pensiero giuridico contemporaneo.

La enucleazione a Roma antica di schemi terminologici unificanti sul piano della forma, quali quelli (solo per fare pochi esempi) in latino di *persona, familia, res, dominium, possessio, servitus, ususfructus, usus, contractus, obligatio, successio, actio, legatum* segna uno scarto di natura scientifica di altissimo rilievo ed è la base terminologica e concettuale della tradizione giuridica successiva. Tali forme linguistiche di espressione costruiscono categorie unitarie ordinanti la realtà, divenendo forme astratte di rappresentazione che vengono a svincolarsi dalla vischiosità dei contesti concreti di emersione.

Proprio grazie a questo momento storico essenziale del diritto romano, che possiamo collocare tra II secolo a.C. e III sec. d.C., la lingua del diritto è oggi una lingua specializzata, il cui debito all'archetipo del latino giuridico è enorme.

Il diritto romano e la sua tradizione medievale e moderna si sono, infatti, giovati di uno strumento lessicale unitario come elemento di un sistema giuridico, qualificato quale fondamento stesso di un'idea del diritto che resiste fino ai moderni codici civili nella formazione dei diritti nazionali.

⁷ S. SCHIPANI, *Intervento di sintesi. Traduzione del Digesto, riflessione sui fondamenti del diritto in Europa*, in AA.VV., *Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano*, a cura di F. SINI e R. ORTU, Milano, 2001, 231-238, in particolare 234-235.

Di qui l'importanza e la delicatezza della traduzione.

Il latino giuridico assume un ruolo basilare della dimensione di continuità o di discontinuità degli svolgimenti dei contenuti che si sono avvicinati, dapprima, nella comoda veste del latino quale linguaggio scientifico comune degli evi medio e moderno e, poi, in quella delle diverse lingue nazionali. A questa eredità terminologica di primo livello, corrisponde poi una struttura logica che tende ad evidenziare in chiave di formazione, svolgimento ed estinzione i diversi schemi giuridici qualificanti, così da ingrandirsi enormemente i condizionamenti logici del contenuto del discorso del giurista.

Le importanti ipotesi interpretative autorevolmente avanzate dalla romanistica del '900 sul realismo metaforico oppure sul naturalismo della terminologia giuridica romana⁸ evidenziano come la trama linguistica richiamata assuma un valore ineguagliato, rendendo ancora viva la storia del sistema romano, con la definitiva fissazione scritta della lingua convenzionale del discorso giuridico nella codificazione giustiniana, donando così la sua fondante autorevolezza storica.

Il nuovo vocabolario giuridico elaborato dai giuristi romani, dalla laicizzazione della giurisprudenza fino all'età della piena maturazione, esprime segni linguistici che tendono a liberare il discorso giuridico dal *terroir* di sua emersione, quale prassi rispondente ed ufficio gratuito essenziale del giurista nella Roma antica. Attraverso tale lievitazione a categorie più generali delle 'forme' linguistiche dalla realtà propria della prassi rispondente (*cavere, agere, respondere*), il discorso giuridico si affranca dal quotidiano, dal particolare, dal subitaneo, per assumere una funzione di eguagliamento di situazioni giuridiche differenti, con un potenziale accoglimento nella trama concettuale così costruita anche di nuove realtà di relazioni. Tutto questo spiega bene l'importanza della scelta fatta dalla traduzione dei *Digesta* giustinianeii guidata da Sandro Schipani, quella cioè di una traduzione per quanto più possibile aderente al testo e sensibile alla conservazione dei termini e della struttura sintattica dell'originale latino, espressione di una *ratio* profonda, salvo specifiche controindicazioni.

La scelta metodologica operata è, quindi, importante, perché salvaguarda un lessico che si è dimostrato nella storia capace di dominare la realtà e non soltanto di esserne dominato. Operazioni delicatissime, quali qualificare, definire, classificare, sistematizzare, vengono definitivamente a caratterizzare il ragionamento giuridico attraverso questo lessico. Si tratta, d'altronde, di una coerente considerazione della posizione del *Digesto* (e quindi di un'opera essenziale per la formazione del giurista) come «fondamento ed elemento vivo di una tradizione» (Giuseppe Grosso)⁹, quello che Giorgio La Pira ha definito anche come «diritto romano vivente»¹⁰ e quello che Luigi Capogrossi Colognesi ha chiamato «il nucleo vivo di una comune civiltà giuridica»¹¹.

⁸ B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dottrina giuridica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 1953, 73-103; M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi in onore B. Biondi*, 1, Milano, 1965, 97-142.

⁹ G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino, 1960⁴, 7 e 12.

¹⁰ G. LA PIRA, *Diritto romano vivente. Caro Catalano... 1967-1975. Cinque lettere e quattro telegrammi di Giorgio La Pira*, a cura di R.A.A. ALABISO e L. ROSA, Firenze, 2017, 5 (lettera del 10 agosto 1970).

¹¹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su "i fondamenti del diritto europeo": una occasione da non sprecare*, in *Iura*, 51, 2000, 1 ss., le parole citate sono da p. 23.

2. *Traduzione in italiano dei Digesta giustiniane: i legati e la loro importanza per i diritti odierni*

Il volume della traduzione in italiano che oggi si presenta è sui legati e sui fedecommessi.

Il Digesto giustiniano tratta dell'eredità e più ampiamente delle successioni dal libro 28 fino al libro 38. Si tratta di 11 libri. I libri 28 e 29 sono sui testamenti (con l'ultimo titolo del libro 29 dedicato ai codicilli). Dal libro 30 inizia la parte dedicata ai legati ed ai fedecommessi che termina appunto con il libro 36. Sette libri dedicati solo a questa parte: è la parte più ampia della codificazione giustiniana dedicata ad un istituto giuridico. I contenuti sono amplissimi e per lo più non ritrasmessi nella loro ricchezza nelle sintesi istituzionali della materia. Sul punto torno nelle conclusioni, ma questo non è soltanto un dato statistico; va compresa, infatti, la conseguenza inevitabile di un forza propulsiva dei legati che fino alle leggi limitatrici (*lex Furia, Voconia, Falcidia*) non era in nessun modo arginabile, salvo il caso in cui l'erede designato non decidesse di non accettare l'eredità. Il *legare* arcaico sembra paragonabile a una fonte d'acqua che sgorga con ampia pressione, sollevando il problema di un suo convogliamento in un corso d'acqua più regolato.

Tutto ciò spiega perché, anche corsi classici e insuperati, come quello di Giuseppe Grosso, che realizza una sintesi magistrale¹², non possono essere rappresentativi di tutto il materiale codificato da Giustiniano. Di tale ricchezza può, invece, rendere conto soltanto la traduzione, la quale se inserita nel circuito formativo delle nuove generazioni di giuristi è strumento essenziale per la loro adeguata formazione. Come ha esattamente rilevato Andrea Di Porto nella relazione di oggi, quanto si deve trasmettere con gli studi universitari non è tanto il «saper fare» (come da più parti si sta, invece, sostenendo negli ultimi anni), quanto il «saper fare da sé», recuperando un'immagine di Vittorio Scialoja¹³.

Nella traduzione, il legato emerge come categoria giuridica pienamente inserita nel discorso giuridico contemporaneo e, più in generale, il diritto che regola le successioni *mortis causa* si dimostra un elemento vivo dei diritti codificati. Potrebbe dirsi, in altra chiave, che i giuristi di oggi considerano il legato un contenuto inderogabile del diritto successorio, senza porsi alcuna questione in merito la sua stessa ragion d'essere. Ciò è possibile soltanto perché esso, come elemento di struttura, è penetrato nella cultura giuridica attuale a livelli di tale profondità da non venire nemmeno più percepito come categoria dotata di una sua storicità, così come d'altronde è accaduto per molti altri istituti giuridici quali persona, contratto, obbligazione, proprietà, successione¹⁴.

¹² G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino, 1962 (prime stampe del corso sono state nel 1953 e nel 1955); si vd. al riguardo anche oltre nel testo.

¹³ A. DI PORTO, *Traduzione del Digesto e metodo della didattica del diritto romano nell'Università del «saper fare»*, in questa Rivista 42/2021.

¹⁴ Come già detto, il lessico in tema, nella tradizione romanistica, è monolitico: *legatum*, *ληγάτον*, legato (it.), *legs* (fr.), *legado* (spagn.), *Legat* (ted.), *legacy* (ingl.). Il tedesco giuridico ha elaborato il termine *Vermächtnis* diretto ad esprimere in modo unitario i lasciti *mortis causa* derivanti sia dai legati che dai fedecommessi.

Il legato, nei codici civili odierni, ha finito per essere attratto nello schema della successione, pur a titolo particolare, distinto dall'eredità quale modello paradigmatico della successione a titolo universale. Questa attrazione sistematica è la conseguenza logica della visione monistica del diritto privato liberale quale rete individuale di relazioni giuridiche, che impone di inventare l'ossimoro della successione *mortis causa* a titolo particolare per includere l'istituto in un quadro coerente in chiave di sistema¹⁵.

Questo velo concettuale e sistematico, nel quale il legato è espressione di una successione *mortis causa* a titolo particolare, finisce per fare del legato un istituto attraverso il quale il *de cuius* dispone a fini successori e a titolo particolare direttamente di singoli beni dell'eredità o di singole prestazioni dell'erede a favore di terzi onorati, per quando avrà cessato di vivere.

Se nella Pandettistica si edifica un sistema successorio nel quale è rinvenibile un *genus* unitario, distinto in successione a titolo universale e successione a titolo particolare, grazie anche alla costruzione unitaria della categoria dei *Vermächtnisse*, nella quale venivano attratti i *legata et fideicommissa*¹⁶, nella Scuola Storica è, invece, possibile rinvenire un filone di approfondimento della storicità (e quindi anche della autonomia concettuale e di regime giuridico) dei *legata*, fondando i presupposti di tutti gli sviluppi successivi degli studi romanistici in materia.

¹⁵ L'idea che il legatario sia un successore a titolo particolare echeggia nel termine «Sondernachfolge» usato in B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3, Düsseldorf, 1870, 17; per la sua maturazione potrebbe aver giocato un ruolo essenziale l'unificazione nel termine *Vermächtniß* delle due forme di disposizione particolare *mortis causa* del diritto romano, quella del legato e quella del fedecommissario; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 cit., 267-269; una analoga precisazione è presente anche in K.L. ARNDTS, in CHR. F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, 46.1, Erlangen, 1868, § 1517.d, 80-81.

¹⁶ I Pandettisti, a differenza di quanto era emerso nella Scuola Storica da Marezoll in poi, sembrano maggiormente attratti (e quindi sostanzialmente meno interessati a cogliere la specificità del diritto dei legati rispetto ai fedecommissari) dal modello unitario dei *Vermächtnisse* (*legata et fideicommissa*), in quanto modello funzionale ad una costruzione coerente del sistema della successione (a titolo universale e a titolo particolare). Momento di rafforzamento di questo percorso è stata la prima parte del Commentario di Glück ai libri sui legati e fedecommissari della codificazione giustiniana apparso nel 1868 ad opera di Karl Ludwig Arndts (K.L. ARNDTS, in CHR. F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., 80-82), nella quale, pur ricordandosi lo svolgimento storico dei legati (autonomi dalla figura dei fedecommissari) secondo il diritto pregiustiniano (§ 1517 a), si accoglie come utilissima per il diritto odierno la categoria unitaria del *Vermächtniß* («Die deutsche Sprache bietet in dem Worte Vermächtniß einen ganz geeigneten Ausdruck dar, um einen Begriff zu bezeichnen, welcher Legate und Fideicommissa, so lange noch die manchfaltigen Verschiedenheiten zwischen beiden bestanden, als Arten in sich befaßte.» 80). La funzionalità del termine unitario non è solo coerente alla maturazione di un concetto unitario in materia, ma anche alla costruzione del sistema di successione. Ciò è evidenziato bene in Windscheid, dove la complessità storica è schiacciata sull'abolizione giustiniana della distinzione tra legati e fedecommissari: «VII. Das Vermächtniß § 533: Die Notwendigkeit einer Gesamtnachfolge in das Vermögen der Verstorbenen schließt die Möglichkeit einer dieselbe begleitenden Sondernachfolge nicht aus. Es können vielmehr der Gesamtheit des Vermögens durch die Verfügung des Erblassers einzelnen Bestandteile entzogen und einem Andern als dem Erben zugewiesen werden. Die Bezeichnung für eine solche Verfügung, so wie für das durch sie Zugewendete, ist Vermächtniß. Das Vermächtniß hat sich bei den Römern in zwei verschiedenen Formen entwickelt; der Unterschied zwischen denselben ist von Justinian aufgehoben worden»; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* B. 3, Düsseldorf, 1870, 17.

3. 1825-1827: gli anni dello scontro

Il problema dei legati in diritto romano è stato al centro di uno degli scontri scientifici più duri dell'Ottocento tra Scuola hegeliana e Scuola Storica. La coltre di silenzio che ha finito per depositarsi su tale scontro metodologico – che assunse i legati come *occasio belli* – è conseguenza delle critiche che colpirono l'opera di Eduard Gans sulla storia universale del diritto ereditario (I, 1824; II, 1825; III, 1829; IV, 1835)¹⁷, critiche che determinarono una vera e propria *damnatio memoriae* dell'opera, in particolare per la stroncatura fattane (recensendo i primi 2 volumi) da Georg Friedrich Puchta nel 1826¹⁸. L'obiettivo di Eduard Gans è quello di realizzare una 'storia giuridica universale' del diritto ereditario, con l'intento specifico di dimostrare la fallacia del metodo della Scuola Storica.

Secondo quanto dichiara espressamente il suo autore:

«Nessuno ha mai trattato di Roma, trattando anche l'Asia e la Grecia, Cartagine e i Germani. Solo nella più astratta storia dei concetti, specie in quella del diritto, è usualmente accaduto che tale storia dei concetti fosse presa da un solo popolo e considerata come espressione dell'assoluto, ritenendolo realizzato con la mera discussione soltanto di questo; se si è azzardata una comparazione, questa è stata fatta per lo più come notizia esterna, in quanto si è notato che questo è il caso di questo popolo, ma diverso da quello: noi invece vogliamo applicare alla storia del concetto di diritto successorio, solo ciò che viene applicato ovunque nella storia politica.

L'idea del diritto ereditario romano è oggetto di questo volume. Non essendo né la prima, né quella originaria, ma in molti modi essa è quella che sta a metà, non sarebbe possibile [trattando solo di questo] evidenziare tutti i punti della connessione: ciò significherebbe collegare il diritto ereditario romano non a tutti gli oggetti, ma solamente a quelli successivi e agli anelli più correlati nella grande catena. Ora, il diritto successorio romano ha relazioni più strette con i seguenti tre: prima di tutto col diritto successorio romano in quanto tale, poi col diritto successorio in generale, ed infine col diritto successorio non romano. Solo chiarendo questi tre rapporti può assegnarsi al diritto successorio romano il suo esatto posto [nella storia], in quale ordine è, svelando contemporaneamente il suo pensiero (*Gedanken*)»¹⁹.

¹⁷ E. GANS, *Das Römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem. Eine Abhandlung der Universalgeschichte*, II, Berlin, 1825. Puntualmente F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, 99 segnala come l'opera in campo giuridico rimase senza risonanza.

¹⁸ G.FR. PUCHTA, *Recensionen und Anzeigen, E.Gans, Das Erbrecht... I B. 1824 -II B. 1825*, in *Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur*, (hrsg. F. CHR. SCHMUNCK), 1, Erlangen, 1826, 1-43.

¹⁹ E. GANS, *Das Römische Erbrecht* cit., II, 48-49: «es hat noch keiner von Rom gehandelt, der nicht von Asien und Griechenland, von Carthago und den Germanen mit gehandelt hätte. Nur in der abstracten Geschichte der Begriffe, vornehmlich in der des Rechts, hat es sich gewöhnlich begeben, daß solche Begriffsgeschichte bei einem einzelnen Volke meistens für das Absolute gehalten worden ist, mit dessen bloßer Auseinandersetzung alles erfüllt sei; wurde eine Vergleichung gewagt, so geschah dies meistens in der Weise äußerer Notiz, indem bemerkt wurde, daß solches bei diesem Volke so, bei jenem aber anders sei: Wir wollen also auf die Geschichte des Begriffes, hier des Erbrechts nur anwenden, was in der politischen Gesschichte überall angewandt wird.

Der Gedanke des Römischen Erbrechts ist der Stoff dieser Abhandlung. Da er kein erster und ursprünglicher, sondern ein vielfach vermittelter ist, so kann zwar nicht auf alle Punkte des Zusammenhangs hingewiesen werden : dies hieße das Römische Erbrecht auf alle Gegenstände beziehen, wohl aber

Il progetto dell'opera di Gans viene realizzato con la trattazione del diritto ereditario indiano, cinese, mosaico e talmudico, musulmano, orientale ed attico, prima di iniziare la trattazione del diritto ereditario romano, al quale seguirà quello del diritto medievale, romanzo e germanico.

In questa sede, tralasciando il contesto più ampio nel quale si realizza il conflitto tra Hegel e Gans (e Marx) da un lato e Hugo, Savigny, Puchta dall'altro²⁰, va però riconosciuto che una volta fatta la tara ideologica alla prospettiva hegeliana, il lavoro di Gans, per quel che riguarda la materia dei legati in diritto romano (ma forse lo stesso potrebbe dirsi anche riguardo al diritto ereditario romano), evidenzia una lettura sostanziale delle fonti romane, tenendo in gran conto anche il palinsesto veronese delle neoscoperte *Institutiones* di Gaio. Gans, in sostanza, realizza nel 1825 una interpretazione dei testi, non fermandosi ad una loro mera descrizione, ma – come era consueto a quei tempi – spingendosi a proporre spiegazioni della loro *ratio*, rompendo per la prima volta il blocco monolitico della materia dei legati e dei fedecommissi, secondo la tipica rappresentazione unitaria che se ne faceva invece dall'*usus modernus pandectarum*.

Principale chiave di lettura della storia del diritto ereditario romano in Gans è l'idea del 'conflitto', della 'lotta' (*Kampf*). Egli, infatti, ritiene che oltre lo scontro tra eredità intestata ed eredità testamentaria, sul quale Hegel aveva costruito la superiore eticità della successione intestata a difesa della famiglia da contrapporre a quella fondata sull'arbitrio del testatore²¹, il diritto romano evidenzerebbe in chiave di 'conflitto' pure il rapporto tra eredità testamentaria e legato. Due modelli antitetici, pur all'interno del riconoscimento di un potere di arbitrio del *de cuius* attraverso il testamento di definire i destini della sua famiglia e del suo patrimonio: modelli inesorabilmente in conflitto

auf die nächsten und verwandtesten Glieder der großen Kette. Nun sind aber beim Römischen Erbrecht folgende drei Beziehungen die nächsten: zuerst die auf alles andere Römische überhaupt: dann die auf Erbrecht im Allgemeinen, endlich die auf nichtrömisches Erbrecht. Erft die Klarheit dieser drei Beziehungen kann dem Römischen Erbrecht seine Stelle anweisen, welche Anweisung zugleich das Aufdecken seines Gedankens ist.».

²⁰ Scontro nel quale prevarrà il metodo della Scuola Storica e poi della pandettistica, realizzandosi quello straordinario edificio sistematico che può indicarsi come il diritto romano borghese; vd. al riguardo A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto privato borghese*, Bari-Roma, 1984; per il mio punto di vista si vd. *Obbligazione e diseguaglianza. Per una lettura critica dell'obbligazione in F.K. von Savigny*, Bologna, 2021.

²¹ G.W.FR. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, rist. Berlin, 1821 (mit den von Gans redigierten Zusätzen aus Hegels Vorlesungen, neu herausgegeben von G. Lasson), [§ 180], Leipzig 1911, p.151: «Il semplice e diretto arbitrio del *de cuius* non può diventare un principio per il diritto, quello di testare, soprattutto non nella misura in cui si oppone ai diritti sostanziali della famiglia, il cui amore e riverenza per il loro ex membro non poteva che essere in primo luogo il rispetto per il suo arbitrio dopo la sua morte. Tale arbitrio non contiene nulla in sé che debba essere rispettato più altamente dello stesso diritto di famiglia; al contrario. Una tale validità di una disposizione di ultima volontà risiederebbe unicamente nel riconoscimento volontario di essa da parte degli altri. Una tale validità può essere ammessa esclusivamente nei limiti in cui il rapporto familiare nel quale è assorbita si sia allontanato o sia diventato inefficace. La sua inefficacia, laddove effettivamente esista, appartiene all'immorale, e l'estesa validità di quell'arbitrio contro il rapporto familiare contiene l'indebolimento stesso della moralità della prima. Fare di questa arbitrarietà del *de cuius* all'interno della famiglia il principio fondamentale della successione apparteneva alla già citata asprezza e immoralità delle leggi romane, secondo le quali il figlio poteva essere venduto anche dal padre e, se liberato da altri, alla violenza del padre tornava...».

tra loro, quello dell'indicazione di un erede testamentario quale successore universale²² e quello dispositivo delle singole *res* del patrimonio ereditario attraverso i legati. La storia del diritto romano disegnerebbe anche questo 'conflitto' ed anche lo sforzo di mediazione tra i due modelli che culminerà, dopo una serie di interventi legislativi tesi a delimitare l'arbitrio del *de cuius*, con la *lex Falcidia*²³.

La *damnatio memoriae* che colpisce l'opera di Gans si deve, come detto, ad una recensione di Georg Friedrich Puchta²⁴. Nel 1826, nel primo numero degli *Schmunck Jahrbücher*²⁵, Puchta, recensendo i primi due volumi del 1824 e del 1825, ne segna inesorabilmente il destino²⁶.

Le critiche di Puchta a Gans restano convincenti sul piano del presunto indebolimento del ruolo fondante del diritto romano in materia, in quanto, al contrario, dal suo ampio lavoro (nella parzialità dei popoli e culture esaminati) riemergerebbe come proprio al diritto romano vada riconosciuto «l'inizio di una storia del diritto in materia»²⁷. Puchta non entra, però, nel dettaglio delle soluzioni interpretative assunte da Gans, ma si concentra sulla fallacia del metodo storico hegeliano, al quale si imputa lo sforzo utopico di voler scoprire un nesso di sviluppo universale nella storia dello spirito giuridico dei popoli passati in rassegna.

Resta che il lavoro di Gans in ragione della recensione di Puchta sarà considerato un *pariah* per tutto l'Ottocento ed anche per il Novecento²⁸.

4. 1836-1882: la storia dei legati in diritto romano per la Scuola Storica

Nella Scuola Storica, il primato di una nuova indagine sui legati è di Gustav Ludwig Theodor Marezoll, allievo di Gustav Hugo²⁹. Egli, dieci anni dopo il secondo volume dell'opera di Gans dedicato al diritto romano, nel 1836 proverà ad opporre al modello storico unitario dei legati e dei fedecommessi (che ancora traspare invece nelle

²² Per il mio punto di vista, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, 533 ss.

²³ E. GANS, *Das Römische Erbrecht* cit., II, 185-192. L'accento dato da Gans all'importanza delle leggi in materia si situa in piena coerenza con la valorizzazione della produzione legislativa del diritto nella Scuola hegeliana, in contrasto con la diversa posizione della Scuola Storica.

²⁴ Per l'importanza nella maturazione del ruolo di Puchta quale figura ponte tra Scuola Storica e Pandettistica, si vd. per tutti H.-P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"* [*Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, 171], Frankfurt am Main, 2004.

²⁵ G.FR. PUCHTA, *Recensionen und Anzeigen* cit., 1-43. Per una citazione del lavoro di Gans nei lavori successivi in materia bisognerà aspettare il lavoro di Lenel del 1913 sul *Legatentestament* (vd. infra nt. 48).

²⁶ Sul rapporto Gans – Puchta si è addirittura parlato di «*Feindschaft*»; J. BRAUN, *Gans und Puchta - Dokumente einer Feindschaft*, in *Juristenzeitung JZ*, 1998, 763 ss. Unico luogo nel quale riemerge una certa ruvidezza di linguaggio in Puchta è quando qualifica come «calunnia» (G. Fr. PUCHTA, *Recensionen* cit., 42) la famosa accusa mossa alla Scuola Storica da Hegel e ripresa da Gans, quella di essere «dei nemici della legge e dello Stato». Sul tema mi sono soffermato in *Obbligazione e diseguaglianza* cit., 67-80.

²⁷ G.FR. PUCHTA, *Recensionen* cit., 39.

²⁸ Per quello che ho potuto vedere (ma è presunzione *iuris tantum*), la prima citazione dell'opera di Gans che ho trovato nel Novecento è di Otto Lenel (vd. *infra*, nt. 28). Pochi altri anche dopo lo richiameranno.

²⁹ *Zu der Lehre von den Vermächtnissen*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, 9, 1836, 61-134.

pagine del lavoro di Conrad Eugen Franz Roßhirst del 1835³⁰), una ricostruzione storica dello sviluppo specifico dei legati in diritto romano.

Lo sforzo, in parte incompiuto³¹, di Marezoll, di riscoprire la realtà storica dei legati, è prevalentemente realizzato attraverso una lettura centrata sui *Tituli ex corpore Ulpiani*³², fonte che dall'umanesimo giuridico fino alla riscoperta delle *Institutiones* di Gaio aveva rappresentato il vero ed unico contrappunto della ricostruzione giuridica dell'istituto in chiave unitaria di legati e fedecommessi come consegnata dalla codificazione giustiniana alla storia giuridica successiva. Il Marezoll, affiancando ai *Tituli ex corpore Ulpiani* le *Institutiones* di Gaio, vuole far riemergere la storicità dei *legata*, superando la forza centripeta del modello giustiniano (legati e fedecommessi), la cui conformazione non esprime più per l'allievo di Hugo una unità, ma specie diverse attratte nel *legare*, verbo tecnico presente già nelle XII Tavole³³. In questo sforzo ricostruttivo l'autore evita di subire l'influsso della concezione tradizionale, fortemente condizionata dall'unificazione giustiniana del regime tra legati e fedecommessi, e accomunata nel sapere giuridico tedesco dal termine *Vermächtnis*, quale idonea categoria giuridica unitaria per esprimere qualsiasi lascito *mortis causa*.

Al superamento del modello monistico dei *Vermächtnisse* (*legatum et fideicommissum*) della tradizione dell'*usus modernus pandectarum*, la Scuola Storica contrappone, quindi, la storicità distinta dei due istituti e la loro diversa conformazione giuridica, con contributi di altissimo livello, ai quali partecipano tra gli altri Karl Ludwig Arndts (1868), nel primo volume del Commentario di Glück dedicato ai legati e fedecommessi³⁴, ed Eduard Hölder (1882)³⁵.

In Arndts, si ha precisa ipotesi ricostruttiva in chiave storica dei diversi tipi di legato³⁶. I punti più significativi sono la proposta di superamento dell'*uti legassit* decemvirale dalla sua circoscritta interpretazione in termini di disposizione di legati, opponendo il significato di *legem dicere*³⁷, con la valorizzazione dell'importanza della tipicità dei legati

³⁰ *Die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Rechte*, Heidelberg, 1835. Lo stesso non può dirsi per i lavori di M.S. MAYER, *Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen. Aus den Quellen bearbeitet*, I, Tübingen, 1854, in particolare 7-16, e nell'ampio studio sul diritto ereditario di F.H. VERING, *Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung*, Heidelberg, 1861, in particolare 163-175 (XII Tavole); 668-816 (*Vermächtnisse und Schenkungen Todeshalber*) in quanto in essi è oramai acquisita la via inaugurata da Marezoll (e prima di lui da Gans), grazie alla nuova sensibilità di una ricostruzione storica del tema imposta dal ritrovamento dalle *Institutiones* di Gaio.

³¹ Vd. al riguardo il duro giudizio di C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, Milano, 1889, 2 nt.1.

³² Sulla complessa storia del testo, si vd. F. MERCOGLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo*, Napoli, 1997.

³³ *Zu der Lehre von den Vermächtnissen* cit., 65-97: *legatum per vindicationem*; 97-103: *legatum per damnationem*; 103-114: *legatum sinendi modo*; 114-116: *legatum per praeceptionem*.

³⁴ K.L. ARNDTS, in CHR. F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit.

³⁵ E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts*, Erlangen, 1881, 72-87.

³⁶ K.L. ARNDTS, in CHR. F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., 6-43: *l. per vind.* (15-20); *l. per damn.* (20-25); *l. sin. modo* (25-32); *leg. per praec.* (32-35).

³⁷ Questa ipotesi interpretativa sarà poi ripresa tra gli altri da C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommessi*, cit., 7-8, e da B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano, 1943, 44-45.

quale realtà storica originaria, espressione della volontà del *de cuius* e dalla sua capacità di plasmare attraverso le parole pronunciate gli effetti perseguiti.

Hölder, invece, ipotizza una *Urform* dei legati, quella della *damnatio mortis causa* e non quella del *do lego* del legato *per vindicationem*. L'ipotesi non sarebbe scossa dalla corrispondenza della forma del legato *per vindicationem* all'*uti legassit* decemvirale, in quanto «ciò che le XII Tavole non garantiscono espressamente, non è però necessariamente qualcosa di più recente delle stesse; il legato *per damnationem* potrebbe essere già ben radicato nel tempo delle XII Tavole, così da non richiedere una sua specifica tutela. È comunque inverosimile che la formula impersonale del *damnas esto*, conseguente alla formula dell'istituzione d'erede, debba considerarsi più recente di quella rappresentata nell'atto di volontà individuale *do lego*, evidenziando ciascuna formula più verosimilmente la sua origine da un atto della volontà pubblica, con la conseguenza che la definizione dell'erede quale successore *in omne ius mortui* conserva la sua piena coerenza soltanto nei confronti del legato *per damnationem*»³⁸.

Dobbiamo a questi primi lavori di scavo, ai quali giova soprattutto il ritrovamento delle *Institutiones* di Gaio, se venne a realizzarsi un primo, solido e moderno basamento ricostruttivo, che rappresenta un modello irrinunciabile di riferimento fino ad oggi. In particolare, alcuni punti fermi possono considerarsi acquisiti: i legati hanno una loro specifica storia che risale all'età arcaica; la costruzione di una idea unitaria di legato è preceduta da una differenziazione dei legati, la quale verrà poi espressa in termini di *genera legatorum*; i diversi tipi di legato devono essere approfonditi quali sono, per coglierne contenuti, forme e regime giuridici proprii; il rapporto tra i due macrotipi (il legato *per vindicationem* e quello *per damnationem*) è rappresentativo di due modelli inconciliabili tra loro; il rapporto in chiave storica tra i diversi tipi di legato resta ancora fortemente discusso.

5. *Il Novecento*

Sebbene pubblicati dal 1888 in poi, i contributi di Fadda³⁹, di Ferrini⁴⁰ e di Wlassak⁴¹ segnano un ulteriore colpo d'ali nello studio dei legati.

La discussione tra questi grandi studiosi verte sul diverso regime dei legati, sul rapporto tra loro, sulla loro collocazione storica. Nel confronto tra la tesi di Fadda e quella di Ferrini può leggersi tra le righe un maggiore distacco della scienza romanistica dalla Pandettistica. Carlo Fadda approfondisce il filone che considera la storia dei legati come intrecciata alla storia dei testamenti. Nel *testamentum calatis comitiis* i legati non avrebbero trovato collocazione in ragione della natura del testamento comiziale come atto di

³⁸ E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts* cit., 73.

³⁹ C. FADDA, *Dell'origine dei legati*, in *Per l'VIII centenario della Università di Bologna*, Roma, 1888, 163-222.

⁴⁰ C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommissi* cit.; ID., *Sull'origine dei legati*, in *BIDR*, 1, 1888, 111-125 [= in *Opere*, IV, Milano, 1930, 193-206]; ID., *Traduzione dal tedesco e note del Commentario alle Pandette, Serie dei libri XXX-XXXII Parte prima continuazione di C.L. ARNDTS*, Milano, 1898. Con tardo Ferrini tradurrà anche la seconda parte della serie dei libri XXX-XXXII realizzata da C. Salkowski.

⁴¹ M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat*, in *ZSS RA*, 44, 1910, 196-320.

volontà generale e non individuale⁴². Solo con le XII Tavole e la trasformazione della *mancipatio familiae* in *testamentum per aes et libram* sarebbero stati introdotti i legati, nell'ordine dapprima del legato *per vindicationem*, poi di quello *per damnationem* e, infine, del legato *sinendi modo*⁴³.

Contardo Ferrini, il maggior studioso italiano del tema, sia in ragione dell'ampio lavoro del 1889⁴⁴, sia per la traduzione in italiano dei volumi in materia del Commentario di Glück realizzati da Arndts e da Salkowski⁴⁵, realizza una lucida messa a punto della storia dei legati, alla quale tutti gli studi successivi sono debitori.

Per Ferrini il legato *do lego*, che fu poi detto *per vindicationem* esisteva già nelle due più antiche forme di testamento (comiziale e *in procinctu*)⁴⁶. L'*uti legassit* decemvirale confermò gli antichi testamenti e quindi anche il legato *per vindicationem*. Gli altri tipi di legato nacquero successivamente, all'interno della prassi relativa della *mancipatio familiae*, sotto la spinta di una volontà dispositiva del *de cuius* che non trovava sbocchi in chiave di *legatum per vindicationem*. Per primo si ebbe il legato *sinendi modo*, con lo scopo di imporre una prestazione omissiva all'erede, indizio della idea di un atto di disposizione impossibilitato a produrre un immediato effetto acquisitivo della cosa al legatario, ma possibile come atto di impossessamento da parte del legatario al quale l'erede non poteva opporsi⁴⁷. La sua preesistenza come tipo di legato a sé rispetto al legato *per damnationem*, sarebbe comprensibile soltanto in chiave storica, come legato sorto prima di una più generale rilevanza della *damnatio mortis causa*⁴⁸.

Proprio le conclusioni di Ferrini saranno accolte e rafforzate da Moritz Wlassak, in rapporto soprattutto alla ricostruzione storica dei diversi tipi di legati, ritenendo che soltanto al legato *per vindicationem* sia possibile riconoscere esistenza nell'ambito del testamento comiziale, affiancandosi nella prassi testamentaria predecemvirale l'istituzione d'erede e il legato dispositivo⁴⁹.

L'incastro tra storia dei diversi tipi di legato e storia dei diversi tipi di testamento diviene quindi una chiave interpretativa condivisa metodologicamente. Un filone interpretativo che ne tentò un aggiramento è quello che possiamo indicare con il motto di *Legatentestament*. Già Édouard Cuq nel 1891 aveva, infatti, proposto di superare l'impasse della inadeguatezza dei *legata* (nelle due forme principali del *do lego* e del *damnas esto*) dalla precondizione ereditaria del testamento comiziale (sia questa più o meno con-

⁴² C. FADDA, *Dell'origine dei legati* cit., 166 ss., orientato ad escludere una relazionabilità dei legati con il testamento comiziale e a ritenere l'*uti legassit* decemvirale come delimitato ai soli legati (199 ss.).

⁴³ C. FADDA, *Dell'origine dei legati* cit., 185 ss., enucleando la priorità storica del *legatum per vindicationem* dal tenore delle parole pronunciate.

⁴⁴ C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommissi* cit.; ID., *Sull'origine dei legati* cit., 111-125 [= in *Opere*, IV cit., 193-206].

⁴⁵ C. FERRINI, *Traduzione dal tedesco e note del Commentario alle Pandette, Serie dei libri XXX-XXXII Parte prima* (C.L. ARNDTS), cit.; ID., *Traduzione dal tedesco e note del Commentario alle Pandette, Serie dei libri XXX-XXXII Parte seconda continuazione di C. SALKOWSKI*, Milano, 1901.

⁴⁶ C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommissi* cit., 2 e 6-13; ID., *Sull'origine dei legati* cit., 201.

⁴⁷ C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommissi* cit., 3-4 e 14-17; ID., *Sull'origine dei legati* cit., 202-203.

⁴⁸ C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommissi* cit., 15; ID., *Sull'origine dei legati* cit., 203.

⁴⁹ M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat* cit., 217-218.

fermativa dell'erede intestato), sostenendo l'indipendenza della validità ed efficacia dei legati dall'istituzione testamentaria dell'erede⁵⁰. Ma è con lo studio del 1913 di Otto Lenel⁵¹ che la tesi assume una sua più chiara e coerente rappresentazione. In particolare, per Lenel la prospettiva per così dire 'cosale' dell'eredità arcaica (*pecunia, sua res*), la stessa terminologia che si riscontra nelle XII Tavole, orienta a pensare che il testamento comiziale sia destinato ad attribuire porzioni specifiche del patrimonio ereditario, scopo per il quale il legato *per vindicationem* si dimostrava perfettamente acconcio. A conferma di ciò starebbe non soltanto l'*uti legassit* decemvirale, la cui *latissima potestas* attribuitagli da Quinto Mucio sarebbe una *interpretatio* successiva, quando l'*institutio heredis* assumesse il ruolo di *caput et fundamentum testamenti* (Gai. 2,229), ma anche la formulazione ricordata da Gaio del testamento librato: *ita do ita lego ita testor* (Gai. 2,104).

Va poi ricordato, come nei primi decenni del Novecento irromperà anche nello studio storico dei legati l'idea di evoluzione. Con l'evoluzionismo si fa strada un modello storico binario, con una rilettura delle fonti romane su logiche contrapposte. Da una parte, il modello codificato da Giustiniano, con l'*exaequatio* tra *legatum* e *fideicommissum*, che avrebbe poi alimentato la proposta monistica della Pandettistica in termini unitari di *Vermächtnisse*, ed a cui si collegherebbe l'idea di una successione a titolo particolare contrapposta ad una successione universale. Dall'altra, il modello dell'età classica, che avrebbe considerato *legare* e *succedere* rappresentativi di prospettive antitetiche, espressione di due modelli non conciliabili, diretti ad affrontare il problema della morte.

Il filone interpretativo evoluzionista trova chiara espressione soprattutto negli studi di Carlo Longo, allievo di Vittorio Scialoja, nei quali si sviluppa con coerenza logica in chiave di diritto successorio la concezione politica della famiglia di Pietro Bonfante⁵².

Max Kaser⁵³, Pasquale Voci⁵⁴ e Giuseppe Grosso⁵⁵ rappresentano il superamento del modello binario della critica (diritto classico, diritto giustiniano), col recupero della complessità dello stato delle fonti, anche in rapporto al dibattito sui diversi *genera legatorum* e i diversi *genera testamentorum*.

⁵⁰ É. CUQ, *Les institutions juridiques des romains. L'ancien droit*, Paris, 1891, 300-307; 544-555.

⁵¹ O. LENEL, *Zur Geschichte der 'heredis institutio'*, in *Essays in Legal History*, ed. by P. VINOGRADOFF, Oxford, 1913, 120-142.

⁵² C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano* in *BIDR*, 14, 1902, 127-202; 224-275; *BIDR*, 15, 1903, 283-309. Pietro Bonfante giunge a Pavia da Torino nel 1903/1904 quando vi arriva anche Carlo Longo ed insieme rimasero nell'Ateneo pavese fino al 1917, anno nel quale il Bonfante venne chiamato a Roma. Importante, sull'influenza che potrebbe aver avuto sulle idee del giovane Carlo Longo, lo scritto di P. BONFANTE, *L'origine dell'hereditas e dei legata nel diritto successorio romano*, in *BIDR*, 4, 1891, 97-143. Vd. ora su Pietro Bonfante F. LAMBERTI, *Pietro Bonfante e la costruzione di una 'scienza romanistica' italiana*, in *I Bonfante. Una storia scientifica italiana*, a cura di I. PIRO – S. RANDAZZO, Padova, 2019, 143-167.

⁵³ M. KASER, *Das altrömische ius*, Göttingen, 1949, 118 s.; 147 ss.

⁵⁴ P. VOCI, *Diritto ereditario romano, I. Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967² (prima edizione 1956), 3-8; 21-23; ID., *Diritto ereditario romano, II Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milano 1963² (prima edizione 1960), 223 ss.

⁵⁵ G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino, 1962.

Con Giuseppe Grosso, al quale va riconosciuto il tentativo di sintesi più difficile, ma anche il più riuscito, si ha l'evidenziazione della «concretezza del processo storico», nella quale emergerebbero linee ma non date, tappe di sviluppo e non particolari⁵⁶.

Restano, tuttavia, in dottrina alcuni punti dubbi. Anche nel rapporto storico tra i diversi tipi di legato è ancora riscontrabile l'influenza dell'evoluzionismo, anche se in questo caso in chiave più sotterranea, quasi inconsapevole⁵⁷. I diversi tipi di legato sono pensati come necessariamente rappresentativi di una storia lineare, nella quale si avrebbe una forma di legato come la più antica (a seconda delle ipotesi il legato *per vindictionem* o quello *per damnationem*) e poi, a mano a mano, tutte le altre a seguire. A questo modello ricostruttivo si deve contrapporre – a mio modo di vedere – un modello interpretativo che non costringa i legati, il loro regime e la loro forma, in un'idea storico-lineare, ma tenga conto del loro particolare contenuto e dei valori che possano in essi evidenziarsi, espressione di una loro specifica storicità, senza che ciò debba tanto imporre una concatenazione in chiave 'naturale'.

La proposta di lettura che mi accingo a fare vuole, quindi, collocarsi all'interno della tradizione di studi che ho qui molto sommariamente richiamato, in quanto identitaria di una scienza, quella romanistica, che dimostra una sua grande capacità di rinnovamento metodologico, cercando, se possibile, di evidenziare come il quadro storico in materia potrebbe essere indicativo della difficoltà di conciliare in un *ius* comune ai *cives* la pluralità consuetudinaria delle forme di legato, quale lasciati particolari *mortis causa*.

6. *La mia ipotesi interpretativa: la confluenza in Roma di mores differenziati e la difficile edificazione di un ius comune ai cives in materia di legati*

Il diritto romano arcaico è rappresentativo della difficile conquista di un *ius* comune ai *cives* del neo comune fondato.

Anche in materia di legati, la stessa configurazione unitaria dell'istituto, quale modello alternativo – e se vogliamo antitetico – all'eredità, quest'ultima rappresentativa in concreto di una idea di successione (che non può che essere, invece, *in universum ius*, salvo non negare sé stessa), si pone al centro di questa armonizzazione di istanze consuetudinarie differenziate, rappresentative delle culture, delle società e delle comunità che fondano la città⁵⁸.

I *legata* si pongono, infatti, su un piano altro rispetto alla *hereditas*, in quanto espressione di una idea di disposizione diretta della propria *res* o di esercizio di un pote-

⁵⁶ G. GROSSO, *I legati* cit., 19-21: «Sono tappe di uno sviluppo che noi possiamo cogliere nelle sue linee, senza però voler troppo vedere e precisare nei particolari» (p.21).

⁵⁷ L'impressione è abbastanza evidente nel contributo di U. VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano, 1956, 407-516, in particolare sulla concatenazione storica tra i diversi tipi di legati, 493 ss. Più eclettica mi pare l'interpretazione che era presente nell'opera giovanile di U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma, 1920, 66 ss.; 89 ss., nella quale alla ipotizzata priorità storica del legato *per damnationem* (data l'arcaico *damnas esto*) consegue un tentativo di sganciamento del problema dall'*uti legassit* decemvirale.

⁵⁸ Un quadro efficace e chiaro della complessità del diritto dei legati in diritto romano si ha ora in U. BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Köln, Weimar, Wien, 2015, 235-266 (sui legati).

re del *de cuius* sull'erede tale da imporgli *mortis causa* prestazioni (negative e positive), idea che è innervata – in entrambi i casi – nel modello potestativo della famiglia romana.

Da questo punto di vista, la dottrina romanistica – come ho sommariamente ricordato – oscilla tra due narrazioni della richiamata vicenda storica, che sono peraltro il riflesso dello stato delle fonti a noi giunto. Da un lato, seguendo la rappresentazione tipologica del legato secondo il modello dei *genera legatorum* ricordato da Gaio (*Gai.* 2,192 – 2,223), sono state proposte interpretazioni lineari nella rappresentazione del rapporto tra i singoli tipi di legato, al fine di ricostruirne lo sviluppo storico, misurandone la coerenza con i diversi *genera testamentorum*. Dall'altro lato, evidenziando l'importanza del precetto decemvirale *uti legassit suae rei ita ius esto*, si è ipotizzata una forza debordante del *legare*, non circoscritta ai *legata*, ma che (nel senso di *legem dicere*) includerebbe ogni tipo di disposizione contenuta nel testamento, come la stessa istituzione d'erede, la nomina del tutore e la liberazione degli schiavi. La tipizzazione e la delimitazione del *legare* alle sole disposizioni a titolo particolare sarebbe, per questa seconda prospettiva, un risultato storico dell'interpretazione post-decemvirale.

Il mio punto di vista, già altrove espresso⁵⁹, è orientato verso una lettura delle fonti diretta a rifiutare l'idea di evoluzione, valorizzando le forme e i contenuti dei *legata*, espressione del sovrapporsi e dell'affiancarsi di distinti *mores* precivici, i quali confluiscono nel neo-comune dalle comunità che volontariamente vi si insediano. Il *legare* non sarebbe, quindi, soltanto antitetico all'*heredem instituere* (e ciò a prescindere dal significato che si vuole poi riconoscere all'*uti legassit* decemvirale), ma anche espressione di diverse forme del *legare* stesso, espresse dal *do lego*, dal *damnas esto* e dal *praecipito*, quali strutture verbali archetipiche non rappresentative necessariamente di una idea giuridica unitaria.

È, infatti, da ricercare proprio nella ricchezza consuetudinaria dei *mores* arcaici la ragione storica delle diversità delle forme (e quindi dei regimi) con cui ad un *pater familias*, finché era in vita, si dava il potere di disporre di una sua *res* per quando cessava di vivere. Già questo dato non deve percepirsi come innato, ma espressione storica di una cultura giuridico-religiosa nella quale sull'interesse prioritario della continuità *mortis causa* nella comunità (familiare o gentilizia) si innesta uno straordinario potere del *pater* attraverso il quale egli può attribuire *mortis causa* ad un terzo la *vindicatio* su una propria cosa oppure può condannare il proprio erede a subire che l'onorato si appropri di una cosa ereditaria oppure a dargli una quantità di bronzo. Tra i due modelli presuccessori contrapposti che echeggiano ancora nelle XII Tavole (quello potestativo/arbitrario e quello possessorio/familiare)⁶⁰, tali tipi di atti – che poi saranno le fondamenta di quelli che la giurisprudenza tardo-repubblicana chiamerà i *genera legatorum* – sono tutti espressione di un modello di società nella quale è prevalente una struttura forte della famiglia fondata sulla potestà del *pater familias*, così come – sebbene per una finalità ben

⁵⁹ *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 173 ss.

⁶⁰ E. GANS, *Das Römische Erbrecht* cit., II, 29 ss.; G. LA PIRA, *La successione intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 3 ss.; F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testament*, Leipzig, 1940 [Estratto da *Festschr. Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, Heft 124], 3 ss.

diversa – lo stesso può dirsi anche per l'*institutio heredis* e l'*exhereditatio*. Hegel ritenne – come visto – che attraverso di essi il diritto romano fosse rappresentativo di un modello immorale del diritto ereditario, perché lesivo dell'interesse della comunità familiare⁶¹.

La straordinarietà – e se vogliamo però anche il fascino dell'esperienza giuridica romana e della sua resistenza nei tempi – sta nella constatazione che istanze così diverse ed anche concezioni che risolvono in chiave antitetica i complessi problemi del giuridico *mortis causa*, non abbiano portato a scelte selettive in sottrazione, ma abbiano mantenuto una tale ricchezza, cercando le strade per una sua contemporanea conservazione come diritto comune aperto a tutti i *cives*.

Se seguiamo l'ordine di trattazione delle Istituzioni di Gaio, senza però intenderlo necessariamente in chiave di sviluppo storico, il primo legato è quello *per vindicationem*. I *verba* «*Titio* (v.g. *rem/hominem*) *do lego*» esprimono unilateralmente ed in prima persona (*ego*), in diatesi indicativa (*do lego*), l'orale potere del *pater* di disporre di una sua cosa con effetti da prodursi alla sua morte⁶². Nei *verba* è scolpito il contesto di sua emersione, menzionandosi esclusivamente l'identità dell'onorato del lascito e l'oggetto dello stesso. Non è presente alcun imperativo rivolto all'erede, né vi è traccia di un momento di partecipazione dei *cives*, indicandone così con alta probabilità l'origine, più antica del Comune stesso. Le forme espresse in imperativo di questo tipo di legato, ricordate da Gaio (*Gai.* 2,193) e Ulpiano (*Ulp.* 24,3), sono considerate dai giuristi come recenziori: *Titius* (v.g. *rem/hominem*) *capito, sumito, sibi habeto*.

L'erede non sembra nel panorama concettuale del contesto di esercizio del potere di disposizione, come avviene invece nella *damnatio mortis causa*, in quanto quello che si persegue è lo scopo di disporre *mortis causa* della propria cosa, quale effetto diretto ed inderogabile del legato. Di qui l'importanza capitale dell'uso dei due verbi congiuntamente utilizzati del *do lego*⁶³, qualificativi della tipologia stessa dell'atto arcaico, quale *legatum do lego* (*Vat.* 83, 87), sebbene a tale rappresentazione si preferisca poi quella, anch'essa molto evocativa e significativa nel contesto arcaico, di *vindicatio*. Si trat-

⁶¹ Vd. supra nt. 21.

⁶² *Gai.* 2,193. *Per uindicationem hoc modo legamus: TITIO uerbi gratia HOMINEM STICHVM DO LEGO; sed et si alterum uerbum positum sit, ueluti DO aut LEGO, aequè per uindicationem legatum est: item, ut magis uisum est, et si ita legatum fuerit: SVMITO uel ita: SIBI HABETO uel ita: CAPITO, aequè per uindicationem legatum est.* 194. *Ideo autem per uindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius uel ab herede uel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, uindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse.* Per un richiamo della dottrina in materia, si vd. E. GANS, *Das Römische Erbrecht* cit., II, 195-198; G.L.TH. MAREZOLL, *Zu der Lehre von den Vermächtnisse* cit., 65-97; M.S. MAYER, *Die Lehre von den Legaten und Fideikommissen* cit., 7-11; F.H. VERING, *Römische Erbrecht* cit., 692-694; K.L. ARNDTS, in CHR.F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., 15-20; E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts* cit., 72-87 (dove i diversi tipi di legato vengono esaminati, confrontandone i regimi e le diverse forme verbali, cogliendone il rapporto storico); C. FADDA, *Dell'origine dei legati* cit., 185-190; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi* cit., 6-13; M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat* cit., 198-220 (dove si esaminano in un confronto serrato il legato *per uindicationem* e il legato *per damnationem*); U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato* cit., 150-160; M. KASER, *Das altrömische ius* cit., 150-154; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 223; G. GROSSO, *I legati* cit., 14-19; 74-79; U. VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen* cit., 493-514.

⁶³ U. BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römische Erbrecht* cit., 237, parla di «Synonimdupplung».

ta, quindi, di un atto dotato di straordinaria efficacia dispositiva conseguente alla pronuncia da parte del *pater* delle parole *do lego*, idonee *ex se* a legittimare nell'onorato una *vindicatio mortis causa* nella forma dell'*agere sacramento in rem* nei confronti di chiunque possedesse la cosa. In questa sede, reputo importante segnalare nel sintagma *do lego* la ricorrenza significativa, insieme al *dare*, del verbo *legare*, la natura *mortis causa* dell'atto oralmente realizzato e la sua teorica autonomia da un testamento, quanto meno quest'ultimo quale atto istitutivo d'erede.

Espressione di una prospettiva diversa sono, invece, le formulazioni del tipo *heres meus dare damnas esto*⁶⁴ e *heres meus damnas esto sinere L. Titium sumere sibi que habere*⁶⁵. Esse, pur espressione del modello potestativo, non sono, infatti, rappresentative di un atto di diretta disposizione di una *res* del *de cuius*, ma di *damnationes mortis causa*, nelle quali il protagonismo del potere del *de cuius* sull'erede esprime la particolare natura di questo genere di atti. Nella *damnatio mortis causa* si coglie la particolare declinazione coercitiva dell'esercizio della *potestas* del *pater* sul *filius in potestate* quale *heres suus* o di chi comunque egli abbia indicato quale erede nel testamento. È qui plasticamente

⁶⁴ *Gai.* 2,201. *Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEVS STICHVM SERVVM MEVM DARE DAMNAS ESTO; sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est.* 202. *Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres rem redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat.* 203. *Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, uelut fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.* 204. *Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per uindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere, et tum heres rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit. nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipauerit, usucapione demum pleno iure fit legatarii. completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, mobilium quidem rerum anno, earum uero, quae solo teneantur, biennio.* E. GANS, *Das Römische Erbrecht* cit., II, 199-201; G.L.TH. MAREZOLL, *Zu der Lehre von den Vermächtnisse* cit., 97-103; M.S. MAYER, *Die Lehre von den Legaten und Fideikommissen* cit., 11-13; F.H. VERING, *Römisches Erbrecht* cit., 694; K.L. ARNDTS, in CHR. F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., 20-25; E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts* cit., 72-87 dove il legato *per damnationem* è considerato la *Urform* dei legati; C. FADDA, *Dell'origine dei legati* cit., 175-184 (in critica a Hölder); C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi* cit., 17-22; M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat* cit., 198-218 (dove si esaminano in un confronto serrato il legato *per vindicationem* e il legato *per damnationem*); U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato* cit., 122-139; M. KASER, *Das altrömische ius* cit., 154-157; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 223-224; G. GROSSO, *I legati* cit., 14-21; 80-81.

⁶⁵ *Gai.* 2,209. *Sinendi modo ita legamus: HERES MEVS DAMNAS ESTO SINERE LVCIVM TITIVM HOMINEM STICHVM SVMERE SIBIQVE HABERE.* 210. *Quod genus legati plus quidem habet quam per uindicationem legatum, minus autem quam per damnationem: nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui, cum alioquin per uindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest.* E. GANS, *Das Römische Erbrecht* cit., II, 201-203; G.L.TH. MAREZOLL, *Zu der Lehre von den Vermächtnisse* cit., 103-114; M.S. MAYER, *Die Lehre von den Legaten und Fideikommissen* cit., 13-14; F.H. VERING, *Römisches Erbrecht* cit., 694-695; K.L. ARNDTS, in CHR.F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., 25-32; E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts* cit., 79-80; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi* cit., 14-17 (successivo al legato *per vindicationem*, ma precedente a quello *per damnationem*); M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat* cit., 218-219; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato* cit., 140-146; M. KASER, *Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts*, in *ZSS RA*, 67, 1950, 320-359; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II cit., 224; G. GROSSO, *I legati* cit., 14-21; 81-86.

espressa un'etero-condanna in forma imperativa dell'erede a dare qualcosa all'onorato o a subire che quest'ultimo prenda qualcosa, senza che l'erede possa opporsi. La centralità è data dalla *damnatio (mortis causa* in questo caso) e dagli effetti che si producono nell'erede, il quale si trova soggetto ad un legittimo potere di aggressione dell'onorato in termini di *manus iniectio*, potendosi liberare dall'etero-condanna del *de cuius* esclusivamente attraverso la dazione della cosa o il versamento della somma prestabilita nella *damnatio dandi* o permettendo l'impossessamento della cosa nella *damnatio sinendi modo*. In questi casi, è presupposta l'esistenza necessaria di un erede, senza che emerga una sua precisa configurazione quale erede testamentario diverso da quello intestato, visto l'uso anodino nei *verba* del sintagma «*heres meus*», che ben potrebbe essere acconcio all'*heres suus* confermato nel testamento, o l'*extraneus* nominato *heres* nel testamento.

Va, altresì, accentuata in questi casi l'assenza nei *verba solemnia* pronunciati dal *de cuius* del verbo *legare*, come invece nel *do lego*, imponendo prudenza nella considerazione di una loro originaria inclusione di per sé nel *genus* del *legatum* ed al contrario segnalando come possibile conquista interpretativa quella di una loro attrazione come nuovi *genera legatorum*.

Infine, la diversa formulazione *Titius rem praecipito* è l'atto orale col quale il *pater* dispone, in forma imperativa, di qualcosa a favore di uno degli eredi⁶⁶. Di qui il parti-

⁶⁶ *Gai. 2, 216. Per praeceptionem hoc modo legamus: LVCIVS TITIVS HOMINEM STICHVM PRAECIPITO. 217. Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset. praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit. 218. Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum, adeo ut Sabinus existimauerit ne quidem ex senatus consulto Neroniano posse conualescere: 'nam eo', inquit, 'senatus consulto ea tantum confirmantur, quae uerborum uitio iure ciuili non ualent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur'. sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatus consulto confirmari legatum; nam ex uerbis etiam hoc casu accidere, ut iure ciuili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis uerbis recte legaretur, uelut per uindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem uitio personae legatum non ualere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit uelut peregrino, cum quo testamenti factio non sit. quo plane casu senatus consulto locus non est. 219. Item nostri praeceptores, quod ita legatum est, nulla alia ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est diuidunda, accipi solet: officio enim iudicis id contineri, ut ei, quod per praeceptionem legatum est, adiudicetur. 220. Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit. nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. itaque si non suam rem eo modo testator legauerit, iure quidem ciuili inutile erit legatum, sed ex senatus consulto confirmabitur. aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: ueluti si quis eam rem legauerit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit. 221. Sed diuersae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: TITIVS HOMINEM STICHVM CAPITO, superuacuo adiecta PRAE syllaba; ideoque per uindicationem eam rem legatam uideri: quae sententia dicitur diui Hadriani constitutione confirmata esse. 222. Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario uindicari, siue is unus ex heredibus sit siue extraneus; quod si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatus consulto utile erit legatum, heredi uero familiae erciscundae iudicis officio praestabitur; quod si nullo iure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatus consulto utile erit. E. GANS, *Das Römische Erbrecht* cit., II, 198-199; G.L.TH. MAREZOLL, *Zu der Lehre von den Vermächtnisse* cit., 114-116; M.S. MAYER, *Die Lehre von den Legaten und Fideikommissen* cit., 13; F.H. VERING, *Römisches Erbrecht* cit., 695-696; K.L. ARNDTS, in CHR.F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* cit., 32-35; E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts* cit., 84-85; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecom-**

colare regime originario di questa disposizione *mortis causa*, inutile nei confronti di un estraneo o per una cosa che non sia dell'eredità e tutelabile con la sola *actio familiae erciscundae*. In questo caso, è da rilevare come l'atto si situi nella dimensione ereditaria del testamento.

Come è evidente dal quadro sopra delineato, ciascuna delle dichiarazioni formali nei quali si scolpisce la volontà del *de cuius* in *verba solemnita* tipizzati persegue obiettivi diversi e non conciliabili tra loro. La stessa veste terminologico-formale dei diversi schemi (*do lego*, *damnas esto*, *praecipito*) non è unitaria, né dal punto di vista linguistico, né concettuale, né tanto meno del regime giuridico ad essi collegato. Non unità, quindi, ma diversità, che riflette concezioni non coincidenti, che non escludono storicamente contesti di contemporaneità, né impongono lineari sviluppi. Nella *vindicatio mortis causa*, quale conseguenza del *do lego*, è espressa la straordinaria forza dispositiva del potere del *pater familias* che trasferisce direttamente per quando avrà cessato di vivere una cosa o una persona soggetta al suo *meum esse ex iure Quiritium* ad un onorato da lui scelto, senza che al riguardo vi sia un onerato. La *vindicatio* sulla *res* o sulla *persona* ne è conseguenza diretta. I verbi *dare* e *legare* in un unilaterale ed indissolubile *unicum* sintattico sono idonei *ex se* a produrre l'effetto di far acquisire in capo all'onorato la diretta *vindicatio* sulla cosa. Dietro vi è un'idea espansiva del potere del *pater*, antitetica al modello possessorio di tutela della famiglia che emerge nell'eredità *ab intestato*, ma anche al testamento come atto istitutivo d'erede.

Nella *damnatio mortis causa*, invece, si declina la forza coercitiva della *potestas* del *pater* sui suoi figli, quale potere di condannare l'erede nei confronti dell'onorato del lascito, legittimandone in caso di mancato rispetto delle volontà paterne l'immediata soggezione alla *manus iniectio* esercitata dall'onorato, salvo riscatto.

Infine, la *praeceptio* svolge la funzione di legittimare atti dispositivi che tendono ad erodere in favore di uno degli eredi rispetto agli altri il principio della inderogabile eguaglianza di quote insito nel modello possessorio della eredità intestata.

Il quadro appena abbozzato, si pone in contesti storici nei quali l'oralità e gli ordini giuridici della *familia* e della *gens* sono le dimensioni principali del giuridico-sociale⁶⁷. Strutture formalmente diverse e funzioni differenziate, nelle quali non si ha una forza centripeta del *legare*, né una forza attrattiva del *testamentum* rispetto al *legare*, né tanto meno un regime giuridico omogeneo. È questo il quadro rappresentativo degli ordini consuetudinari precivici (*mores*) ed anche, costituitosi il comune, la difficile enucleazione di un *ius* comune ai *cives*, attraverso la *interpretatio pontificum*, che in questo caso non sembra orientarsi verso una forza creativa di nuovi schemi giuridici, ma nella direzione di affiancare gli schemi tipici tra loro, cogliendone se possibile (pur nelle diversità evidenziate) la struttura di fondo comune.

messi cit., 22-23; M. WŁASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat* cit., 198; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato* cit., 146-148; M. KASER, *Das altrömische ius* cit., 158; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II cit., 225; G. GROSSO, *I legati* cit., 14-21; 29-30; 86-92.

⁶⁷ Per il mio punto di vista, si vd. *Archetipi romanistici del diritto delle persone*, in *Pandemia e diritto delle persone*, a cura di R. MARINI, Milano, 2021, 9 ss. [= in *Fondamento romano dei diritti odierni*, cit., 195 ss.].

Da questa prospettiva si può forse cogliere, nella concretezza storica, la forza d'impatto delle XII Tavole sulle forme archetipiche consuetudinarie. Se si segue quella dottrina che ritiene la statuizione ricordata nella Legge delle XII Tavole («*UTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IUS ESTO*») una regola consuetudinaria già esistente nell'età predecemvirale⁶⁸, è possibile supporre un ruolo centripeto del *legatum per vindicationem* al *do lego*. Ciò ha spesso condizionato le ipotesi di una priorità storica di questo legato rispetto alle *damnationes mortis causa* o alla *praeceptio mortis causa*. In realtà, l'ipotizzato ruolo non esclude una contemporanea presenza delle *damnationes mortis causa* e della *praeceptio*, ma esclude soltanto una loro già avvenuta attrazione nel *legare*. Il modello archetipico al *do lego*, unica vera forma di *legare*, avrebbe avuto un ruolo funzionalmente indipendente dal testamento quale atto tipico istitutivo d'erede, ma non dal testamento come atto *mortis causa*, nel senso che il disporre *mortis causa* di una propria cosa, usando i *verba solemnia* «*do lego*», sarebbe l'ambito circoscritto originario del *legare* secondo un *mos* proprio di una o più comunità gentilizie che fondano Roma, a cui tutti i *cives* possono ora ricorrere nel testamento comiziale.

Affiancate (e quindi non posteriori in base ad una narrazione storica caratterizzata dall'idea di evoluzione) vi sono le *damnationes* e forse la *praeceptio*, tutte *mortis causa*, espresse in forma imperativa e connesse alla *potestas* del *pater* e pienamente coerenti ad un testamento quale atto tipico di istituzione d'erede.

La diversa interpretazione, pur legittimamente proposta in dottrina, di considerare l'*uti legassit* quale principio arcaico di espressione dell'autonomia testamentaria nella sua ampiezza, carica la statuizione decemvirale di una centralità del *legare* che potrebbe esprimere la proiezione distorta dell'idea del primato della legge. Si rischia, cioè, di perdere un concreto movimento storico della *interpretatio* sacerdotale diretto ad armonizzare la disciplina in materia ed a cercare la copertura della legge sull'*uti legassit suae rei, ita ius esto*, concreto movimento storico evocato dal *tributa videtur* del testo di Pomponio (D. 50,16,120 Pomp. *l. quinto ad Q. Mucium*). Il contributo dato dal sapere sacerdotale nella stabilizzazione del precetto decemvirale, si sarebbe cioè orientato non soltanto a fare della statuizione decemvirale il perno centrale del diritto testamentario, ma anche ad attrarre le diverse formulazioni (*do lego*, *damnas esto*, *praecipito*) in un'idea unitaria di *legare*, pur a fronte di regimi giuridici diversi. Per come la statuizione decemvirale è ricordata letteralmente nelle fonti, attraverso tradizioni diverse e con possibili contaminazioni tra *verba legis* e *interpretatio* post-decemvirale⁶⁹, essa non sembra aver avuto in origine una valenza ampia, nel senso di esprimere un principio di autonomia testamentaria del *pater* (come se la statuizione dicesse «quanto sia disposto per testamento, sia *ius*»), ma un valore più circoscritto, quello di esprimere un principio di autonomia del *pater familias* di *legare* il proprio patrimonio, a prescindere ed in antitesi al modello ereditario, nel quale non erano tanto in gioco gli elementi patrimoniali, quanto quel-

⁶⁸ Per una discussione del problema, con l'esame degli autori più rilevanti, si vd. *Fondamento romano dei diritti odierni* cit., 65 ss.

⁶⁹ Così ho ritenuto di poter sostenere in *Lege XII Tabularum praeposita, iungitur interpretatio*, in *Homenaje F. Hinestrosa*, Bogotà, I, 2001, 201 ss. [ripubblicato con riduzioni, modifiche ed integrazioni in *Fondamento romano dei diritti odierni* cit., 65 ss.].

li giuridico-religiosi della continuità sacrale della *familia* e della sua tenuta politica nella cittadinanza.

Si potrebbe, quindi, attribuire all'*interpretatio* pontificale la ponderazione delle differenti forme e regimi giuridici che emergevano dalle consuetudini confluite nel Comune in chiave di affiancamento dei diversi tipi, per intenderci, nel senso di quello che poi con una terminologia ammodernante verranno qualificati i *genera legatorum* dalla giurisprudenza tardo-repubblicana. L'associazione, per affiancamento, nel *legare* del *do lego*, delle *damnationes mortis causa* e della *praeceptio*, è espressione storicamente significativa dell'impossibilità (sia sul piano funzionale, sia sul piano dei regimi giuridici differenziate alle diverse forme collegate) di costruirle quale *genus* unitario, similmente a quanto accadrà ai *quattuor genera* delle *obligationes contractae* a differenza del *genus* unitario dell'*obligatio ex delicto*.

Un secondo movimento interpretativo è quello che tende a far coprire dall'*uti legasset suae rei* qualsiasi disposizione *mortis causa* per testamento, leggendo così la statuizione decemvirale quale principio fondante dell'autonomia testamentaria nel *ius civile*. È chiaro che i due movimenti interpretativi (in parte antidistanti) segnano inesorabilmente la via attraverso la quale i *legata* assumono il ruolo di schema giuridico di contrappunto all'eredità, la seconda destinata ad esprimere l'idea romana della successione universale, mentre i primi si raccolgono intorno all'idea della disposizione *mortis causa* particolare.

La strada è così storicamente segnata, alimentando in chiave binaria il diritto successorio del sistema romano, da un lato l'eredità (testamentaria e intestata), quale momento di successione a titolo universale, e dall'altro i legati, quale attribuzione a titolo particolare di beni del patrimonio ereditario o di prestazioni (negative o positive) dell'erede.

Da questa prospettiva, vale la pena rileggere alcune fonti in materia che mi sembra che si collochino pienamente in coerenza con questo quadro.

Innanzitutto, la sistematica riflessa nelle Istituzioni di Gaio dimostra di riflettere una *Urstruktur*. Il giurista Antonino è, infatti, pienamente consapevole dell'estraneità dei legati dai modi di acquisto *per universitatem*, figure giuridiche trattate in questa parte del manuale. La ragione della inclusione dei legati in questa parte, sebbene sia *pars iuris extra propositam materiam*, riposerebbe sull'associazione di idee tra testamenti, eredi testamentari e legati.

Gai. 2,191-192. Post haec uideamus de legatis. quae pars iuris extra propositam quidem materiam uidetur: nam loquimur de his iuris figuris, quibus per uniuersitatem res nobis adquiruntur: sed cum omni modo de testamentis deque heredibus, qui testamento instituuntur, locuti simus, non sine causa sequenti loco poterit haec iuris materia tractari. 192. Legatorum itaque genera sunt quattuor: aut enim per uindicationem legamus aut per damnationem aut sinendi modo aut per praeceptionem.

Dopo queste cose, vedremo i legati. Questa parte del diritto è sembrata estranea alla materia qui trattata, giacché parliamo di quelle figure giuridiche attraverso le quali sono acquistate a noi le università di cose. Ma dato che ad ogni modo abbiamo trattato dei tes-

tamenti e degli eredi che si istituiscono con testamento, non senza ragione potrà farsi seguire nella trattazione questa materia giuridica.

I generi dei legati sono d'altronde quattro: o infatti per rivendica, o per dannazione, o per sopportazione, o per presa diretta. (Trad. Nardi)

Si coglie, quindi, nelle *Institutiones* di Gaio una struttura sistematica più antica, quella dei *libri iuris civilis*, nella quale i *legata* seguivano i *testamenta* e l'istituzione d'erede, indizio importante di come soltanto con la *disputatio fori* postdecemvirale, il fondamento delle manifestazioni dell'autonomia del *pater familias* per quando cessava di vivere fosse stato innervato nella legge delle XII Tavole, ed in particolare nell'*uti legassit*. La forza centripeta di *tab. V.3* sembra aver attratto dopo le XII Tavole ogni forma di disposizione *mortis causa*, assumendo quindi una chiave ordinatrice che colloca il contesto dei *testamenta* quale spazio giuridico privilegiato di tale autonomia del *pater*.

I *libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola confermano questa impressione:

D. 50,16,120 Pomp. *libro quinto ad Quintum Mucium*

Verbis legis duodecim tabularum his "VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IVS ESTO" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum voluntate vel auctoritate iura constituentium.

Sembra attribuita a queste parole della legge delle XII tavole: «come ha disposto in legato la sua cosa, sia diritto» grandissima potestà sia di istituire erede, sia di dare legati e libertà, anche di costituire tutele. Ma ciò è stato delimitato dall'interpretazione, dalla volontà delle leggi, dall'autorità di coloro che statuiscano i diritti.

Per Quinto Mucio Scevola, ai *verba legis* ricordati sarebbe stata accordata nel *ius civile* postdecemvirale una *latissima potestas*. In altri contesti ed in relazione ai *verba* riportati nella *formula* processuale degli *arbitria bonae fidei*, lo stesso giurista parla invece di *summa vis* (Cic. *de off.* 3.17.70). *Potestas* qui, declinata quale amplissima, indica un esito della copertura offerta dall'*uti legassit* ad ogni disposizione *mortis causa*, istituire eredi, disporre legati e affrancare schiavi, infine costituire tutele. Si tratta di 'atti' che, se presi nella loro individualità (*institutio heredis*, *legata*, *manumissio*, *datio tutoris*) sono già tutti presenti nel *ius civile* predecemvirale. Quanto si esprime con l'idea della *latissima potestas* non è, quindi, da intendere in termini costitutivi, di creazione di nuovi istituti giuridici, ma al contrario quale potestà della statuizione decemvirale di assumere un ruolo centripeto, attraendo tutte queste figure nell'ambito fondativo della stessa. Ciò, con evidenza, non potendo essere stata la conseguenza di un processo naturale di attrazione, deve ricondursi ad un movimento artificiale, connesso all'*interpretatio* postdecemvirale, che tende ad attrarre nella produzione del *ius* riconosciuto all'*uti legassit* anche atti che non trovavano espressione in termini di *legare*.

L'allargamento operato, quindi, non deve vedersi come sviluppo lineare in chiave storica dall'*institutio heredis* ai diversi tipi di legati (l'uso del plurale *legata* è molto significativo), ma come l'esito di un poderoso sforzo interpretativo che ha voluto attrarre nell'*uti legassit* tutte le forme di disposizioni *mortis causa*, tutte già patrimonio comune nel *ius civile* predecemvirale. Tale allargamento, in sostanza, è il frutto della

interpetatio pontificum, che politicamente si decide di ammantare della copertura della *potestas legis*⁷⁰.

A questa prima fase postdecemvirale, secondo la fonte escerpta dai *libri ad Quintum Mucium* di Pomponio, farebbe da contrappunto una successiva limitazione della *latissima potestas* attribuita all'*uti legassit*. Ciò sarebbe l'effetto sia di *interpretationes* dirette al suo contenimento (si pensi alla *Regula Catoniana*), sia a politiche legislative limitatrici (*lex Furia*, *lex Voconia*, *lex Falcidia*), sia infine all'*auctoritas* di altre fonti del diritto, quali i *senatusconsulta* di età adrianea (*sed id interpretatione coangustatum est vel legum voluntate vel auctoritate iura constituentium*).

Gaio nelle Istituzioni esplicita nel dettaglio la *coangustatio* ricordata da Pomponio:

Gai. 2, 224-227: 224. Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: "VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IVS ESTO". qua de causa, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur. 225. Itaque lata est lex Furia, qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisue causa capere permissum non est. sed [et] haec lex non perfecit, quod uoluit: qui enim uerbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare. 226. Ideo postea lata est lex Voconia... 227. Lata est itaque lex Falcidia...

224. Un tempo era consentito erogare in legati e liberazioni tutto il patrimonio, e all'erede nulla lasciare salvo il vuoto nome d'erede: appariva permetterlo la legge delle XII Tavole, la quale dispone che come ciascuno avesse testato delle cose sue, fosse valido, con le parole «COME ABBIA LEGATO LE COSE SUE, SIA DIRITTO». Onde coloro che erano gli eredi scritti <nel testamento> si astenevano dall'eredità, e, pertanto, i più morivano intestati. 225. Fu emanata, di conseguenza, la legge Furia, per cui, escluse certe persone, alle altre non è permesso prendere a titolo di legato o a causa di morte più di mille assi. Ma questa legge non raggiunse quel che voleva: infatti, chi ad esempio aveva un patrimonio di cinquemila assi, poteva erogare tutto il patrimonio, legando a cinque uomini mille assi per uno. 226. Perciò fu poi emanata la legge Voconia... 227. Fu emanata infine la legge Falcidia... (Trad. Nardi)

Gaio, pur nel contesto dell'*adquisitio per universitatem* (*Gai. 2,97-289/ Gai. 3,1-87*), nel quale aveva trattato con coerenza nell'ordine dei testamenti, dell'istituzione d'erede, delle sostituzioni, prima di trattare dell'eredità intestata e delle *bonorum possessiones*, inserisce i legati e i fedecommessi, sebbene, come visto, egli riconosca che trattasi di modi di acquisto di singole cose o prestazioni e quindi a rigore *pars iuris* estranea alla materia. Il giurista dell'età degli Antonini, terminata la trattazione dei *genera legatorum*, ricorda poi come nel diritto arcaico fosse possibile per il *de cuius* esaurire tutto il patrimonio attraverso i legati e le concessioni di libertà, lasciando all'erede soltanto il vuoto titolo di erede, senza alcuna sostanza patrimoniale (*inane nomen heredis*).

⁷⁰ Per questo tipo di tendenza, si vd. F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München, 1988, 310 ss.

Il regime ricordato, che vede nei *legata* un poderoso strumento di disposizione dell'eredità, tale addirittura da spogliare l'erede da qualsiasi vantaggio patrimoniale, non è acconcio ad un monistico fondamento della negoziabilità *mortis causa* nel precetto dell'*uti legassit*, mentre è pienamente coerente ad una forza straordinaria della regola come fondante l'autonomia circoscritta al *legare*, tanto più in una fase nella quale allo schema del *legare* erano stati oramai attratti, affiancandoli al *do lego*, anche le *damnationes mortis causa* e la *praeceptio*. Si coglie così, in una concreta dimensione storica, la forza del *legare*, tanto da poter addirittura sacrificare il modello negoziale *mortis causa* a titolo universale, quello dell'erede testamentario, che sostanzialmente sarebbe caduto in desuetudine se non fosse intervenuta una politica legislativa limitatrice, che, con tentativi più o meno riusciti, si orientò a circoscrivere l'autonomia di *legare* nei limiti di una quota dell'eredità, rendendo all'erede istituito nel testamento appetibile accettare l'eredità.

Gaio insiste molto sulla politica legislativa limitatrice⁷¹, nella quale sono individuabili soluzioni diverse di politica del diritto ed in ogni caso, se vere le ipotesi di datazione proposte in dottrina, sono una reazione abbastanza tarda (più di due secoli dopo le XII Tavole) alla forza di incidenza dei legati sulla salvaguardia degli interessi dell'erede designato.

La prima *lex* è la *Furia testamentaria* collocata temporalmente intorno al 200 a.C. che fissa un limite quantitativo oltre il quale non può riceversi a titolo di legato. La soluzione del limite di mille assi prevede alcune categorie di parenti del *de cuius* come esclusi dal divieto. L'uso del verbo *capere* – spesso valorizzato, a torto, per sostenere l'esistenza all'epoca del solo legato *per vindicationem* e al massimo *per praeceptionem* – esprime una nozione ampia, propria della prospettiva del ricevente (e non del dante causa), diretta a considerare tutto ciò che per legato entri nel suo patrimonio.

Gli effetti della legge sono precisati da Gaio stesso in altro luogo delle Istituzioni.

Gai. 4,23. Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniunctionem, sed puram, id est non pro iudicato, uelut lex Furia testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortisue causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; 24. Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent cum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere reo licebat. nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc uerbum PRO IUDICATO, sed nominata causa, ex qua agebat, ita dicebat: OB EAM REM EGO TIBI MANVM INICIO; cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa, ex qua agebant, ita inferebant: OB EAM REM EGO TIBI PRO IUDICATO MANVM INICIO nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae PRO IUDICATO uerbum inseri, cum in ipsa lege non sit; quod uidetur nulla ratione factum.

23. Ma altre leggi stabilirono per certi casi delle azioni basate sì sul potere di mettere la mano addosso, ma puro, cioè non come per giudicato: ad esempio la legge Furia testamentaria contro colui che a titolo di legati o per causa di morte avesse preso più di mille assi, mentre per quella legge non rientrava fra coloro che potevano eccezionalmente prendere di più... 24. In base a tali leggi, e altre simili, quando si agiva, era permesso al convenuto allontanar da sé la mano e agir per legge a propria difesa. L'attore, invero, non aggiungeva, nella azione di legge, le parole «come per giudicato», ma, indicata la causa per

⁷¹ Sulle leggi limitatrici, per un primo quadro, si vd. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971², 756-757.

cui agiva, così diceva «in rapporto a ciò io ti metto la mano addosso»; laddove coloro ai quali l'azione era data come per giudicato, indicata la causa per cui agivano, così si esprimevano: «in rapporto a ciò io ti metto la mano addosso come per giudicato». Non mi sfugge che, nella formula legata alla legge Furia testamentaria, si inserisce la terminologia «come per giudicato», mentre nella legge non c'è: ma la cosa sembra verificarsi senza ragione alcuna. (Trad. Nardi)

Quanto ricorda Gaio è coerente con la percezione di inderogabile principio consuetudinario rappresentato dall'*uti legassit* ed espresso per iscritto nelle XII Tavole, inderogabilità che impone il necessario intervento di una legge pubblica per limitarne gli effetti, con una particolare ponderazione della realtà giuridica del legato disposto nel testamento. Conseguenza da ciò che il superamento del limite legale dei mille assi non è come tale considerato fattore invalidante né del testamento in quanto tale, né della singola disposizione relativa al legato. Nella prospettiva dei giuristi romani tale incidenza prudente della *lex* nel *ius civile* verrà descritta con la bella immagine della *lex minus quam perfecta*, in quanto la legge *factum non rescindit, sed poenam iniungit* (*Tit. ex corp. Ulp. I.2*)⁷². Il *legatum contra legem Furiam* è quindi considerato perfettamente valido ed efficace, attribuendosi però all'erede una *manus iniectio* diretta contro il legatario che si presuma abbia ricevuto più del limite legale. Da questo punto di vista, che il legatario soggetto alla *manus iniectio* dell'erede sia suscettibile di *manum sibi depellere*, si dimostra perfettamente acconcio alle esigenze concrete e dei limiti della tutela, mentre il fossile della clausola *pro iudicato* che non avrebbe dovuto esservi forse ne alza la datazione al III sec.a.C.

La scelta di concentrarsi sull'arricchimento dell'onorato, se da un lato poteva evidenziare un adeguato limite in chiave attributiva, non lo era in chiave distributiva, qualora il *de cuius* optasse per una assegnazione a più persone attraverso legati nel limite dei mille assi del suo patrimonio ereditario.

Di qui la maturazione di una seconda soluzione, la quale evidenziava meglio l'interesse tutelato, quello cioè dell'erede. Ciò avvenne con la *lex Voconia* del 169 a.C.⁷³

Gai. 2, 226. Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortis causa capere liceret, quam heredes caperent. ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere uidebantur; sed tamen fere uitium simile nascebatur. nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

Perciò fu emanata la legge Voconia [169 a.C.], con cui fu disposto che non fosse consentito ad alcuno prendere a titolo di legato o a causa di morte più di quel che prendessero gli eredi. In base a questa legge, certo, gli eredi risultavano avere almeno qualche cosa; ma ne nasceva tuttavia un inconveniente pressappoco simile: infatti, distribuendo il patrimonio fra molti legatari, il testatore poteva lasciare all'erede un minimo tale, che non gli convenisse, per il profitto relativo, sostenere gli oneri di tutta la eredità. (Trad. Nardi)

⁷² Tituli ex corpore Ulpiani, I, 2: *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit; qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortis causa prohibet capere praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit.*

⁷³ Sulla legge si vd. A. McCLINTOCK, *La ricchezza femminile e la lex Voconia*, Napoli, 2022, 27-56.

Con essa viene fissato un principio di eguaglianza tra quanto può avere il legatario e quanto deve spettare all'erede. In questo caso emerge con maggiore chiarezza che il conflitto tra legati ed eredità non può che trovare una soluzione adeguata che non sia quella dell'annientamento di uno dei due istituti, ma quella della medietà, espressa nel criterio della partità di quota tra erede e legatario. Anche la *lex Voconia*, però, non evita che il *de cuius* distribuisca tutta l'eredità con i legati conservando una quota minima all'erede (purché quest'ultima non sia inferiore a nessuna quota lasciata ai legatari).

Sarà soltanto con la *lex Falcidia* del 40 a.C. che il conflitto troverà definitiva soluzione⁷⁴.

Gai. 2, 227. Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem: itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc iure utimur.

Fu emanata infine la legge Falcidia [40 a.C.], con cui fu disposto che non gli sia lecito legare più dei tre quarti. È necessario, quindi, che l'erede abbia la quarta parte dell'eredità. E questo è il criterio che ora seguiamo. (Trad. Nardi)

Proprio la fissazione di un limite inderogabile di un quarto spettante sempre e comunque all'erede (la cd. *quarta Falcidia*) definisce una volta per sempre l'interesse non negoziabile dell'erede testamentario a ricevere una quota del patrimonio ereditario. Anche l'effetto dell'eventuale superamento del limite è espressione di un grande salto di qualità nella soluzione del problema, in quanto l'erede onorerà ai legati salvaguardando *ipso iure* la propria quota di $\frac{1}{4}$:

D. 35,2,1 pr.-1 Paulus *libro singulari ad legem Falcidiam*

Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: «QUI CIVES ROMANI SUNT, QUI EORUM POST HANC LEGEM ROGATAM TESTAMENTUM FACERE VOLET, UT EAM PECUNIAM EASQUE RES QUIBUSQUE DARE LEGARE VOLET, IUS POTESTASQUE ESTO, UT HAC LEGE SEQUENTI LICEBIT». secundo capite modum legatorum constituit his verbis: «QUICUMQUE CIVIS ROMANUS POST HANC LEGEM ROGATAM TESTAMENTUM FACIET, IS QUANTAM CUIQUE CIVI ROMANO PECUNIAM IURE PUBLICO DARE LEGARE VOLET, IUS POTESTASQUE ESTO, DUM ITA DETUR LEGATUM, NE MINUS QUAM PARTEM QUARTAM HEREDITATIS EO TESTAMENTO HEREDES CAPIANT, EIS, QUIBUS QUID ITA DATUM LEGATUMVE ERIT, EAM PECUNIAM SINE FRAUDE SUA CAPERE LICETO ISQUE HERES, QUI EAM PECUNIAM DARE IUSSUS DAMNATUS ERIT, EAM PECUNIAM DEBETO DARE, QUAM DAMNATUS EST». 1. Lex Falcidia etiam ad eos, qui apud hostes moriuntur, propter legem Corneliam pertinere videtur, quod ea lex perinde eorum testamenta confirmat, atque si in civitate decessissent: propter quam fictionem lex Falcidia et omnes testamentariae pertinent, quae tamen possint locum habere.

Fu portata all'approvazione dei comizi la legge Falcidia, che, nel primo capo, diede libera facoltà di legare fino a tre quarti <dell'eredità> con queste parole: «TRA QUELLI CHE SONO CITTADINI ROMANI, COLUI CHE, DOPO CHE QUESTA LEGGE FU APPROVATA, VORRÀ

⁷⁴ Sulla *lex Falcidia* si vd. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia de legatis*, Napoli, 1948; A. WÄCKE, *Die Rechtswirkungen der lex Falcidia*, in *Studien im römischen Recht, Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, a cura di D. MEDICUS e H.H. SEILER, Berlin, 1973, 209-251; P. STEIN, *Lex Falcidia*, in *Roman Statutes II*, a cura di M. CRAWFORD, London, 1996, 779-780. Sui criteri di calcolo della quarta Falcidia nella giurisprudenza classica si vd. V. MANNINO, *Il calcolo della "quarta hereditatis" e la volontà del testatore*, Napoli, 1989.

FARE TESTAMENTO SUL SUO DENARO E SULLE SUE COSE, ABBA DIRITTO E POTESTÀ DI DARE LEGARE QUEL DENARO E QUELLE COSE A CHIUNQUE COME VORRÀ, , SECONDO QUANTO SARÀ LECITO IN BASE ALLA SEGUENTE LEGGE». Nel secondo capo stabilì la misura <massima> dei legati con queste parole: «QUALUNQUE CITTADINO ROMANO FARÀ TESTAMENTO DOPO CHE QUESTA LEGGE FU APPROVATA, ABBA DIRITTO E POTESTÀ DI DARE LEGARE, IN BASE AL DIRITTO PUBBLICO, QUANTO DENARO EGLI VORRÀ A QUALUNQUE CITTADINO ROMANO, PURCHÉ IL LEGATO SIA DATO COSÌ CHE, CON QUEL TESTAMENTO, GLI EREDI NON PRENDANO MENO DELLA QUARTA PARTE DELL'EREDITÀ, E PERTANTO, A COLORO AI QUALI QUALCOSA COSÌ SARÀ DATA E LEGATA SIA LECITO SENZA FRODE DA PARTE LORO PRENDERE QUEL DENARO, E QUELL'EREDE CHE SIA STATO GRAVATO DA UN LEGATO CON L'OBBLIGO DI DARE QUEL DENARO, DEBBA DARE QUEL DENARO PER IL QUALE È OBBLIGATO». 1. A motivo della legge Cornelia, la legge Falcidia si considera riguardare anche quelli che muoiono presso i nemici, in quanto quella legge conferma i loro testamenti allo stesso modo che se fossero deceduti come cittadini, finzione in virtù della quale la legge Falcidia e tutte le leggi testamentarie, che tuttavia possano aver luogo, riguardano pure costoro. (Trad. Schipani)

Oramai il regime giuridico è centrato nella salvaguardia inderogabile di una quota dell'eredità per l'erede, evidenziando il declino dell'idea giuridico-religiosa dell'erede come garante della continuità giuridico-religiosa della *familia*, e l'emersione della concezione patrimonialistica dell'eredità, concezione che invece era in origine più consona all'ambito dei soli legati. Il *de cuius* col testamento ha facoltà di disporre a titolo di legato di $\frac{3}{4}$ del patrimonio ereditario, purché lasci intoccata la quota di $\frac{1}{4}$ all'erede. La lotta tra eredità e legati non si chiude in termini di parità, ma evidenziandosi come la spinta straordinaria dei legati conservi in ogni caso una sua forza debordante.

Torniamo un attimo al significato di quello che poi i giuristi tardorepubblicani qualificarono come *genera legatorum*.

Un fossile terminologico della originaria attrazione nel *legare* delle diverse disposizioni *mortis causa* a titolo particolare (anche se non espresse ricorrendovi nei *verba* pronunciati al verbo *legare*) potrebbe vedersi nella definizione ampia del *legare* quali *legis modo, id est imperative* dei *Tituli ex corpore Ulpiani*.

Ulp. 24.1

Legatum est, quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur.

Il legato è quanto in modalità di legge, cioè imperativamente, sia lasciato per testamento.

A rigore, dalla definizione ricordata nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, proprio il legato *per vindicationem*, nel suo tenore originario, ne sarebbe escluso, in quanto le parole solenni pronunciate dal *de cuius* 'do lego' non erano in modo imperativo. Tutte le altre forme, invece, erano espresse in forma imperativa, così come per le formulazioni che, successivamente al *do lego*, vengono considerate come egualmente adeguate alla realizzazione di un *legatum per vindicationem*. Le forme recenziori «*Titius* (v.g. *rem/hominem*) *capito, sumito, sibi habeto*» sono, infatti, costruite al modo imperativo, dimostrando che tali forme avevano assunto il ruolo di caratterizzare il *legare*, indipendentemente dalla ricorrenza del verbo tipico. La loro elaborazione nella prassi cautelare dell'*interpretatio pontificum* presuppone l'attrazione nel *legare* di tutte le forme più antiche di disposizione *mortis causa* diretta espressione della potestà del *pater* sull'erede in chiave di coman-

do (*damnas esto, praecipito*). Nell'*uti legassit* quale precetto consuetudinario del *ius predecemvirale* i pontefici riconoscono una *vis attractiva*, orientandosi così l'*interpretatio* verso la costruzione di una forma omogenea con effetti diversi (quella appunto in imperativo), il che è prova della sua sovrapposizione sul *do lego* e non il contrario. La stessa denominazione distintiva, che soltanto nel legato *do lego* non si consolida nella tradizione successiva sui *verba solemnia* della disposizione *mortis causa*, ma sui suoi effetti (*legatum per vindicationem*), evidenzia come esso sia l'unico legato che esprima una diversa prospettiva, non quella dei *verba* della disposizione, ma quella dell'*agere* dell'onorato dal lascito.

La stessa enucleazione della rappresentazione dei legati in una griglia di tipicità che resta ancorata ai regimi giuridici che dalle diverse formule verbali prendono forma (la *vindicatio* per il legato *do lego*, la *manus iniectio* per i legati al *damnas esto*, l'*adiudicatio* per il legato al *praecipito*) e non dalle formule verbali stesse, mentre la loro denominazione nella maggior parte dei casi è condizionata da quelle formule, è ulteriore indizio dei diversi contesti storici nei quali i due momenti, quello qualificativo e quello costruttivo, maturano.

Sarà l'*interpretatio prudentium*, dalla laicizzazione della giurisprudenza romana, a lavorare sul sistema della quadripartizione dei *genera legatorum*, orientandosi dapprima ad una sua semplificazione in un modello divisorio duale (in prospettiva moderna, potremmo dire legati ad effetti reali ed effetti obbligatori) e poi, una volta emanato il senatoconsulto Neroniano del I secolo d.C., diretto a superare i limiti inderogabili dell'efficacia reale, convertendo il legato ad effetti reali invalido in legato ad effetti obbligatori, costruendo le basi per una nozione unitaria di *legatum*. La diversa definizione di *legatum* quale *donatio a defuncto relicta* del giurista Modestino (l. *tertio pand.* D. 31,36), ripresa in I. 2,20,1-2⁷⁵, come anche la terminologia che emerge nella costituzione giustiniana ora in C. 6,37,26, ne sono la riprova. La concezione unitaria che si sovrappone al sistema tipico dei *genera legatorum*, conseguente alle dinamiche interpretative innestate dal senatoconsulto Neroniano, e definitivamente sopite con le riforme giustiniane, continuerà ad alimentare il fondamentale dualismo tra eredità e legato fino ai codici civili attuali.

7. Il rinnovato 'conflitto' tra eredità e legato nei diritti odierni

Il superamento in molti dei diritti odierni del principio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, con la previsione di una possibile delazione mista (in parte testamentaria e in parte legittima)⁷⁶, ed al di là della concezione del-

⁷⁵ I. 2,20,1-2: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta. Sed olim quidem erant legatorum genera quattuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem: et certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur [...].* Il legato è, per così dire, una donazione lasciata dal defunto. Un tempo c'erano quattro generi dei legati: per rivendica, per imposizione d'obbligo, con prescrizione di permettere, per prelievo; e a ciascun genere di legati erano assegnate alcune determinate parole, che servivano ad indicarlo. (Trad. Nardi).

⁷⁶ Si vd. ad es. art. 457 Cod. civ. it. 1942 (Delazione dell'eredità). L'eredità si devolve per legge o per testamento. Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria. Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari.

la necessaria unicità della delazione, è il sintomo della riespansione dell'uso dei legati da parte del *de cuius* quale strumento fortemente dinamico di attribuzione patrimoniale dell'eredità.

Lo stesso superamento del testamento quale atto tipizzatosi sulla istituzione d'erede va nella stessa direzione del conflitto tra eredità e legato, potendosi, in ossequio alla espansione del dogma della volontà⁷⁷ e alla deformalizzazione dell'atto testamentario, considerare valido anche soltanto un *Legatentestament*.

La facoltà del *de cuius* di imporre il rispetto dei legati anche all'erede legittimo, infatti, determina un riallineamento della conflittualità tra eredità e legati su binari nuovi, di nuovo per così dire a favore dei secondi, nei quali i meccanismi tradizionali di salvaguardia di una quota inderogabilmente riservata agli eredi non sono sempre facilmente utilizzabili o in ogni caso efficaci. Restano i meccanismi restitutori a favore dei legittimari, che spesso però trovano nella acquiescenza degli stessi eredi necessari alle ultime volontà del *de cuius*, pur queste lesive dei loro interessi, un possibile fattore di forte indebolimento della tutela inderogabile.

Di tale riespansione del *legare* sono espressione, altresì, i numerosi tipi nuovi di legato, oltre a quelli previsti nel codice civile, quelli cd. atipici, connessi all'esercizio della autonomia testamentaria del *de cuius*⁷⁸.

Potrebbero venire di nuovo tempi per ponderare in chiave di politica legislativa una *coangustatio* della *latissima potestas* dell'*uti legassit*.

⁷⁷ Vd. al riguardo R. MARINI, *Principio romano della revocabilità testamentaria e nuovo Codice civile della R.P.C.*, in questa rivista, 42/2021, in particolare §§ 3 e 4.

⁷⁸ Si vd. al riguardo l'importante studio, per il diritto italiano, di G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990 [rist. Napoli, 2018].

La Rivista *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina* è promossa dal Centro di Studi Giuridici Latinoamericani della Università di Roma 'Tor Vergata' / ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche, in collaborazione con l'Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma, l'Istituto Italo-Latino Americano (IILA) e l'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA).

La Rivista propugna lo studio e la diffusione del diritto romano (*ars boni et aequi*) costituito *hominum causa*, come strumento di pace tra i popoli. Essa si dedica in particolare ai temi dell'unità e dell'unificazione del diritto, e del diritto dell'integrazione, in Eurasia e in America Latina.

Si considera innanzitutto il periodo di 'inizio' (*principium*) del sistema giuridico romanistico, dalla fondazione di Roma alla compilazione del Digesto (*templum iustitiae* secondo Giustiniano) in 'Costantinopoli nuova Roma', e, sottolineandone il carattere già originariamente eurasiatico, se ne seguono gli sviluppi dovuti alla teoria 'Mosca terza Roma'.

Nello studio del sistema (e dei singoli ordinamenti statali che con esso si confrontano) viene dato risalto all'America Latina, in quanto Europa e America Latina «formano una sola area spirituale, culturale, giuridica ed anche in certo modo sociale, economica e politica che la scienza giuridica romana saldamente cementa ed unifica. *Unitas et pax orbis ex iure*» (G. La Pira). Il diritto romano dà al sottosistema giuridico latinoamericano il fondamento della sua unità, della sua identità (e resistenza) e del suo universalismo.

L'origine eurasiatica, e quindi mediterranea, del diritto romano rafforza l'esigenza del confronto con le grandi realtà geopolitiche continentali (in primo luogo la Repubblica Popolare Cinese), intercontinentali (il BRICS) e con gli altri grandi sistemi giuridici (in primo luogo il diritto musulmano).

Hanno collaborato a questo numero della rivista:

CESARE ALZATI
LUISA AVITABILE
FELIPE BRAGA
LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI
RICCARDO CARDILLI
ALESSANDRO CASSARINO
PIERANGELO CATALANO
ALICE CHERCHI
ANDREA DI PORTO
FANG XIAO
FEI ANLING
PAOLO FERRETTI
GIULIO FIRPO
JEAN-FRANÇOIS GERKENS
MANUEL GRASSO
HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ†
NATALINO IRTI

FABIO MARCELLI
ROBERTA MARINI
CÉLINE MATHIEU
RENATO PERANI
VALERIO PESCATORE
JOSÉ MIGUEL PIQUÉ MARI
STEFANO PORCELLI
GIULIA RABAIOLI
LAVINIA ROSA
MARCO ROSSETTI
GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA
ANTONIO SACCOCCIO
CATALINA SALGADO RAMÍREZ
SANDRO SCHIPANI
EMILIO SPÓSITO CONTRERAS
FRANCO VALLOCCHIA
XU GUODONG

