



Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<https://www.forhistiur.de>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Stephan Dusil M.A., LMS (Tübingen)

Prof. Dr. Elisabetta Fiocchi Malaspina (Zürich)

Prof. Dr. Martin Schermaier (Bonn)

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)

Prof. Dr. Andreas Thier M.A. (Zürich)

Artikel vom 26. 05. 2020

© 2020 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag

<https://forhistiur.de/2020-05-felici/>

ISSN 1860-5605

Maurilio Felici*

Spunti di ricerca sull'*interpretatio* dei giuristi e il destino del *legatum penoris*

1. Premessa.

La volontà di lasciare traccia di sé all'indomani della propria dipartita può considerarsi aspirazione abbastanza tipica della condizione umana, che molte civiltà hanno saputo declinare secondo le modalità più adeguate ai tempi nei quali hanno avuto la sorte di svilupparsi¹. L'esperienza giuridica romana, in proposito, ha conosciuto, nelle fasi più risalenti (e documentate in modo scarno), momenti nei quali la stretta compenetrazione tra *ius* e *fas* si riverberava intensamente sul contenuto degli atti di trasmissione *mortis causa*². In particolare, sotto questo profilo e all'interno di ben note ricostruzioni dottrinali, l'essenzialità della perpetuazione dei *sacra privata* o il carattere sovrano del *pater* nella scelta dell'*heres*, costituiscono elementi che, oltre ad a ben proiettare l'organismo familiare, con tutte le sue peculiarità³, nella comunità romana delle origini, riferiscono con certezza di una

1

* Lumsa Palermo.

¹ Sull'uomo antico di fronte all'evento morte sia qui sufficiente rinviare all'analisi di E. D E M ARTINO, *Morte e pianto rituale. Dal lamento funebre antico al pianto di Maria*, Torino, 1975, p. 307 ss.; in seno alla società romana, peraltro, la preponderanza della devoluzione testamentaria è una circostanza condivisa dalla massima parte della dottrina e ben riassunta da M. HUMBERT, *Solidarité familiale et liberté de tester*, in 'Homo', 'caput', 'persona'. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. CORBINO - M. HUMBERT - G. NEGRI, Pavia, 2010, p. 864 s.

² In proposito, essenziali indicazioni in P. B ONFANTE, *Il concetto dogmatico dell'eredità nel diritto romano e nel diritto moderno*, in *BIDR*, 7, 1894, p. 151 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici vari*, I, *Famiglia e successione*, a cura di G. CRIFÒ - A. MANCINELLI, Roma, 2007, pp. 157-186); V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1934, p. 7 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *La fonction du très ancien testament romain*, in *NRHD*, 45, 1921, pp. 634-669; R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto tra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 46, 1939, pp. 194-273; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, p. 92 ss.; P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, I², Milano, 1967, part. p. 43 ss., p. 347 ss.; P. B ONFANTE, *Corso di diritto romano*. 6. *Le successioni*, a cura di G. BONFANTE - G. CRIFÒ, Milano, 1974, p. 35 ss. In tema, P. GIUNTI, *Pietro Bonfante, teorico della famiglia arcaica*, in *I Bonfante. Una storia scientifica italiana*, a cura di I. PIRO - S. RANDAZZO, Milano, 2019, pp. 143-167, ha ultimamente potuto sottolineare il valore ancora relevantissimo del contributo bonfantiano per gli studi odierni.

³ Fondamentale, sul punto, l'analisi di P. B ONFANTE, *L'origine dell'hereditas' e dei legata' nel diritto successorio romano. A proposito della regola, Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, in *BIDR*, 4, 1891, pp. 97-143 (ora in ID., *Scritti giuridici vari*, I, cit., pp. 113-155). Per gli aspetti fondanti della successione legittima, G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 467-484 (cito dalla nuova ed. a cura di P. GIUNTI, Firenze, 2019). Sul magistero bettiano per la formazione di La Pira e sul debito specifico nei confronti delle teorie di P. Bonfante, E. Betti, come documentato da G. CRIFÒ, a cura di, *Il carteggio Betti-La Pira*, con un'introduzione di C. LANZA, Firenze, 2014, p. 433, ha offerto una forte testimonianza. Nella lettera CIV, indirizzata alla Signora Pia Bonfante, a pochi giorni dalla scomparsa del consorte, sosteneva infatti: «... forse nessuno "scolaro ufficiale" ha tanto bene inteso, fatto sue e sviluppato le idee del Maestro in tema di eredità, quanto un giovane che, avviato da me allo studio del diritto romano, attinse in quelle le direttive fondamentali per la ricostruzione degli istituti successori: Giorgio La Pira. Se scolaro significa seguace dell'indirizzo e assertore e continuatore delle dottrine scientifiche di un maestro, La Pira può a ben diritto considerarsi scolaro di Pietro Bonfante: e tale, infatti, venne considerato da Lui»; il punto è stato evidenziato da C. LANZA, *Introduzione*, in G. CRIFÒ, a cura di, *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., p. 40 s. Cfr., in tema, le indicazioni di R. BASILE, *Emilio Betti, Giorgio La Pira. In ordine a un rapporto epistolare*, in *SDHI*, 81, 2015, pp. 339-360; G. COPPOLA BISAZZA, *Profili di diritto successorio nel carteggio Betti - La Pira*, in *Omaggio a Giuliano Crifò. A proposito del Carteggio Betti-La Pira. Atti dell'incontro di Studio (Messina, 13 novembre 2015)*, a cura di L. DI PAOLA LO CASTRO, Firenze, 2016, pp. 65-77.

dimensione e di un rilievo della patrimonialità meno spiccati, rispetto ai negozi successorii delle età successive⁴.

L'avvento e, poi, la piena affermazione del negozio librato per le statuzioni di ultima volontà, prima nella forma della *familiae Mancipatio* ed in seguito del *testamentum per aes et libram*⁵, rappresentarono un fattore primario per il mutamento delle prospettive e degli atteggiamenti dei disponenti (senza che si perdesse però la forte connotazione religiosa⁶), che sicuramente veicolavano l'opportunità di un ruolo più cospicuo per la *voluntas* del *de cuius*, via via aduso a redigere *tabulae* poi sigillate, e ad una partecipazione all'atto solo *dicis gratia* del *familiae emptor*⁷. In siffatti contesti, la rilevanza dell'attività interpretativa della giurisprudenza, pontificale prima⁸ e quindi laica⁹, sia per le attribuzioni successorie *in universum ius*, sia *in singulas res*, fu, come noto, enorme, attraverso *responsa* predisposti nel vivo di situazioni processuali per la regolazione degli assetti dei privati coinvolti, che ad un certo momento cominciarono ad implicare scelte di tipo definitorio e classificatorio¹⁰. Le brevi riflessioni che seguiranno, facendo perno sulla rilevanza giurisprudenziale testé richiamata, saranno allora volte ad estrarre e segnalare qualche spunto investigativo a proposito di legati e fedecommessi, fino all'età della loro 'fusione' per opera di Giustiniano¹¹, con il conforto (ed il confronto) dei frutti dell'attuale dibattito.

2

⁴ Secondo le linee generali tracciate da B. ALBANESE, *Prospettive negoziali romane arcaiche*, in *Poteri 'negotia' 'actiones' nella esperienza romana arcaica. Atti del convegno internazionale di Copanello 12-15 maggio 1982*, Napoli, 1984, pp. 109-124 (ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, pp. 1621-1636).

⁵ F. TERRANOVA, *Sulla natura testamentaria della cosiddetta 'mancipatio familiae'*, in *AUPA*, 53, 2009, pp. 301-335; EAD., *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, 1. *Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, part. pp. 33-43, per l'inquadramento problematico del tema.

⁶ Sulla centralità della *fides*, nell'elaborazione degli strumenti negoziali nella Roma antica, E. B. ETTI, *Diritto romano I. Parte generale*, Roma 1935, p. 571; L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961, p. 105 ss.; sul ruolo svolto nell'ambito degli atti di ultima volontà, P. ARCES, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano, 2013, p. 216 ss. Sulle implicazioni di tipo religioso, come ricorda D. SABBATUCCI, *La religione di Roma antica. Dal calendario festivo all'ordine cosmico*, Roma 1999, p. 391, «la dea Fides operava nel segno di Giove garante dei patti».

⁷ Cfr. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum*, cit., p. 109 ss., sul valore dell'espressione richiamata.

⁸ In materia, con prospettive e precisazioni qui particolarmente rilevanti, L. LOMBARDI - V. ALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 68 ss.; G. NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milano, 1975, p. 135; A. C. ORBINO, *Il rituale della 'mancipatio' nella descrizione di Gaio ('Rem' tenens in Inst. 1,119 e 2,24)*, in *SDHI*, 42, 1976, p. 149 ss.; A. G. UARINO, *Ineptiae iuris Romani*, III, in *Atti dell'Accademia Pontiniana*, XXIV, 1985, p. 65 ss.; M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino, 1996; M. B. RETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, p. 40; ID., *'Ius controversum' nella giurisprudenza classica*, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, 23, Roma, 2008, p. 759 ss.; L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli, 2008, part. 138 ss.

⁹ Sul tema, M. G. ENOVESE, *'Mortis causa capitur'. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, 2011, part. p. 90 ss., p. 135 ss., ove bibliografia.

¹⁰ Secondo le indicazioni a suo tempo illustrate da M. BIANCHINI - G. CRIFÒ - F.M. D'IPPOLITO, *Prefazione*, in *Materiali per un Corpus iudiciorum*, Torino, 2002, pp. VIII-X, che indussero alla selezione di casi concreti discussi dai giuristi, e che in gran parte riguardò la materia ereditaria. Il quadro disciplinare cui si è fatto riferimento è ora opportunamente sintetizzato da A. SPINA, *Il diritto oltre la vita. Aspetti ideologico-religiosi del diritto successorio romano*, in *Religione e diritto romano. La coerenza del rito*, a cura di S. RANDAZZO, Tricase, 2014, pp. 373-447.

¹¹ In proposito, fondamentale l'analisi di G. GROSSO, *Sulla riforma di Giustiniano in materia di legati*, in *Studi in onore di E. Paoli*, Firenze, 1955, p. 359 ss. (= ID., *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato. Persone Obbligazioni Successioni*, Torino, 2001, 646 ss.); P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 235 ss.

2. Diritto privato e contesto socio-economico in mutamento.

I lasciti che, in modo generalizzante, potrebbero essere chiamati di ‘tipo alimentare’¹² hanno per tempo cominciato a costituire una caratteristica diffusa nella pratica testamentaria romana, segno del vincolo profondo della concezione domestica e comunitaria del tipo di famiglia che, pure, andava rinnovandosi nella media e tarda età repubblicana¹³. Nel suo ambito, infatti, si era via via imposto come momento fondativo il matrimonio cd. *sine manu*, per il cui tramite la *uxor*, che conservava i diritti successori della *familia* di origine, perdeva il diritto di succedere *ex lege* all’interno di quella nuova. L’affacciarsi dell’usufrutto, è tradizionalmente collegato a questa specifica circostanza¹⁴ e temporalmente praticato con frequenza già a metà del II sec.¹⁵, attraverso la comune attribuzione di legato¹⁶. G. Crifò, a questo proposito, e all’interno di un ragionamento più ampio sui sovvertimenti socio-economici fra III e II sec. a.C., ha affermato: «si potrà anche contestare l’opinione corrente, secondo la quale l’usufrutto sarebbe sorto proprio per sovvenire alle necessita della vedova non *conventa in manu*, assicurandole alimenti e mantenimento. Ma è certo, in ogni caso, che questa è la funzione totalmente assunta dal legato di usufrutto fatto alla vedova¹⁷». Diverso, chiaramente poi, sarebbe un discorso sulla ‘consistenza’ di questi tipi di lasciti se potessimo

3

¹² Un aspetto marginale di una nozione problematica ben nota e ben più ampia, su cui, già R. ORESTANO, *s.v. Alimenti (diritto romano)*, in *NNDI*, I.1, Torino, 1957, pp. 482-484; tra le linee di indagine più recenti, M.P. BACCARI, *s.v. Alimenti (Diritto romano)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, a cura di E. SGRECCIA - A. TARANTINO, I, Napoli, 2009, pp. 300-311; A. SACCOCCIO, *Victus e alimenta: storia di una evoluzione dogmatico-concettuale*, in *Roma e America*, 33, 2012, pp. 139-153; D. CENTOLA, *Alcune osservazioni sull’origine del diritto agli alimenti nell’ambito familiare*, in *TSDP*, 6, 2013, pp. 1-39 (estr.); *Dall’obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*, in *Roma e America*, 35, 2014, pp. 3-40; L. D’AMATI, *Parentes alere: imperatori, giuristi e declamatori*, in *QLSD*, 7, 2017, pp. 143-166; V. DI NISIO, *Alimenta et vestiarium legata*, in *Homenaje al profesor Armando Torrent*, Madrid, 2016, pp. 235-242; L. D’AMATI, *Ancora su parentes alere*, in *Roma e America*, 39, 2018, pp. 289-310.

¹³ Sulla concezione della famiglia di tale epoca, come risulta da G. CRIFÒ, a cura di, *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., pp. 118-119, già un giovane La Pira (tarda estate/inizio autunno 1925), affermava: «La familia romana ha funzione integrativa della capacità giuridica dei suoi membri: è un vero istituto di diritto pubblico in quanto essa determina quello *status familiae* che è elemento integrante della personalità giuridica. La Familia si esprime nell’istituto della patria potestas: questa e pertanto una funzione a cui è vocato il pater familias e nella quale succedono i successivi designati per legge o per testamento. [...] Ora a questo ius e a queste relazioni obiettive l’erede (testamentario o legittimo) è chiamato: il paterfamilias non esercita diritti suoi – in senso privatistico – esercita una funzione, e tutela un interesse che è posto obiettivamente: esercita, insomma, attività pubblicistica [...] nell’esercizio della funzione il pater ha tra l’altro il potere di investire nell’esercizio di tale funzione la persona (erede) da lui designata». Si tratta di un piccolo estratto della lettera XV del ‘carteggio’, dal quale è possibile verificare l’influenza del pensiero di P. Bonfante sulla formazione di La Pira (P. GIUNTI, *Il futuro del passato. Giorgio La Pira e il diritto romano*, in *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, a cura di EAD., I, Firenze, 2019, p. XXXIX: cfr. *supra*, n. 3). *Adde* G. LOBRANO, “*Uxor quodammodo domina*”. *Riflessioni su Paul. D. 25.2.1*, Sassari, 1989, p. 5 ss.; per sviluppi recenti legati all’interpretazione complessiva di G. La Pira sul tema, P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in *Diritto@Storia*, 5, 2006, 1-15 (estr.); M.P. BACCARI, *Successioni e persone concepite (da Gaio a Giorgio La Pira)*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, 2008, pp. 125-143; P. FERRETTI, *Giorgio La Pira, la famiglia e il diritto romano*, in *Liber Amicorum per S. Tafaro. L’uomo, la persona e il diritto*, II, Bari, 2019, pp. 283-294.

¹⁴ M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, in *AUPA*, 28, 1961, p. 19 s.

¹⁵ M. BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto. I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, p. 20 ss.

¹⁶ In proposito, sono ancora fondamentali le ricerche di G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, p. 15 ss. (e ovviamente ID., *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino, 1962, p. 363 ss.) In sintesi, G. PUGLIESE, *Usufrutto (dir. rom.)*, in *NNDI*, XX, 1975, p. 316; N. SCAPINI, *Usufrutto (dir. rom.)*, in *ED*, Milano, 1992, XLV, p. 1008.

¹⁷ G. C. RIFÒ, *Funzione alimentare dell’usufrutto e problemi connessi in diritto romano*, in *Annali Perugia*, 1 (*Studi in onore di D. Pettiti*, I), Milano, 1973, p. 457.

avere certezza dell'estensione media dei *praedia* concessi per legato al regime dell'*uti frui* e in quanto il ricordo, affidato alla tradizione sui fondi normalmente ricompresi tra i due e i sette iugeri, sia stato autorevolmente considerato solo «un luogo comune» sul quale non fare eccessivo assegnamento¹⁸.

Peraltro, che una parte assai rilevante della storia dell'economia romana di quel periodo poggi le sue basi documentarie, ed in effetti si lasci indagare, grazie ai tre notissimi 'manuali di scienza agraria' composti tra gli ultimi due secoli della repubblica ed il primo del principato è un fatto che trova già il suo riscontro in tentativi piuttosto lontani del tempo¹⁹. Le opere specifiche di Catone, di Varrone e di Columella, con tutte le loro peculiarità²⁰, offrono al lettore l'immagine della graduale ma decisa trasformazione del modello di scala della *villa*²¹. In proposito può essere interessante ricordare quanto a suo tempo notato da C. Nicolet sul diverso 'tipo antropologico' di *civis* che esse sottendano ed abbiano, nella realtà storica, incarnato²².

Secondo gli ideali repubblicani, come è noto, la ricchezza accumulata con il commercio non era ben vista e agli occhi dell'opinione pubblica riceveva sicuramente una valutazione negativa²³. Esisteva cioè un pensiero dominante in base al quale tutte le occupazioni che mirassero al puro lucro fossero di per sé disdicevoli. Di conseguenza era radicata nella società una vera e conformistica esaltazione della proprietà fondiaria e dell'attività agricola come propria del cittadino romano, ben riassunta nell'esordio del *liber de agri cultura* catoniano²⁴.

¹⁸ C. NICOLET, *Strutture dell'Italia romana (Sec. III-I a.C.)*², Milano, 2014, pp. 35-36, ove indicazioni in merito all'autosufficienza derivante dalla coltivazione di un podere medio e le necessità delle importazioni cerealicole occorse in Roma.

¹⁹ Basti pensare all'opera di A. DUREAU DE LA MALLE, *Économie politique des Romains*, II voll., Paris, 1840; di recente L. MAGANZANI, *Economia e diritto romano (XIX-XXI sec.)*. *Storie varie di convergenze parallele*, in *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, a cura di E. LO CASCIO - D. MANTOVANI, Pavia 2018, pp. 23-171, dedicando le sue ricerche ad un tema collegato, ha, tra gli altri, il merito di aver attirato l'attenzione della dottrina romanistica sul lavoro, più utile per i profili scandagliati e le prospettive di partenza, di G. TYDEMAN, *Disquisitio juridico-politica de oeconomiae politicae notionibus in corpore juris civilis justiniano*, Leyden, 1838.

²⁰ Su cui, in generale, E. LO CASCIO, *La proprietà della terra, i percettori dei prodotti e della rendita*, in *Storia dell'agricoltura italiana. I. 2. Italia romana*, a cura di G. FORNI - A. MARCONI, pp. 259-314.

²¹ Il riferimento è, chiaramente, allo specchio rappresentato dal *De agri cultura* di Catone, ai varroniani *Rerum rusticarum libri*, e al *De re rustica* di Columella; per una prospettiva sistematica dei temi suggeriti, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni e contadini nell'Italia repubblicana*, Roma, 2012, pp. 139-165.

²² C. NICOLET, *Il pensiero economico dei Romani*, in *Storia delle idee politiche, economiche, sociali*, I. *L'Antichità classica*, a cura di L. FIRPO, Torino, 1982, pp. 877-960.

²³ È cioè il mito del *rentier* ad esser ben saldo, ed eventualmente in competizione con la mentalità nuova dell'«imprenditore agricolo» di columelliana memoria. Un mito intorno al quale ruota, ed anzi è presunta come ferma, una precisa gerarchia sociale: la ricerca della crescita dei *patrimonia privata* auspicata da Cicerone nel *de officiis* è stabilmente legata, in prima battuta, alla *parsimonia* (Cic., *Off.*, 2.24.87).

²⁴ Cato, *agr. Praef.* 1. *Est interdum praestare mercaturis rem quaerere, nisi tam periculosum sit et item fenerari, si tam honestum sit. Maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, feneratorum quadrupli; quanto peiorem civem existimarent fenatorem quam furem, hinc licet existimare.* 2. *Et virum bonum quom laudabant, ita laudabant: bonum agricolam bonumque colonum; amplissime laudari existimabatur qui ita laudabatur.* 3. *Mercatorem autem strenuum studiosumque rei quaerendae existimo, verum, ut supra dixi, periculosum et calamitosum.* 4. *At ex agricolis et viri fortissimi et milites strenuissimi gignuntur, maximeque pius quaestus stabilissimusque consequitur minimeque invidiosus, minimeque male cogitantes sunt qui in eo studio occupati sunt.* Sul tema in generale, E. VILLA, *Attualità e tradizione nell'ideale politico e sociale di vir bonus in Catone*, in *RSC*, 1, 1952-1953, pp. 96-115; E. LO CASCIO, *Crescita e declino. Studi di storia dell'economia romana*, Roma, 2009, pp. 29-31, e G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana (a proposito di Cato, or. frg. 186 Sblend. = 206 Malc.)*, in *AUPA*, 54, 2011-2011, pp. 78-81, ove ampia discussione e riscontri bibliografici.

La famiglia, del resto, cellula base della società, risentiva, a livello strutturale, del suo marcato carattere patriarcale²⁵, dettato, con tutta verisimiglianza, dalla diretta dipendenza della comunità del tempo dall'asse portante dell'economia dell'alta antichità: il settore primario²⁶. La stretta correlazione dell'organizzazione agnaticia – se non anche l'identificazione stessa – con le tipiche unità rurali di sfruttamento della terra costituirà sempre, anche quando, già nell'ultima parte dell'età preclassica, il tessuto familiare non era più costituito dalla tipologia delle origini, come uno specchio nel quale si rifletteva e si confrontava l'immagine ideale della *familia romana*²⁷.

Il diritto privato dell'età repubblicana, ovviamente, segue dappresso tale parabola in ogni suo specifico campo²⁸, inserito nel pieno delle tormentate vicende politiche che subito – e non casualmente – tennero dietro alla definitiva affermazione di Roma sul Mediterraneo²⁹. Il consolidamento delle forme testamentarie, il tramonto della *familia communi iure*, il distacco della *conventio in manum* dalla prassi matrimoniale, la stabilizzazione degli istituti connessi alla titolarità e alla disponibilità dei beni, l'affinamento degli *iura praediorum*, una classificazione degli strumenti negoziali dovettero costituire, nell'attività di 'fondazione del diritto civile' che fu della celebre triade³⁰, l'oggetto (e il banco di prova) dell'*interpretatio* giuridica infine maturata nell'opera di Quinto Mucio che, per primo, nei suoi XVIII *libri iuris civilis*, diede assetto al diritto, sistemandolo per generi³¹.

3. Il legatum penoris nell'interpretazione della giurisprudenza.

Il legato obbligatorio di scorta alimentare (o di vettovaglie³²) fu una delle caratteristiche forme di lascito testamentario in uso tra i Romani³³. Le 'polemiche' sorte intorno al contenuto concreto

²⁵ Sul tema, in generale, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La famiglia romana, la sua storia e la sua storiografia*, in *MEFRA*, 121, 2010, pp. 147-174,

²⁶ F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1. *Dal la società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, 2006, *passim* e part. pp. 171-220.

²⁷ La classe dirigente romana, presso la quale albergano e si concretano questi modelli, è però parimenti pronta ad accettare nel suo seno le posizioni di coloro che convertano in rendita immobiliare il capitale guadagnato con i commerci. Si capisce allora che l'eccezione alla regola non è da poco. È, per così dire, il "commercio minuto" ad essere disprezzabile, quello fine a se stesso e che non ha le possibilità di tradursi in ciò che è socialmente condivisibile: l'acquisto di estesi fondi agricoli da mettere a frutto. In pratica, per questa via il "grande commercio" è, per così dire, fatto salvo dalla censura morale della comunità, si nobilita e nobilita chi ne tragga profitto. Per le trasformazioni di tale concezione nel tempo, in particolare per il passaggio della società romana all'«economia a schiavi», F. DE MARTINO, *L'economia*, in *Princeps Urbium. Cultura e vita sociale dell'Italia romana*, Milano, 1991, pp. 270-301; A. MANTELLO, *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza*, in *SDHI*, 74, 2008, pp. 3-79; per connesse peculiarità in materia di *ius gentium*, R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino, 2012, p. 15 ss.; G. GILIBERTI, *L'ius gentium romano come ordinamento transnazionale*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2, 2015, pp. 1-14.

²⁸ SERRAO, *Diritto privato economia e società*, cit., pp. 141-152.

²⁹ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², Torino, 2017, pp. 79-83.

³⁰ Mi riferisco chiaramente a Publio Mucio, Bruto e Manilio, nella celeberrima caratterizzazione dell'*encheiridion* pomponiano (D.1.2.2.39): sul punto, in generale, M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, pp. 255-273; cui ora *adde* O. DILIBERTO, *La «gerarchia» tra quanti «fundaverunt ius civile»*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, a cura di L. GAGLIARDI, Milano, 2018, pp. 159-169.

³¹ D. MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les oeuvres des juristes comme littérature*, Paris, 2018, p. 282.

³² Con la classica apposizione della clausola penale; caratteristica e di un certo rilievo appare la descrizione in alcuni manuali ottocenteschi: cfr. ad es., L.S. BERTELOTTI, *Istituzioni di diritto civile universale*, II, Torino, 1815, p. 28; G. FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, Napoli, 1882, p. 716.

o potenziale della *penus* interessarono già i giureconsulti più autorevoli dell'ultimo secolo della repubblica, senza, peraltro, arrestarsi lì. L'argomento era talmente sentito, malgrado ai nostri occhi possa sembrare di limitata importanza³⁴, che echi di tali controversie, filtrati da più generazioni appartenenti al ceto giurisprudenziale dell'età del principato, si possono rinvenire nelle opere di eruditi, grammatici o antiquari³⁵. La definizione circostanziata e stratificata di *penus* ha costituito anche un modo, per R.P. Saller³⁶, di rinviare al senso più vero della *familia* così come era ancora possibile concepire nella visione aristocratica del primo scorcio del I secolo a.C., un insieme di *personae*, *res* cementate dal saldo collante della *religio* e guidato dal *paterfamilias*³⁷. Che la *penus*³⁸, in origine uno spazio più interno dell'abitazione riservato alle provviste, fosse etimologicamente collegata ai Penati³⁹, le divinità tutelari della casa venerate nel medesimo ed intimo ambiente, era un fatto al quale gli antichi credevano fermamente (seppur con sfumature diverse in relazione a problemi di carattere filologico⁴⁰, come suggeriscono ancora le definizioni di Cicerone⁴¹ e di Festo⁴²), onde il forte coinvolgimento sacrale del concetto discusso in dottrina⁴³. Quanto all'aspetto

-
- 33 Rimane magistrale, in proposito, l'analisi di A. ORMANNI, *Penus legata. Contributo alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, Milano, 1962, pp. 579-736.
- 34 P. BIAVASCHI, *Penus est quod esculentum aut posculentum est*, in *Alessandria*, 2, 2007, pp. 177-189, ove ampia discussione della dottrina precedente; E. STOLFI, *Successioni a causa di morte e tradizione civilistica. Uno scenario pre-moderno*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, 6, 2018, p. 614.
- 35 Tipico, sotto questo profilo, è il caso del lemma 24 dell'*Expositio sermonum antiquorum* di Fabio Planciade Fulgenzio.
- 36 R.P. SALLER, *Patriarchy, property and death in the Roman family*, Cambridge, 1994, p. 82; cfr. ora Ch. LEHNE-GSTREINTHALER, *Iurisperiti et oratores. Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik*, Köln, 2019, p. 73.
- 37 Per i mutamenti in età preclassica, SERRAO, *Diritto privato economia e società*, cit., p. 141 ss.
- 38 La cui concettualizzazione ha lasciato traccia anche nei processi di esemplificazione (e di costruzione) di modelli di *res incorporales*, basati sulla funzione unificante del *nomen*: R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, 138 n. 47; sul valore di *penus* in Cic., *Top.*, 5.26, G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA*, 55, 2012, p. 13 s.
- 39 In Verg., *Aen.* 2.705-729 è simbolico il rapporto istituito tra *Patria-Penates-Pater* nella fuga di Enea. Sulla venerazione di tali divinità, in generale, A. DUBOURDIEULES, *Origines et le développement du culte des pénates à Rome*, Rome, 1989, pp. 13-29, per gli aspetti etimologici.
- 40 Sollevati, *in primis*, dal *nomen* stesso, con la sua ambiguità grammaticale, su cui si interrogava già Gell., *Noct. Att.* 4.1.3; *penus per omnia genera declinamus*, avrebbe infine sintetizzato in modo quanto mai emblematico Cledonio nella sua *Ars Grammatica* (Keil, V, 40.15). Sul punto, cfr., ORMANNI, *Penus legata*, cit., p. 583 ss.
- 41 Cic., *Nat. deor.* 2, 68: *Di Penates, sine a penu ducto nomine (est enim omne quo vescuntur homines penus), sive ab eo quod penitus insident; ex quo etiam penetrales a poetis vocantur.*
- 42 Fest., *Verb. sign.*, 298 (L.): *<Penns v>ocatur locus intimus in aede Vestae tegetibus saeptus, qui certis diebus circa Vestalia aperitur. i dies religiosi habentur.* Sul rapporto nominalistico e concettuale del *Penus Vestae* con lo spazio dedicato nelle case private al culto dei *Penates* e alla conservazione delle scorte alimentari, G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*⁵, Milano, 2017, p. 203 s., p. 273-287, p. 311-313, ove è anche discusso il parallelo tra le divinità protettrici della *domus* e i *Penates populi Romani* di Tac., *Ann.*, 15.41. Come infatti, partendo dalla definizione festina, sostiene SABBATUCCI, *La religione di Roma antica*, cit., p. 248 s. «Il *penus* era la parte più interna [locus intimus] del tempio di Vesta, separata con un tramezzo di giunchi [tegetibus]. Corrispondeva al penetrato degli altri templi, solo che questo particolare penetrato veniva chiamato col nome che nelle case private si dava alla dispensa. Può darsi che anche il *penus* del tempio di Vesta servisse da dispensa: vuoi per i pasti delle vestali, vuoi per il farro che, come si è visto, le vestali mietevano in maggio e conservavano per preparare la *mola salsa*. Ma il *penus* di una casa privata non conteneva soltanto viveri; vi si conservavano anche le immagini dei capistipite, che dal *penus* prendevano il nome di *penates*».
- 43 In breve, ma opportunamente, G. PIRONTI - M. PERFIGLI, *Politeismo*, in *Con i Romani. Un'antropologia della cultura antica*, a cura di M. BETTINI - W.M. SHORT, p. 64, per la quale: «non meno significativa è poi la regola della verosimiglianza, adottata per pensare il mondo divino a partire da quello terreno, senza tralasciare alcun

prettamente attinente al diritto privato, appare importante far riferimento ad una celebre vicenda (ora anche ricostruita nella nuova palingenesi dei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio⁴⁴):

Gell., Noct. Att. 4.1.17. *Nam Quintum Scaevolam ad demonstrandam penum his verbis usum audio: "Penus est" – inquit – "quod esculentum aut posculentum est, quod ipsius patrisfamilias <aut matris familias> aut liberum patrisfamilias <aut familiae> eius, quae circum eos aut liberos eius est et opus non facit, causa paratum est" <Sed improbasse haec Servium Sulpicium, qui: "At non omne", inquit, quod esus potusque causa paratum est,> ut Mucius ait, "penus" videri debet. Nam quae ad edendum bibendumque in dies singulos prandii aut cenae causa parantur, "penus" non sunt; sed ea potius, quae huiusce generis longae usionis gratia contrahuntur et reconduntur, ex eo, quod non in promptu est, sed intus et penitus habeatur, "penus" dicta est*.⁴⁵

Ulp. 22 ad Sab. D.33.9.3 pr. *Qui penum legat quid legato complectatur, videamus. Et Quintus Mucius scribit libro secundo iuris civilis penu legata contineri, quae esui potuique sunt. Idem Sabinus libris ad Vitellium scribit: quae harum, inquit, patris familiae uxoris liberorumve eius vel familiae, quae circa eos esse solet, item iumentorum, quae dominici usus causa parata sunt. 1. Sed Aristo notat etiam quae esui potuique non sunt contineri legato, ut puta ea, in quibus esse solemus, oleum forte, garum muriam mel ceteraque his similia. 2. Plane, inquit, si penus esculenta legetur, Labeo libro nono posteriorum scribit nihil eorum cedere, quia non haec esse, sed per ea solemus. Trebatius in melle contra scribit, merito, quia mel esse solemus. Sed Proculus omnia haec contineri recte scribit, nisi contraria mens testatoris appareat. 3. Esculenta, utrum ea quae esse, an et ea per quae esse solemus, legaverit? Et ea quoque legato contineri credendum, nisi contraria mens patris familiae doceatur. Mella certe semper esculentae penui cedere, lacertas quoque cum muria sua contineri nec Labeo negavit. 4. Poculenta penu ea, quae vini loco pater familias habuit, continebuntur, supra scripta vero non continebuntur. 5. Penori acetum quoque cedere nemo dubitat, nisi extinguendi ignis causa fuit paratum: tunc enim esui potuique non fuit: et ita Ofilius libro sexto decimo actionum scribit. 6. Sed quod diximus "usus sui gratia paratum" accipiendum erit et amicorum eius et clientium et universorum, quos circa se habet, non etiam eius familiae, quam neque circa se neque circa suos habet: puta si qui sunt in villis deputati. Quos Quintus Mucius sic definiebat, ut eorum cibaria contineri putet, qui opus non facerent: sed materiam praebuit Servio notandi, ut textorum et textricum cibaria diceret contineri: sed Mucius eos voluit significare, qui circa patrem familias sunt.*

dettaglio: ogni *familia* romana accoglieva nella parte più intima dell'abitazione, il *penus*, le divinità protettrici della casa, delle riserve alimentari e della continuità del gruppo familiare, i Penatib».

⁴⁴ J.-L. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, pp. 120-157: qui particolarmente rilevanti i fr. 24a, 24b, 24c, 25, pp. 130-131 (= LENEL, *Pal.*, Q. Mucius, 2, 3).

⁴⁵ La *lectio* corretta del testo è accolta in base a TH. MOMMSEN, *Ad capita duo Gelliana* (L. IV C. I. IV), in *Symbola Bethmanno Hollwegio oblata*, Berolini, 1868, pp. 83-99 (= *Gesammelte Schriften. Juristische Schriften*, II, Berlin 1905, pp. 76-89). Di qualche interesse, per la bassa considerazione che Favorino mostra di avere verso i giuristi, può essere il confronto con il seguito del passo: 18. *Haec ego, inquit 'cum philosophiae me dedissem, non insuper tamen habui discere; quoniam civibus Romanis Latine loquentibus rem non suo vocabulo demonstrare non minus turpe est, quam hominem non suo nomine appellare.'* 19. *Sic Favorinus sermones id genus communes a rebus parvis et frigidis abducebat ad ea, quae magis utile esset audire ac discere, non allata extrinsecus, non per ostentationem, sed indidem nata acceptaque.* 20. *Praeterea de penu adscribendum hoc etiam putavi Servium Sulpicium in reprehensio Scaevolae capitibus scripsisse Cato Aelio placuisse, non quae esui et potui forent, sed tibus quoque et cereis in penu esse, quod esset eius ferme rei causa comparatum.* 21. *Masurius autem Sabinus in iuris civilis secundo etiam, quod iumentorum causa apparatus esset, quibus dominici uteretur, penori attributum dicit.* 22. *Ligna quoque et virgas et carbones, quibus conficeretur penus, quibusdam ait videri esse in penu.* 23. *Ex his autem, quae promercalia et usaria isdem in locis essent, esse ea sola penoris putat, quae satis sint usu annuo.*

7. *Simili modo et iumentorum cibaria penui continentur, sed eorum iumentorum, quae usibus ipsius et amicorum deserviunt: ceterum si qua iumenta agris deserviebant vel locabantur, legato non cedere cibaria eorum.* 8. *Sive autem frumentum sive quid leguminis in cella penuaria habuit, penori legato continebitur, sed et hordeum sive familiae sive iumentorum gratia: et Ofilius scribit libro sexto decimo actionum.* 9. *Ligna et carbones ceteraque, per quae penus conficeretur, an penori legato contineantur, quaeritur. Et Quintus Mucius et Ofilius negaverunt: non magis quam molae, inquit, continentur. Idem et tus et ceras contineri negaverunt. Sed Rutilius et ligna et carbones, quae non vendendi causa parata sunt, contineri ait. Sextus autem Caecilius etiam tus et cereos in domesticum usum paratos contineri legato scribit.* 10. *Servius apud Melam et unguentum et chartas epistulares penoris esse scribit et est verius haec omnia, odores quoque contineri: sed et chartas ad ratiunculam vel ad logarium paratas contineri.* 11. *Vasa quoque penuaria quin contineantur, nulla dubitatio est. Aristo autem scribit dolia non contineri, et est verum secundum illam distinctionem, quam supra in vino fecimus. Nec frumenti nec leguminum thecae (arculae forte vel sportae) vel si qua alia sunt, quae horrei penuarii vel cellae penuariae instruendae gratia habentur, non continebuntur, sed ea sola continentur, sine quibus penus haberi non recte potest.*

Il lungo (e studiatissimo⁴⁶) brano di Ulpiano ci dà un'idea del dibattito giuridico su punti specifici e sulla fecondità del cd. *ius controversum* nei processi elaborativi del diritto a Roma⁴⁷. Interessante, ai nostri fini, è il rilievo che assume nel brano il ruolo di Quinto Mucio⁴⁸, anche grazie al passo delle Notti Attiche⁴⁹ che ne conferma l'intervento nella risalente disputa⁵⁰. 11

Il legato di *penus*, come sembra verisimile, andò perdendo via via d'importanza dopo l'inizio del principato, senza tuttavia scomparire dalla prassi degli usi testamentari dei privati e, quindi, dall'orizzonte degli interessi dei giuristi successivi. Ciò che qui rileva è la 'funzione' di natura orientativa e definitoria che l'opinione di Quinto Mucio svolge nella trama di Ulpiano e che può 12

⁴⁶ M. NAVARRA, *Ricerche sull'utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, part. pp. 74-77, segnala la centralità del pensiero muciano anche in rapporto a Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115.2 e al tema della clausola penale; P. BIAVASCHI, *Ofilio e il legatum penoris: qualche osservazione in merito a D.33.9.3*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, a cura di A. PALMA, I, Napoli, 2009, pp. 133-148; per una discussione generale in proposito, E. STOLFI, *Commento*, in FERRARY - SCHIAVONE - STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., pp. 224-229.

⁴⁷ Per l'impostazione della nozione negli odierni studi, M. BRETONNE, *'Ius controversum' nella giurisprudenza classica*, cit., pp. 755-879; L. VACCA, *Controversialità del diritto e impianto casistico*, in *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), a cura di V. MAROTTA - E. STOLFI, Roma, 2012, pp. 61-75.

⁴⁸ Sulla cui vicenda, ora J-L. FERRARY, *Una vita nel cuore della repubblica. Saggio di biografia politica*, in FERRARY - SCHIAVONE - STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., pp. 3-27.

⁴⁹ Suggestivo, peraltro, che Gellio dichiara in apertura d'opera, a proposito dell'*ordo fortuitus* seguito, che esso riprodurrà l'accidentalità delle sue scoperte e delle curiosità intellettuali raccolte e subito annotate come in una dispensa culturale, *quasi quoddam penus litterarum*, a supporto della propria memoria (Gell., *Noct. Att. praef.* 2). Sul punto, un tempo assai dibattuto, cfr. i contributi, non troppo lontani, di L. HOLFORD-STREVENSON, *Aulus Gellius. An Antonine Scholar and his Achievement*², Oxford, 2003, pp. 27-47; A. VARDI, *Genre, Conventions, and Cultural Programme in Gellius' Noctes Atticae*, in *The Worlds of Aulus Gellius*, a cura di L. HOLFORD-STREVENSON - A. VARDI, Oxford, 2004, pp. 159-86. CH. J. ACOB, *Portraits de lecteurs. Athénée de Naucratis et Aulu Gelle*, in *AnTard*, 18, 2010, p. 145 s.; G. PIRAS - A. LUCERI, *La filologia, la grammatica, l'erudizione*, in *Lo spazio letterario di Roma antica*, dir. P. PARRONI, VII, I testi. 2. *La prosa*, Roma, 2012, p. 644; J.A. HOWLEY, *Aulus Gellius and Roman reading culture. Text, presence, and imperial knowledge in the Noctes Atticae*, Cambridge, 2018, p. 34.

⁵⁰ Significativamente rilevante l'espressione *veteres iuris magistri, qui "sapientes" appellati sunt* utilizzata da Gell., *Noct. Att.* 4.1.16 sulle perplessità relative al concetto di *penus*, all'interno della ricerca di D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono 'veteres'! Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza*, in *Augusto. La costruzione del principato* (Roma, 4-5 dicembre 2014). Atti dei Convegni Lincei, Roma, 2017, part. p. 270 ss.

essere colta, del pari, nel brano gelliano. Dal suo punto di vista, lo iato discretivo nell'interpretazione ha chiaramente il proprio fulcro nella edibilità e potabilità dei generi conservati nella dispensa (ad uso delle persone di famiglia e degli animali): *quae esui potuique sunt* (o, nella versione delle Notti attiche, *quod esculentum aut posculentum est*). Ciò accade, a parte che nel contributo di Aulo Gellio, anche per gli altri giuristi citati da Ulpiano, ove la *ratio* delle *sen tentiae* muciane appare ispirata alla semplicità familiare e al nesso funzionale tra cibi e bevande e loro conservazione per le esigenze di vita (e che avrebbe conquistato, un secolo dopo, i favori di Sabino). Tenendo poi conto dello spirito polemico con il quale il rivale, Servio Sulpicio, aveva scritto i *Reprehensa capita*⁵¹, può non stupire che egli, nella sua esegesi estensiva, ampliasse ad altri beni l'appartenenza alla *penus* (aderendo al più risalente insegnamento eliano) aggiungendovi anche incenso, candele, unguenti o carte d'uso casalingo, in virtù della loro semplice consumabilità in ambito domestico⁵². Una logica, quella serviana relativa agli apparati di preparazione dei cibi, che non sarebbe stata accolta da Aulo Ofilio, pure suo allievo, e che tuttavia pare fosse stata già stata seguita da Rutilio Rufo⁵³. La scelta ulpiana (e dei commissari giustiniani) di 'aprire' l'esposizione in tema di *legatum penoris* con il parere di Quinto Mucio non è quindi dettata da un criterio cronologico, che sarebbe contraddetto dai riferimenti a Sesto Elio⁵⁴ e a Rutilio⁵⁵: sembra invece dipendere dalla capacità di indirizzare le opinioni e di essere, in un modo o nell'altro, polo attrattivo imprescindibile per le opzioni ermeneutiche, anche eventualmente contrarie, di Servio, Ofilio, Trebazio Testa, Aristone, Labeone, Sabino, Proculo⁵⁶.

Al di là della linea effettivamente prevalsa e delle trasformazioni della società cui il diritto, in qualche modo, seppe dare risposte successive anche in tema di provvista alimentare domestica⁵⁷, ciò che preme aver evidenziato è come i dati che si possono trarre dal giudizio muciano sulla *penus* corrispondano pienamente alle più generali caratteristiche della produzione scientifica dell'autore (e,

13

⁵¹ Il 'dualismo' Mucio/Servio costituisce un tema classico degli studi romanistici; al riguardo, cfr. le posizioni di SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 170 s.; P. STEIN, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966, p. 43 ss.; O. BEHREND, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index*, 12, 1983-1984, part. p. 202 ss.; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari 1987, part. p. 114 ss.; A. GUARINO, *Mucio e Servio*, Napoli, 1994 (ora in ID., *Altre pagine di diritto romano*, Napoli, 2006, pp. 13-18); B. ALBANESE, *L'ars iuris civilis nel pensiero di Cicerone*, in *AUPA*, 47, 2002, pp. 23-45, part. pp. 37-41 (ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., IV, pp. 891-913, part. pp. 905-909); A. CASTRO SÁENZ, *Notata Mucii: contextualización de un problema*, in *SDHI*, 76, 2010, pp. 31-50.

⁵² C.A. M. ASCHI, *Studi sull'interpretazione dei legati. Verba e voluntas*, Milano, 1938, p. 57 s.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova, 1969, p. 82 s.; M. L. AURIA, *Penus, penus legata*, in *RAAN*, 49, 1974, pp. 233-244 (ora in ID., *Studi e ricordi*, a cura di F. D'IPPOLITO, Napoli, 1983, p. 544 ss.); BIAVASCHI, *Penus est quod esculentum*, cit., part. p. 179 ss.

⁵³ Sul coinvolgimento nel legato di materiali utili alle attività preparatorie, G. C. RIFÒ, *Funzione alimentare dell'usufrutto*, cit., p. 460 s. (cfr. BIONDI, *Successione testamentaria*², cit., p. 402 s., e P. V. OCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., p. 530 ss.; ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, cit., pp. 228-233); per la specifica posizione di Rutilio, A. MANZO, *«Magnum munus de iure respondendi substinebat». Studi su Publio Rutilio Rufo*, Milano, 2016, pp. 96-99.

⁵⁴ Sull'opportuna (e antica) correzione di Caecilius in Aelius in D.33.9.3 e per un esame della posizione di Servio, F. SINI, *A quibus iura civibus praescribebantur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, Torino, 1995, pp. 139-142; A. BOTTIGLIERI, *Maximi viri. Sulla scientia iuris tra il IV e il I sec. a.C.*, Torino, 2017, pp. 37-40.

⁵⁵ P. BIAVASCHI, *Quinto Mucio Scevola, Aulo Ofilio e l'ambito del legatum ligni: risvolti terminologici e conseguenze giuridiche*, in *DO-SO-MO*, 9, 2011, p. 102.

⁵⁶ Un'attitudine evidenziata dall'interpretazione di A. SCHIAVONE, *A strarre, distinguere, regolare. Forme giuridiche e ordine teologico*, in FERRARY - SCHIAVONE - STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., part. p. 34 ss.

⁵⁷ Su cui M. TALAMANCA, *Costruzione e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica III. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari 1981, p. 315 ss.

in qualche modo, alla sua caratura intellettuale). «Tipo ideale del giureconsulto» per contemporanei e posteri⁵⁸, per l'applicazione del metodo diairetico alle forme letterarie della produzione giuridica fu considerato «fondatore della giurisprudenza romana nel senso vero del termine⁵⁹»; nel contenuto dei suoi responsi, improntati all'essenzialità e confortati dalla profonda conoscenza del diritto, pure, non rischiò di restare «prigioniero della tradizione civilistica più antica⁶⁰». A Quinto Mucio si può a volte riconoscere (come nel caso in questione o nella celebre vicenda della *causa Curiana*⁶¹) una

58 R. ORESTANO, s.v. *Scevola Q. Mucio*, in *NNDI*, XVI, Torino, 1969, p. 686 (ora in ID., *Scritti*, a cura di A. MANTELLO, V, Napoli, 2000, p. 59); su Q. Mucio, in generale, F. MÜNZER - B. KÜBLER, s.v. *Mucius* 22, in *PWRE*, 16, 1933, coll. 430-446; G. LEPOINTE, *Quintus Mucius Scaevola* I, Paris, 1926; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, pp. 479-481; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Wien, 1967, p. 18, pp. 45-53; G. CRIFÒ, *Mucio*, in *Enciclopedia Oraziana*, 1, Roma, 1996, pp. 816-817. Quanto al suo ruolo nell'applicazione della tecnica diairetica e nella strutturazione di un sistema espositivo, G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, III. *Il metodo* (1935), in *La fondazione romanistica*, cit., p. 373 ss.; M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, 1945, p. 26 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La formation du système des Commentaires de Droit Civil dans la Science Juridique Romaine*, in *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 2-3, 1953, pp. 136-145; G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in *Studi Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, p. 445 ss.; TH. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, trad. it. di G. CRIFÒ, Milano, 1962, p. 53 s.; M. KASER, *Zur Methode der Römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philologisch-historische Klasse*, 2, 1962, part. p. 60 ss.; P. STEIN, *Regulae Iuris*, cit., p. 36; F. WIEACKER, *Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie*, in *Iura*, 20, 1969, part. pp. 463-467; O. BEHREND, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philologisch-historische Klasse*, 7, 1976, pp. 263-304; M. TALAMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo francese*, II, Roma, 1977, p. 3 ss., p. 212 s., p. 258 ss.; S. SCHIPANI, *Le Institutiones di Gaio/Giustiniano* (1984), in ID., *La codificazione del diritto romano comune*², Torino, 1999, pp. 199-210 ss.; F. BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti di un seminario (Firenze 27-28 maggio 1983)*, Milano 1985, p. 205 ss.; B.W. FRIER, *The Rise of the Roman Jurists*, Princeton, 1985, pp. 168-171; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., p. 35 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 136, p. 191; V. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su "ius civile"/"ius honorarium"*, Napoli 1993, p. 63 ss.; F. CUENA BOY, *Sistema Jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander, 1998, p. 82 ss.; G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI*, 80, 2014, p. 214; S. SCHIPANI, *Sistema di «ciò che è migliore e più uguale»*, in *Sistema giuridico latinoamericano*, a cura di A. SACCOCCIO - S. CACACE, Torino, 2019, pp. 9-11; SCHIAVONE, *A strarre, distinguere, regolare*, cit., part. pp. 34-36.

59 F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. di G. NOCERA, Firenze, 1968, p. 123, p. 508.

60 BREONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 109.

61 BREONE, *Tecniche e ideologie*, cit., p. 111 ss.; per la disamina del caso, sotto i profili processuali e sostanziali, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 910 ss.; F. WIEACKER, *The 'causa Curiana' and Contemporary Roman Jurisprudence*, in *Irish Jurist*, 2, 1967, pp. 151-167 (= ID., *La 'causa Curiana' e gli orientamenti della giurisprudenza coeva*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milano 1968, pp. 111-134); A. T ORRENT, *La interpretación de la 'voluntas testatoris' en la jurisprudencia republicana: la 'causa Curiana'*, in *AHDE*, 39, 1969, p. 173 ss.; G.L. FALCHI, *Interpretazione tipica nella causa Curiana*, in *SDHI*, 46, 1980, pp. 383 ss.; J.W. TELLEGEN, 'Oratores', 'Jurisprudentes' and 'causa Curiana', in *RIDA*, 30, 1983, pp. 293-311; J.W. VAUGHN, *Law and Rhetoric in the Causa Curiana*, in *Classical Antiquity*, 4, 1985, pp. 208-222; BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis'*, cit., part. p. 211 ss.; A. T ORRENT, 'De conservando iure civili': los antagonismos forenses en la causa Curiana, in *BIDR*, 89, 1986, p. 145 ss.; G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997, pp. 82 ss.; O. TELLEGEN-COUPERUS - J.W. TELLEGEN, *Law and rhetoric in the causa Curiana*, in *OJR*, 6, 2000, pp. 171-202; L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, p. 119 ss.; J.W. TELLEGEN, *The reliability of Quintilian for Roman law: on the causa Curiana*, in *Quintilian and the law. The art of Persuasion in Law and Politics*, a cura di O. TELLEGEN-COUPERUS, Leuven, 2003, pp. 191-200; M. KÖNCZÖL, *Law, Fact and narratives in ancient rhetoric: the case of the causa Curiana*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 21, 2008, pp. 21-33; G. NEGRI, *Cicerone come 'fonte di cognizione' del diritto privato romano. L'esempio della causa curiana: appunti per una ricerca*, in *Ciceroniana. Atti del XIII Colloquium Tullianum (Milano, 27-29 marzo 2008)*, Roma, 2009, pp. 165-183; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino, 2013, p. 63 ss.; M.L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e viceversa)*, Torino, 2017, p. 18 ss.; B. CORTESE, *Tra 'aequitas' e 'ius' nella causa Curiana*, in *Iura*, 67, 2019, pp. 49-77.

certa inclinazione all'impiego di strumenti logico argomentativi di tipo restrittivo⁶², senza che però tale tendenza possa essere generalizzata e costituire il necessario corollario della sobrietà, del rispetto degli antichi *mores*, della sua proverbiale «severità»⁶³, come si può apprezzare nella costruzione di finissime soluzioni arrivate fino a noi⁶⁴. Del resto, evidenze archeologiche molto recenti offrono, forse, l'occasione di considerazioni non del tutto estranee al contesto qui riferito.

Infatti, la scoperta dei resti di una villa presso il 'Cavalcavia di Salone', a Roma, ha permesso a F. Costabile⁶⁵, anche con l'ausilio di opportuni contributi di natura tecnica, di mettere a frutto i dati iconografici provenienti dall'abitazione (e in particolare dagli affreschi parietali), e di legare con buona sicurezza alla famiglia dei Mucii Scevolae la proprietà dell'antico edificio⁶⁶.

Se quindi il risultato più evidente – si può dire – è stato quello di poter cogliere il momento della concezione della formula con *intentio incerta*, nel delicato passaggio tra *agere per certa verba* e *concepta verba*, e l'ascrizione della sua paternità ad uno degli illustri *irrisperiti* avi del ns. Quinto Mucio⁶⁷, non meno interessante è il richiamo al ricostruito *memorandum sumptuarium*.

A questo proposito, la morigeratezza di Q. Mucio, fatto notorio anche a partire dalle limitate dimensioni della residenza⁶⁸, avrebbe trovato celebrazione in una piccola lista della spesa esposta ad imperitura memoria del rispetto della *lex Fannia cibaria* da parte del padrone di casa (e, a stare alla testimonianza di Ateneo di Naucrati, di altri due giureconsulti⁶⁹). È possibile aggiungere altro alla proposta acutamente formulata dal Costabile? È possibile immaginare che le annotazioni, ora pazientemente restaurate e leggibili, relative a *cutis, offulae, holera, ciceres, sollae, triticum, vinus, triticum* (di scorza, di legumi, di focacce, di verdure e, soprattutto per la loro quantità, di vino e grano⁷⁰)

⁶² Non esiste la possibilità di ricostruire, con sicurezza, l'apporto dato da Quinto Mucio alla concreta produzione dei responsi del collegio pontificale, in tema di diritto successorio e *sacra* familiari, e di seguirne le linee della *interpretatio*, ma il suo contributo è fuori discussione: cfr. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 183 ss.

⁶³ BRETONNE, *Tecniche e ideologie*, cit., p. 72.

⁶⁴ Su alcune di tali specifiche soluzioni, F. LAMBERTI, *Suggerimenti in tema di «praesumptio Muciana»*, in *Rivista di Diritto Romano*, 5, 2005, pp. 1-25 (estr.); F. GALGANO, *Cantio Muciana e crisi di un'élite*, in *Rivista di Diritto Romano*, 16-17, 2016-2017, pp. 1-31 (estr.).

⁶⁵ F. COSTABILE, *L'archetipo di formula processuale dell'Editto Iudex esto. Si parret...: l'invenzione di Mucio Scevola delle azioni con intentio certa. La scoperta degli affreschi della 'Villa del Giurista' sull'Aniene a Roma*, in *MEP*, 21, 2018, pp. 9-125 (con due saggi di C. A NGELELLI - S. M USCO e di G. B ARATTA e due note tecniche di M. L. S ANTARELLI e di M. F ERRARA).

⁶⁶ COSTABILE, *L'archetipo di formula processuale*, cit., p. 49 ss.

⁶⁷ Valgano qui le considerazioni di COSTABILE, *L'archetipo di formula processuale*, cit., p. 96 ss.

⁶⁸ Colum., *R e rust.*, 1.4.6 e Plin., *Nat. Hist.*, 18.7.32, su cui COSTABILE, *L'archetipo di formula processuale*, cit., p. 51 s.

⁶⁹ Athen., *Deipn.*, 6.274 c-e (che vedo grazie alle indicazioni di COSTABILE, *L'archetipo di formula processuale*, cit., p. 52 n. 79 e p. 75). Sull'importanza dell'opera di Ateneo, ad altro rilevante titolo, G. CRIFÒ, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York 1976, pp. 708-789, part. p. 743 ss.

⁷⁰ Solo una lettura frettolosa di TPSulp. 51, invece, potrebbe indurre a pensare che scorte di analoghe derrate alimentari costituissero effettivamente la *penus data* in pegno dal liberto C. Novius Eunus per ottenere un prestito nel 37 d.C.; per la corretta interpretazione del testo, G. CAMODECA, *Puteoli porto annonario e il commercio del grano in età imperiale*, in *Le Ravitaillement en blé de Rome et des centres urbains des débuts de la République jusqu'au Haut-Empire. Actes du colloque international de Naples, 14-16 Février 1991*, Rome, 1994, pp. 103-128; seguito da J. URBANIK, *Sponsio servi*, in *JJP*, 28, 1998, part. pp. 188-190; J.N. ADAMS, *An Anthology of Informal Latin, 200 BC - AD 900. Fifty Texts with Translations and Linguistic Commentary*, Cambridge, 2016, pp. 211-220; F. FASOLINO, *Crediti in natura, operazioni finanziarie garantite da derrate e attività bancaria nel mondo romano tra I e VI sec.*, in *TSDP*, 11, 2018, part. pp. 6-8 (estr.).

alludessero, per il visitatore della casa più colto ed accorto – una condizione verisimilmente ordinaria per il frequentatore abituale⁷¹ – magari anche a quella nozione di ‘provvista’ cui l’antico pontefice massimo si era dedicato in un passo tra i primi dei suoi *libri iuris civilis*? Le pitture risalgono infatti, come è stato provato, ad un periodo compreso tra i 20 e i 40 anni dalla morte violenta di Quinto Mucio, avvenuta *in vestibulo aedis Vestae*⁷². La loro funzione commemorativa delle glorie culturali della famiglia avrebbe potuto risultare elegantemente esaltata dall’esibizione di un *habitus* di vita – si può credere, condiviso dal committente – in cui la *pristina simplicitas* era evocata anche in virtù degli acquisti di derrate alimentari che andavano a costituire la normale *penus* un tempo equilibratamente definita.

4. La concorrenza con altri tipi di legato e l’avvento dei fideicommissa.

Il ricorso al *legatum penoris*, per quanto abbia attirato l’attenzione proficua della giurisprudenza romana, dovette subire un declino nella prassi dei privati se, come è stato nuovamente e di recente fatto notare⁷³, presenta un numero di occorrenze, in rapporto agli altri lasciti con finalità assimilabili (quali fedecommissi e legati ‘alimentari’ analoghi), statisticamente minore nei testi a nostra disposizione⁷⁴.

A tal proposito, andrebbe notato che l’agilità stessa del fedecommissato, se si deve credere ad un racconto famoso, avrebbe in definitiva iniziato a diffondersi proprio dalla *cella penaria* della repubblica⁷⁵. Si indica infatti comunemente quale possibile antesignano del fedecommissato l’esplicito collegamento che Cicerone fa, in materia di diritto successorio, alla richiesta di solenni giuramenti richiesti da P. Trebonio ai suoi eredi, all’epoca della pretura di Verre, per aggirare la *lex Cornelia de proscriptione* e consentire al fratello Aulo, che ne avrebbe altrimenti dovuto patire gli effetti, di ricevere una *pars* di quanto lasciato⁷⁶. Oppure, sempre quale versione prototipica del lascito

17

18

⁷¹ Come sarà stato, a suo tempo, Rutilio Rufo, tra i protagonisti della disputa in tema di *penus* e alla cui identità potrebbe ricondurre il nome riprodotto su una parete della villa (COSTABILE, *L’archetipo di formula processuale*, cit., p. 53).

⁷² Liv., *Perioch.* 86.

⁷³ BIAVASCHI, *Penus est quod esculentum*, cit., p. 177 s.

⁷⁴ Agevole ne è il riscontro da alcune rubriche delle Pandette, come *De tritico vino vel oleo legato*, *De instructo vel instructo legato*, *De suppellectile legata*, *De alimentis vel cibariis legatis*: enumerazione completa in BIAVASCHI, *Penus est quod esculentum*, cit., 177 n. 1. Del resto, componendo il titolo *de penu legata* del Digesto, la posizione iniziale riservata al fr. tratto dal 24 dei *libri ad Sabinum* ulpianei, D.33.9.1, offre, nell’alternatività materiale proposta tra *penus* e *pecunia*, lo specchio di tempi più avanzati di quelli della vecchia repubblica. Forse, come nella considerazione di ORMANNI, *Penus legata*, cit., p. 685: «La interpretazione della giurisprudenza in tema di *penus legata* può dirsi conclusa con Sabino».

⁷⁵ Il riferimento è evidentemente alla celebre definizione catoniana della Sicilia che dobbiamo a Cic. *Verr.*, 2.2.2.5: sul tema, C. SORACI, *Sicilia frumentaria. Contributi allo studio della Sicilia in epoca repubblicana*, in *QC*, 2, 2003, pp. 289-401.

⁷⁶ Cic., *Verr.*, 2.1.47: 123. *Superbia vero quae fuerit, quis ignorat? quem ad modum iste tenuissimum quemque contempserit, despexerit, liberum esse numquam duxerit? P. Trebonius viros bonos et honestos compluris fecit heredes; in iis fecit suum libertum. Is A. Trebonium fratrem habuerat proscriptum. Ei cum cautum vellet, scripsit ut heredes iurarent se curaturos ut ex sua cuiusque parte ne minus dimidium ad A. Trebonium illum proscriptum perveniret. Libertus iurat; ceteri heredes adeunt ad Verrem, docent non oportere se id iurare facturos esse quod contra legem Corneliam esset, quae proscriptum iuvare vetaret; impetrant ut ne iurent; dat his possessionem. Id ego non reprehendo; etenim erat iniquum homini proscripto egenti de fraternis bonis quicquam dari. Libertus, nisi ex testamento patroni iurasset, scelus se facturum arbitrabatur.* 124. *Itaque ei Verres possessionem hereditatis negat*

fedecommissario, si rammenta il caso di Sestilio Rufo e della sua preghiera, rivolta nel testamento all'amico Q. Fadio Gallo, di restituire *omnis hereditas* a sua figlia Fadia, contro i rigori della *lex Voconia*⁷⁷.

Tali brani, insieme ad altri perfettamente noti in dottrina⁷⁸, offrono sicuramente spunti interessanti che, sotto l'aspetto dei *vincula fidei* evocati, o, ancora, per quanto attiene dell'incoercibilità dei comportamenti richiesti e alla costante di implicare, nell'idea dei disponenti, condotte *contra legem*, sono stati indagati a fondo⁷⁹. L'impressione è che, pur in presenza di bisogni sentiti e di fermenti della società in questo senso, si debba considerare condivisibile l'opinione per la quale, prima dell'intervento augusteo, mancassero mezzi che imponessero all'erede fiduciario di compiere fino in fondo la volontà del testatore.

Gaio, a circa due secoli di distanza da Cicerone, si riferisce evidentemente a queste istanze della società quando, in chiusura di II commentario, espone le differenze tra legati e fedecommissi e tratta dell'*origo* di questi ultimi⁸⁰. Risulta evidente che tra le ragioni per le quali appariva conveniente servirsi della prassi fedecommissaria, vi fossero numerosi casi di conflitto con leggi relative alla *testamenti factio* passiva e, in generale, ad altri specifici limiti di contenuto. La possibilità che avevano in effetti i *peregrini* di ricevere per fedecommissato, o anche le donne, al di fuori delle maglie della *lex Voconia*; i Latini (contro la legge Giunia), i celibi e gli orbi, sempre evitando, almeno in principio, l'osservanza della riforma augustea del diritto di famiglia fu un fatto concreto⁸¹.

se daturum, ne posset patronum suum proscriptum iuvare, simul ut esset poena quod alterius patroni testamento obtemperasset. Das possessionem ei qui non iuravit; concedo; praetorium est. Adimis tu ei qui iuravit; quo exemplo? Proscriptum iuvat; lex est, poena est. Quid ad eum qui ius dicit? utrum reprehendis quod patronum iuvabat eum qui tum in miseris erat, an quod alterius patroni mortui voluntatem conservabat, a quo summum beneficium acceperat? Utrum horum reprehendis? Et hoc tum de sella vir optimus dixit: "Equiti Romano tam locupletis libertinus homo sit heres?" O modestum ordinem, quod illinc vivus surrexerit!

⁷⁷ Cic., *De fin.*, 2.17: 55. *Memini me adesse P. Sextilio Rufo cum is rem ad amicos ita deferret se esse heredem Q. Fadio Gallo, cuius in testamento scriptum esset se ab eo rogatum ut omnis hereditas ad filiam perveniret. Id Sextilius factum negabat. P. oterat autem inpune; quis enim redargueret? nemo nostrum credebatur, eratque veri similis hunc mentiri, cuius interesset, quam illum, qui id se rogasse scripsisset, quod debuisset rogare. Addebat etiam se in legem Voconiam iuratum contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur. A deramus nos quidem adolescentes, sed multi amplissimi viri, quorum nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire. Tenuit permagnam Sextilius hereditatem, unde, si secutus esset eorum sententiam, qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponebant, numquam nullum attigisset. Num igitur eum postea censes anxio animo aut sollicito fuisse? Nihil minus, contraque illa hereditate dives ob eamque rem laetus. Magni enim aestimabat pecuniam non modo non contra leges, sed etiam legibus partam. Quae quidem vel cum periculo est quaerenda vobis; est enim effectrix multarum et magnarum voluptatum.*

⁷⁸ Cic., *Cluent.* 7; Val. Max., 4.2.7; Polyb., *Hist.* 31.28.8; Terent., *Andria*, 296, 810.

⁷⁹ G. IMPALLOMENE, *Prospettive in tema di fedecommissato*, in *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967, p. 275 ss.; A. WATSON, *The Law of succession in the later Roman Republic*, Oxford, 1971, p. 36 ss.; D. JOHNSTON, *The Roman Law of trusts*, Oxford, 1988, p. 24 ss.; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissato universale nel diritto romano classico*, Varsavia, 1997, pp. 24-26.

⁸⁰ Esempio dell'analisi di C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissati secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, p. 223 ss.

⁸¹ Ma, in più di un caso, interventi normativi mirati avevano posto rimedio, secondo quanto rilevato da Gai. 268-289: cfr. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissati*, cit., p. 293 ss.; per un approccio alla discussione sui vari e spinosi punti richiamati, JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, cit., 1988, p. 21 ss.; R. LAMBERTINI, *D.36.1.47: il consiglio di Modestino all'onerato di fedecommissato universale*, in *Studi in onore di E. Bassanelli*, Milano, 1995, pp. 817-834; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissato*, cit., p. 152 ss.; L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999, p. 4 ss.; L. MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di heres fiduciarius*, in *Labeo*, 45, 1999, p. 442 ss.; L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, p. 185 ss.; M. BALESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni sulla «lex Voconia»*, Milano, 2008, part. p. 23 ss.; F. BERTOLDI, *L'heres fiduciarius' in una prospettiva storico-comparatistica*, in

Che tipo di ricordo rischiava di rimanere del semplice e modesto legato di provvista di un tempo? 21

Esempi, anche in questioni celebri e complesse⁸², ne rimasero, ma la maggiore duttilità dei 22
fideicommissa rispetto alle altre attribuzioni di tipo testamentario non era messa in dubbio⁸³. Soprattutto, la ‘concorrenza’ nella prassi dei privati tra legato e fedecommesso, che, per questioni alimentari, trapela da una certa quale promiscuità del lessico giuridico⁸⁴, è stata conformemente registrata dalla dottrina⁸⁵ (ma, forse, dichiarata già conclusa da Ulpiano⁸⁶): con la sola eccezione di rilievo, ormai, costituita dalla tutela giurisdizionale⁸⁷.

5. Riflessioni conclusive.

Il 17 settembre del 529, a pochi mesi dall’entrata in vigore del *Novus Codex*⁸⁸, in una sorta di tensione 23
 politico-legislativa che sarebbe di lì a poco maturata, dopo la ‘fase’ delle *Quinquaginta decisiones*⁸⁹, nel progetto di compilazione dei *Digesta* e della seconda edizione del Codice, Giustiniano indirizzava al

Studi Urbinati, 83, 2015, pp. 166-173; A. MCCLINTOCK, *Un’analisi giuridica della lex Voconia*, in *TSDP*, 10, 2017, p. 24 s., p. 41 s.

82 Come nel caso di Ulp 15 *ad ed.* D.5.3.25.16 (connesso a Pap. 19 *quaest.* D.36.1.56), per cui Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Inventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, p. 238 s.

83 Tanto che la sola facoltà di *dare tutores* resta area inibita alla volontà fedecommissaria: Gai. 2.289. *Sed quamvis in multis iuris partibus longe latior causa sit fideicommissorum quam eorum, quae directo relinuntur, in quibusdam tantum ualeant, tamen tutor non aliter testamento dari potest quam directo.*

84 Come ad es. in Paul., 4 *ad Ner.* D.34.1.23, sul quale SACCOCCIO, *Victus e alimenta*, cit., p. 152; o anche Scaev. 3 *resp.* D.33.9.7, sul quale E. QUINTANA ORIVE, *En torno al deber legal de alimentos en el Derecho Romano*, in *RIDA*, 47, 2000, p. 185 n. 24.

85 M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I, Firenze, 1966, p. 302.

86 Ulp. 67 *ad ed.* D.30.1: ma è noto come il passo sia tra quelli da sempre ritenuto interpolato dai compilatori (per tutti, R. LAMBERTINI, *D. 36.2.27 pr: un lapsus di Cervidio Scevola?* in *Civitas et Civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino, 2014, p. 455 n. 7.

87 Stante Gai. 278 (*contra*, ultimamente, U. BABUSIAUX, *Zum Rechtsschutz von Fideikommissen im Prinzipat*, in *ZSS*, 136, 2019, pp. 140-213; ma in proposito, non può essere dimenticato quanto affermava E. B.ETTI, s.v. *Processo civile (Diritto romano)*, in *NNDI*, XIII, Torino, 1966, p. 1113, sull’introduzione e lo sviluppo della *cognitio extra ordinem* e sulla intrinseca relazione con la *iurisprudentia*).

88 Punto di partenza, all’interno di una letteratura sul tema ormai vastissima, mi sembra poter ancora essere G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, *passim*, p. 62 ss., p. 88 ss., p. 168 ss., per un quadro d’insieme e quale base seminale del dibattito negli ultimi 50 anni; per una messa a punto dei contenuti, anche sotto il profilo dell’indagine papirologica, più di recente, M. CAMPOLUNGHY, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, 2.2, Perugia, 2007, part. p. 232 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Ancora qualche riflessione sulla politica legislativa di Giustiniano in riguardo ai iura al tempo del Novus Codex*, in *AUPA*, 57, 2014, pp. 155-175; S. CORCORAN, *Justinian and his two codes. Revisiting P. Oxy. 18*, in *Journal of Juristic Papyrology*, 38, 2008, pp. 73-111; ID., *The Novus Codex and the codex repetitae praelectionis: Justinian and his codex*, in *Figures d’empire, fragments de mémoire: pouvoirs et identités dans le monde romain impérial (IIe s. av. n. è.–VIe s. de n. è.)*, Villeneuve d’Ascq, 2011, pp. 425-444; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Il codice teodosiano ed il codice giustiniano posti a confronto*, in *MEFR*, 125, 2013, pp. 441-457; P. GARBARINO, *Note su C. 1.14.12 e il Novus Codex*, in *Scritti per A. Corbino*, a cura di I. PIRO, III, Tricase, 2016, pp. 247-267; A.M. GIOMARO, *Compilazione (e legislazione) giustiniana “In Nomine Domini Nostri Ihesu Christi”*, in *Studi Urbinati*, 70, 2019, pp. 49-66.

89 Sulla problematica nozione, L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 435 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, Milano, 1999; M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, in *AUPA*, 46, 2000, 359-539.

suo prefetto del pretorio Demostene un provvedimento, tràdito in C.6.43.1 e facente parte di un insieme di ben altre 15 costituzioni emanate nella stessa data⁹⁰.

Il testo, che conserva delle ragioni di interesse anche solo sotto l'aspetto formale e che probabilmente coincide con l'avvento di Triboniano all'*officium* di *quaestor sacri palatii*⁹¹, uniformò il regime della tutela giudiziaria dei fedecommissi e dei legati⁹², precludendo di un anno alla loro definitiva equiparazione operata attraverso la *lex* che, coerentemente, fu inserita al secondo posto del titolo *Communia de legatis et fideicommissis* dai compilatori del *Codex repetitae praelectionis*⁹³.

L'*una natura* che accomunava, come riconosciuto dall'imperatore, le posizioni dei legatari e dei fedecommissari fece sì che dovessero cadere le disparità per l'esperimento, da parte dei beneficiari, di *actiones* a carattere reale o personale (con la possibilità ulteriore di giovare dell'*actio quasi Serviana*). Avvenne cioè, in virtù del primo intervento giustiniano, ciò che è tradizionalmente illustrato in termini di «fusione» e, poco dopo, di definitiva «uniformazione» dei regimi relativi ai due istituti⁹⁴.

Il quadro di sintesi della complessa questione costituì poi, com'è noto, la sezione conclusiva del II libro delle Istituzioni imperiali: i titoli 20-25 (*De legatis, De ademptione legatorum, De lege Falcidia, De fideicommissariis hereditatibus, De singulis rebus per fideicommissum relictis, De codicillis*), al cui interno

⁹⁰ Evidenzia il ruolo emblematico di tale momento F. MATTIOLI, *La legislazione del 17 settembre 529: l'inizio del dialogo con la giurisprudenza dell'epoca del Principato*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 31-32, 2019, pp. 267-295.

⁹¹ T. HONORÉ, *Tribonian*, London, 1978, pp. 46-47.

⁹² C.6.43.1 IMP. IUSTINIANUS A. DEMOSTHENI PP. *Cum ii, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem plerumque actionem habere noscuntur, quis vel vindicationis vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionem scrupulosus utatur ambagibus?* 1. *Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam (id est hypothecariam) super his quae fuerint derelicta in res mortui praestare.* 2. *Cum enim hoc iam iure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas induxerunt, non ab re est etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare, quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci.* 3. *Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat, et praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata.* 4. *Et haec disponimus, non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommissum possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri offerat ei a quo derelictum est, nihil est grave etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est.* 5. *In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae quae gravata est fideicommissum rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.* D.XV K. OCT. CHALCEDONE DECIO VC. CONS.

⁹³ C.6.43.2 IMP. IUSTINIANUS A. IULIANO PP. *Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis utile atque validum est, sive directis verbis, quale est "iubeo" forte, sive precariis utetur testator, quale est "rogo" "volo" "mando" "fideicommitto", sive iuramentum posuerit, cum et hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente "ἐντορκῶ", partibus autem huiusmodi verbum huc atque illic lacerantibus.* 1. *Sit igitur secundum quod diximus ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis et omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intellegantur et e contrario, quidquid fideicommittitur, hoc intellegatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet natura legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur, et sit omnibus perfectus eventus, ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales.* 2. *Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniat, hoc fideicommissum quasi humaniori adgregetur et secundum eius dirimatur naturam.* 3. *Et nemo moriens putet suam legitimam voluntatem reprobari, sed nostro semper utetur adiutorio, et quemadmodum viventibus providimus, ita et morientibus prospiciatur: et si specialiter legati tantummodo faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intellegatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus.* D. X K. MART. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC.

⁹⁴ GROSSO, *I legati nel diritto romano*, cit., pp. 129-130.

si può apprezzare uno dei brani più stimolanti per la comprensione delle dinamiche dei rapporti della giurisprudenza con il potere, all'alba del principato, quanto ai meccanismi d'interpretazione e all'elaborazione di nuovi mezzi tutela nell'ordinamento⁹⁵.

Alludo, ovviamente, al confronto dei dati provenienti direttamente da Inst. 2.23.1 e 2.25 pr., luoghi in cui gli *antecessores* si allontanarono dalla falsariga gaiana, ed ove sono delineati la nascita e lo sviluppo dei fedecommissi, in parallelo con il sorgere dei codicilli. Dall'accostamento di tali notissimi brani è così possibile seguire la traccia che i compilatori intesero comporre. L'esposizione inizia con il momento in cui *omnia fideicommissa* erano considerati *infirma*: donde la loro incoercibilità. Non un *vinculum iuris*, infatti, ne qualificava il contenuto, si trattava di lasciti in forma di preghiera, disposti dal *de cuius* per il tramite dell'erede, a chi non potesse legalmente ricevere per testamento. Il diffuso senso dell'onore («pudor») rappresentò la garanzia dell'adempimento spontaneo da parte degli onerati, fino a quando Augusto si vide costretto ad intervenire, o perché pregato o a causa della grave malafede di alcuni, ordinando ai consoli di interporre la loro *auctoritas*: ciò che si sarebbe presto trasformato in una *adsidua iurisdictio* e che avrebbe infine condotto all'istituzione di un pretore fedecommissario. Gli aggiustamenti successivi, dovuti in massima parte a norme introdotte per mezzo di senatoconsulti⁹⁶ (oltre che alla capacità adeguatrice del diritto onorario⁹⁷ e alla vigile *intepretatio* dei *prudentes*⁹⁸), testimoniano della delicatezza della materia in cui, *restituta autem hereditate*, l'onereato rimaneva comunque *heres*, ed il beneficiario *aliquando heredis aliquando legatarii loco habebatur*⁹⁹. Lo stesso Augusto, in effetti, si era preoccupato di disciplinare la materia, quando, in virtù dei codicilli confermati di Lucio Lentulo, morto in Africa, gli era stato chiesto per fedecommissario di compiere disposizioni, cui aveva dato seguito, costituendo in tal modo per tutti i cittadini esempio autorevole da seguire: tanto che anche la figlia di Lentulo, Seia, adempì ai legati, pur non essendovi tenuta *iure*. La decisione si diceva fosse frutto della convocazione del *consilium* del principe¹⁰⁰ al quale, con certezza, aveva partecipato Trebazio Testa. E proprio l'opinione di costui convinse l'imperatore che, preliminarmente avrebbe interrogato i giuristi presenti sulla ammissibilità dei codicilli e se il

⁹⁵ Sul punto, cfr. F. AMARELLI, *Consilia principum*, Napoli, 1983, pp. 83-84; L. FANIZZA, *Autorità e diritto. L'esempio di Augusto*, Roma, 2004, p. 30 ss.; M. BRUTTI, *Il dialogo tra giuristi ed imperatori*, in *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, a cura di V. MAROTTA - E. STOLFI, Roma 2012, part. pp. 117-123, ove bibliografia.

⁹⁶ E, su tutti, il Pegasiano, il Trebelliano, il Rubriano e il Dasumiano: per uno sguardo d'insieme, V. GIODICE SABBATELLI, *La Tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, p. 42 ss.; EAD., *Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001, p. 23 ss. Sulle prassi e le competenze tardorepubblicane e protoimperiali dell'attività normativa del senato, P. BUONGIORNO, *Senatus consulta: struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a.C. - 138 d.C.)*, in *AUPA*, 59, 2016, pp. 17-60; sugli interventi in materia ereditaria, L. DESANTI, *Il fantasma del fedecommissario. Fedecommissario, fiducia testamentaria, sostituzione*, in *AUFE*, 20, 2006, part. pp. 98-115; Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatusconsulta*, Bari, 2014, part. pp. 110-125, pp. 139-180; F.M. SILLA, *In tema di «manumissio ex fideicommissis» e «patronatus»*, in *Rivista di Diritto Romano*, 15, 2015, 1-18 (estr.); BERTOLDI, *L'«heres fiduciarius»*, cit., pp. 166-172; A. TORRENT, *El senadoconsulta Rubriano de fideicommissariis libertatibus Ulp. (5 fideic.) D. 40,5,26,7*, in *AG*, 150, 2018, pp. 451-509.

⁹⁷ Secondo le classiche indicazioni di E. BETTI, *Iurisdictio praetoris e potere normativo*, in *Labeo*, 14, 1968, pp. 7-23; cfr. F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI*, 62, 1996, pp. 1-62.

⁹⁸ L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012, part. p. 142 ss.

⁹⁹ Su Inst. 2.23.3, TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum*, cit., p. 311 s.

¹⁰⁰ Cfr. AMARELLI, *Consilia principum*, cit., p. 83 s.

loro *usus* non fosse «absonans a iuris ratione». Trebazio avrebbe fondato il suo parere positivo sull'estrema utilità e necessità, per i *cives* in viaggio in lungo e largo nel vasto territorio dell'impero, di accedere almeno alla prassi dei *codicilli*, in alternativa alla redazione del testamento: nessuno dubitò della conformità all'ordinamento di tale prassi dopo che persino Labeone vi si era adeguato in concreto¹⁰¹.

Nel pieno della fase di passaggio al nuovo regime, il resoconto, per quanto possa essere stato 'ritoccato' a distanza di secoli sulla base di uno schema preesistente¹⁰², ci offre lo scorcio dei processi di formazione del *ius novum*¹⁰³ e, al contempo, della compattazione del consenso ad alti livelli, attraverso il coinvolgimento della presumibile élite del ceto dei giuristi nella decisione del *princeps*¹⁰⁴.

Il rapporto tra fedecommissi e codicilli chiude, quindi, di fatto il II libro delle Istituzioni imperiali ricordando che al bisogno di confermare i codicilli redatti prima del testamento – indefettibile secondo l'opinione di Papiniano¹⁰⁵ – si potesse in effetti derogare, in base ad un rescritto di Settimio Severo e di Caracalla, qualora fosse provato che il testatore avesse mantenuta ferma la sua volontà¹⁰⁶.

Giustiniano poteva così completare il quadro, illudendo i suoi lettori dell'esistenza, in proposito, di un «ordinato ed unitario sviluppo storico»: si trattò, come la dottrina ha messo in luce, dell'epilogo di una lunga vicenda che da tempo appariva incanalata in tale direzione¹⁰⁷, sotto certi aspetti iniziata nell'ambito di una comunità con bisogni (e in contesti) modesti, ma che riguardava, ormai, la trasmissione di cospicui patrimoni privati¹⁰⁸.

¹⁰¹ Cfr. sul punto A. GUARINO, *Pauli de iure codicillorum liber singularis*, in *ZSS*, 62, 1942, p. 249 ss.; ID., *Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli*, in *SDHI*, 10, 1944, p. 317 ss.; A. METRO, *Studi sui codicilli*, 1, Milano, 1979, p. 18 ss.; JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., pp. 26-27; GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica*, cit., p. 51; BERTOLDI, *L'heres fiduciarius*, cit., pp. 163-165.

¹⁰² Cfr. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, cit., p. 129 s.

¹⁰³ Cfr. FANIZZA, *Autorità e diritto*, cit., p. 30 ss.; BRUTTI, *Il dialogo tra giuristi ed imperatori*, cit., p. 117 ss.

¹⁰⁴ M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, 2.1, Città di Castello, 2001, part. p. 7 ss.

¹⁰⁵ A.M. GIOMARO, *La presenza di Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole tardo antiche e giustiniane*, in *Studi Urbinati*, 67, 2016, p. 70 n. 114.

¹⁰⁶ Inst. 2.25.1.

¹⁰⁷ GROSSO, *I legati nel diritto romano*, cit., pp. 127-132.

¹⁰⁸ Per un'approssimazione al ruolo *lato sensu* culturale dei legati nella società romana, così come emergente dalle discussioni dei giuristi, L. BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, in *RHDFE*, 43, 1965, pp. 333-408. L'indagine di G ENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., part. pp. 5-23, pp. 135-151, per quel che qui rileva in tema di *penus legata*, ha messo in luce il rapporto e l'entità degli acquisti patrimoniali che si realizzavano *mortis causa*, proponendo un quadro complesso nella verisimile prospettiva unificante che fu propria della giurisprudenza romana. Cfr. E. DOVERE, *Una «sfida» sistematica: la morte come occasione d'acquisto*, in *Rivista di Diritto Romano*, 11, 2011, 1-10 (estr.), per un intervento in proposito.

28

29

30