



**SCRITTI DI STORIA
DEL DIRITTO
E BIBLIOGRAFIA
GIURIDICA OFFERTI
A GIULIANO BONFANTI**

a cura di
ugo petronio e oliviero diliberto

prefazione di
massimo gatta

biblohaus **BH**

**SCRITTI DI STORIA
DEL DIRITTO
E BIBLIOGRAFIA
GIURIDICA OFFERTI
A GIULIANO BONFANTI**

a cura di
ugo petronio e oliviero diliberto

prefazione di
massimo gatta

biblohaus 

scritti di storia del diritto e bibliografia giuridica offerti a giuliano bonfanti

biblohaus
www.biblohaus.it
info@biblohaus.it
macerata

isbn 978-88-95844-20-6

progetto grafico e impaginazione
paolo flamini
fredi perucci

stampa digitale
www.stampalibri.it
info@stampalibri.it

in base alle leggi sull'editoria ogni riproduzione di quest'opera,
anche parziale è illegale e vietata.
tutti i diritti riservati.

prima edizione © febbraio 2012

biblohaus e stampalibri.it rispettano l'ambiente
perché utilizzano carte riciclate ed ecologiche.



nota dell'editore:

l'editore sarà grato a quanti potranno segnalare inesattezze ed omissioni, che saranno tenute in considerazione per future edizioni:
info@biblohaus.it

in copertina:

il frontespizio di uno dei più importanti cataloghi della libreria Bonfanti,
dedicato al grande giurista Andrea Alciato.

una bibliografia ragionata in tema di *querela inofficiosi testamenti*: schede di lettura

daniela di ottavio

1. Come noto, la *querela inofficiosi testamenti* (*q.i.t.*) è l'azione con la quale i figli ingiustamente diseredati e/o i congiunti esclusi dal testamento ne attaccavano la validità, sostenendo che il *de cuius* dovesse essere considerato *come se* non fosse nel pieno possesso delle sue facoltà mentali nel momento in cui aveva redatto il negozio¹. Questo *color insaniae* (così è stata definita la “finzione” o “assimilazione” alla follia posta a fondamento dell'azione dai giureconsulti di epoca classica²),

¹ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) 768; M. Marone, *Istituzioni di diritto romano* (Palermo 2006) 865 ss. Il contributo che qui si pubblica è peraltro parte di una più vasta ricerca a carattere monografico sulla natura della *q.i.t.*, della quale ho anticipato alcuni temi in un'indagine apparsa pochi anni or sono (*Sui precedenti retorici della querela inofficiosi testamenti*, in *Index* 37 [2009], 293 ss.).

² Nell'ordine: D. 5.2.2 (Marcian. 4 *inst.*): *hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.* D. 5.2.5 (Marcell. 3 *dig.*): *nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et optinere adsidue soleant. Huius autem verbi 'de inofficioso' vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.* Vengono poi in considerazione una nota di Paolo a Scevola contenuta

congiuntamente ad altre apparenti o reali antinomie presenti nelle fonti³, ha creato non pochi problemi agli studiosi che hanno tentato – nel corso dei secoli – di sistematizzare la materia. Questo contributo ha dunque l’obiettivo di offrire alla nostra comunità scientifica uno strumento idoneo a muoversi in una bibliografia vastissima, quanto del tutto frammentaria.

2. Le prime opere sulle quali desidero porre l’attenzione sono due saggi apparsi nel 1907 e nel 1908 *par* Jobbé Duval⁴. Il lavoro di questo fine giurista francese ci consente, infatti, di sintetizzare gli studi condotti sulla *q.i.t.* dalla dottrina più antica sino alla Pandettistica.

82

in D. 5.2.13 (Scaev. 3 *dig.*): *Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente*, D. 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*): [...] *secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur* e una nota di Claudio a Scevola D. 32.36 (*apud* Scaev.18 *dig.* Claud. *notat*): *nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamento facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.*

³ Si è ampiamente discusso in dottrina – come si avrà modo di apprezzare nelle pagine seguenti – in merito al fondamento dell’azione d’inofficiosità (violazione dell’*officium pietatis*, *iniuria*, *color insaniae*), sulle conseguenze (rescissione parziale o totale del testamento inofficioso), nonché sulla struttura processuale dell’azione. Meno dubbi sembrano sorgere in merito al destino delle disposizioni a titolo particolare che cadono nel diritto classico e sopravvivono in quello giustiniano, in seguito alla sistematizzazione della materia introdotta con la Novella 115. Da ultimo, Marrone, *Istituzioni* cit. 869 ss.

⁴ É. Jobbé Duval, *La nature de la querela inofficiosi testamenti selon les jurisconsultes byzantins*, in *Mélanges Fitting I* (Montpellier 1907) 339 ss.; Id., *Histoire de la doctrine relative a la nature de la querela inofficiosi testamenti* (Paris 1908) 1 ss. Segnalo, peraltro, l’esistenza di un ulteriore contributo, maggiormente specifico: Id., *Explication de la loi 16 au code “de inofficioso testamento” 3.28*, in *Mélanges Gérardin* (Paris 1907) 355 ss.

Ne *La nature de la querela inofficiosi testamenti*, Jobbé Duval riconduce direttamente ai frammenti del Digesto una contraddizione destinata a perdurare: un primo gruppo di frammenti [D. 5.2.16.1 (Papin. 5 *quaest.*); D. 5.2.17 e 19 (Paul. 2 *quaest.*); D. 5.2.20 (Scaev. 2 *quaest.*); D. 5.2.21.2 (Paul. 3 *resp.*); D. 5.2.27.3 (Ulp. 6 *opin.*); D. 37.4.20 (Tryph. 10 *disp.*)] presupporrebbe la petizione di eredità intentata dal legittimario ed avente lo scopo di far riconoscere la qualità di erede *ab intestato* mediante la dichiarazione di nullità del testamento *sub colore insaniae*⁵. Il secondo gruppo di frammenti [D. 5.2.6.1 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.25.1 (Ulp. 2 *disp.*); D. 5.2.26 (Ulp. 8 *disp.*)] deporrebbe, invece, per un'autonoma azione di rescissione del testamento con apertura della successione legittima al momento della pronuncia della sentenza di inofficiosità⁶. Coerentemente a questa insita contraddittorietà dei frammenti contenuti nel Digesto, i giusromanisti si sono – a giudizio di Jobbé Duval – subitaneamente divisi in due gruppi: da una parte i fautori della *q.i.t.* come un tipo di *hereditatis petitio* e, dall'altra, coloro i quali ritenevano si trattasse viceversa di un'azione indipendente⁷. Non indagata, al contrario, appare a Jobbé Duval una questione principale di grande importanza, cioè se la *q.i.t.* fosse “un moyen à l'appui d'une *petitio hereditatis* ordinaire ou à l'encontre d'une *petitio hereditatis ex testamento*”, mezzo quest'ultimo del quale ci si sarebbe serviti in occasione di un'azione diversa rispetto alla normale *petitio hereditatis*⁸. Con lo scopo di

⁵ Jobbé Duval, *La nature* cit. 339 ss.

⁶ Jobbé Duval, *La nature* cit. 440.

⁷ Jobbé Duval, *La nature* cit. 440.

⁸ Jobbé Duval, *La nature* cit. 440.

rispondere a questo interrogativo, Jobbé Duval dedica entrambi i suoi lavori allo studio, come si diceva, della dottrina della *q.i.t.* dall'epoca anteriore ai glossatori sino al XIX secolo. In particolare, proprio i glossatori avvertirono la contraddizione esistente nelle fonti concernenti la *q.i.t.*, oscillando tra quanti tentarono di conciliarle⁹ e quanti invece avrebbero “négligèrent les textes qui les embarrassaient”¹⁰.

Una solida dottrina sarebbe emersa tuttavia già con Bulgaro e i c.d. quattro dottori, poi ripresa da Roffredo da Benevento, Rogerio e Giovanni Bassiano, persuasi che la *q.i.t.* fosse un'azione autonoma finalizzata alla rescissione del testamento e alla successiva petizione di eredità. Questa teoria sarebbe stata seguita, secondo Jobbé Duval, da Azzone, Ugolino dei Presbiteri, Accursio e Odofredo, raccogliendo così le maggiori adesioni tra la seconda metà del dodicesimo secolo e il tredicesimo¹¹. I giureconsulti del quattordicesimo e quindicesimo secolo avrebbero seguito la dottrina degli ultimi glossatori¹², ma – proprio a cavallo tra quattordicesimo e quindicesimo secolo – accade un evento importante ai fini dello studio sulla *q.i.t.*: Raffaele Fulgosio tornò a puntare l'attenzione su un elemento che era stato completamente trascurato nei secoli precedenti, il *color insaniae*¹³. Fulgosio, ricorda Jobbé Duval, identifica la *q.i.t.* in una *petitio hereditatis* fittizia, paragonabile all'*actio Publiciana*¹⁴. Il XVI secolo

⁹ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 10 nt. 4.

¹⁰ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 11.

¹¹ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 15.

¹² Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 18.

¹³ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 19 ss.

¹⁴ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 21.

è segnato, come noto, dalla scoperta d'importantissime fonti, prima fra tutte dei Basilici. Jobbé Duval valuta questo elemento quando affronta la disamina delle teorie emerse nel sedicesimo secolo sulla *q.i.t.*¹⁵. Viene in considerazione, ad esempio, Wigle van Aytta van Zwychem che, acquistato un manoscritto contenente i libri 38-42 dei Basilici, si persuade che la *querela* non sia un'azione, bensì una *causa actionis* della *petitio hereditatis*¹⁶. Secondo un altro gruppo di studiosi, tra cui Hotman, Cujas e Doneau, la *q.i.t.* è un tipo di *petitio hereditatis*, una *petitio hereditatis sui generis*¹⁷. Doneau, ad esempio, riteneva che la *q.i.t.* fosse una *petitio hereditatis* con caratteristiche particolari (*petitio specialis*), mentre Cujas parlava di *petitio hereditatis quae datur ex causa inofficiosi testamenti*¹⁸: coerentemente il legittimario veniva identificato nell'erede *ab intestato*. Nel diciassettesimo secolo spicca l'opera di un altro grande giurista, Fabrot¹⁹. Secondo il nostro autore²⁰, Fabrot ripresenta l'idea di una *q.i.t.* quale *causa actionis* di una petizione di eredità²¹. All'impostazione della *q.i.t.* come peti-

¹⁵ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 21 ss.

¹⁶ D. Vigliū Zwichemi jureconsulti clarissimi commentaria in decem titulos Institutionum juris civilis (cito dall'ediz. Leovardiae 1643) 267. Segnalo che l'opera è stata recentemente (2009) ripubblicata dalla Kessinger Publishing, casa editrice con sede in Whitefish (Montana) USA che si dedica, sostanzialmente, a scannerizzare e fotocopiare libri rari, di cui non esistono riedizioni o ripubblicazioni, per impedirne la scomparsa.

¹⁷ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 26 ss.

¹⁸ J. Cujas, *Recitationes Solemnes ad tit. de inoff. test. D. 5.2* (Prati 1836) col. 271.

¹⁹ C. A. Fabrot, *Basilikōn libri 60. In 7 tomos diuisi* (Paris 1647); Id., *Theophilii Antecessoris Institutionum Libri 4* (Paris 1657); Id. (cur.), *Iacobi Cuiacii. Operum postumorum quae de iure reliquit, tomus primus. Sive Papinianus quo continentur ad uniuersa Papiniani opera, quae in Pandectis supersunt, recitationes acutissimae & utilissimae* (Lutetiae Parisiorum 1658).

²⁰ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 33.

²¹ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 33.

zione d'eredità *sui generis* avrebbero fatto riferimento il Vinnen, il Voet e il Noodt senza apportare particolari cambiamenti²², mentre originale sarebbe stato il lavoro di J. Fernandez de Retes²³ che, accanto ad una *querela causa petendae hereditatis*, avrebbe suggerito l'esistenza anche di un'azione speciale avente lo scopo di rescindere il testamento: il legittimario avrebbe potuto scegliere fra le due opzioni²⁴. Una forte smentita della *q.i.t.* quale petizione d'eredità *sui generis* arriverà solo nel 1820 con un giurista tedesco, M. C. Klenze, che si pronuncia senz'altro per l'idea di un'azione indipendente²⁵. Tuttavia, il tema era destinato a complicarsi ulteriormente: con la scoperta delle Istituzioni di Gaio, si inizia a porre non solo il tema della natura della *q.i.t.*, ma anche della sua procedura, cioè come questa si potesse conciliare con il processo per *legis actiones* seguito dal tribunale centumvirale.

Il prezioso lavoro di ricognizione della storia della storiografia di Jobbé Duval, tuttavia, non valuta il lavoro di un giurista che, per la sua importanza, non può – a mio giudizio – essere assolutamente trascurato. Mi riferisco a C. F. Glück che proprio in quegli anni pubblica la sua monumentale opera di commento alle Pandette. Lasciamo, dunque, Jobbé Duval per incamminarci autonomamente nel seguito dello studio sulla storiografia della *q.i.t.*, non senza aver prima ricordato le conclusioni cui, prevedibilmente, Jobbé Duval

²² Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 34.

²³ J. Fernandez de Retes, *Ad titulos de bonorum possessione contra tabulas, de lagatis praestandis et de inofficioso testamento* (Salmaticca 1663) 117 ss.

²⁴ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 35.

²⁵ A. C. Klenze, *Querelae inofficiosi testamenti natura ex principiis Juris Romani Antejustiniani Dissertatio* (Berolini 1820).

stesso giunge al termine del suo lavoro: “or, à notre avis, l’application de ce fécondes méthodes à l’examen du problème de la nature de la *querela inofficiosi testamenti* conduit à la considérer comme un incident de la pétition d’hérédité”²⁶.

3. Glück²⁷ dedica al tema della *q.i.t.* una lunga indagine, sistematica e approfondita, anche se – in talune circostanze – forse poco perspicua, sovrapponendosi tra loro nell’esposizione – senza che sia operata una netta divisione – discipline eterogenee²⁸. L’autore si dedica alla ricostruzione dell’istituto, descrivendo le origini e la natura dell’azione, non solo con riferimento alle innovazioni apportate dalla Novella 115, ma anche con riguardo al regime giuridico vigente in precedenza, presso il c.d. ‘diritto antico’. Glück, dopo aver premesso paragrafi volti ad un inquadramento dello stesso diritto ereditario romano, con un approfondimento di taluni generali aspetti (concetto di *hereditas*, nozione di erede necessario e volontario, un’approfondita disamina della legittima), inizia ad occuparsi del tema dell’inofficiosità²⁹. L’autore chiarisce preliminarmente i concetti di diseredazione e

²⁶ Jobbé Duval, *Histoire de la doctrine* cit. 47.

²⁷ C. F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* VI-VII (Erlangen 1800-1804) 527 ss. e 1 ss. Nel corso del mio lavoro farò riferimento alla traduzione curata da B. Brugi: Glück, *Commentario alle Pandette* V, trad. e ann. da B. Brugi (Milano 1863) 1 ss.

²⁸ È quel che si verifica con riguardo alla determinazione degli effetti della *q.i.t.*, rispetto alla quale Glück sembra distinguere le ipotesi della rescissione parziale e totale del testamento inofficioso, nonché la disciplina vigente in epoca giustiniana e quella pregressa, senza che però risulti – in modo sempre intellegibile – il destino giuridico delle disposizioni a titolo particolare.

²⁹ Glück, *Commentario* cit. 498 ss.

preterizione, specificandone gli effetti con lo scopo di definire la struttura dei rimedi processuali offerti agli esclusi per conseguire, in tutto o in parte, l'eredità. A tal proposito, l'*exheredatio* è definita come “la espressa dichiarazione del defunto, fatta in un testamento e nella debita forma, che colui cui diversamente sarebbe spettata la legittima, non debba essere erede”³⁰, con ciò individuando come possibili diseredati solo gli eredi necessari completamente esclusi dall'eredità o che non abbiano ricevuto nella sua interezza la quota *ex lege* prevista. Il più antico diritto romano – sostiene l'autore – escludeva l'azionabilità della *q.i.t.* solo se il *de cuius* avesse lasciato all'*heres* una frazione del patrimonio ereditario insufficiente ad integrare la parte dovuta, ma con la dichiarazione espressa in testamento che questa venisse completata *boni viri arbitratu*: in questo caso, l'erede poteva agire solo per l'integrazione della legittima. In epoca giustiniana, al contrario, l'*heres necessarius* è ritenuto diseredato e legittimato attivamente all'azione d'inofficiosità solo nel caso in cui sia stato completamente escluso dal patrimonio ereditario, poiché se egli è stato istituito, anche in una piccola parte dell'eredità, potrà agire esclusivamente per l'integrazione della quota. Glück precisa i requisiti della diseredazione che deve essere espressa³¹, contenuta in un testamento³² e fatta nelle

³⁰ Glück, *Commentario* cit. 499.

³¹ Glück, *Commentario* cit. 501 accenna all'intervento dell'imperatore Costanzo che, con una costituzione innovatrice del precedente regime, abolì il necessario uso di formule determinate ai fini della legittimità della diseredazione stessa. In base alla nuova disciplina, l'esclusione dalla successione poteva darsi con qualsivoglia locuzione: l'importante era che fosse espressa.

³² Glück, *Commentario* cit. 502 ricorda come la presenza di una disereda-

debite forme, altrimenti – in caso contrario – la si considererà alla stregua di una preterizione.

Si ha *praeteritio* nel caso in cui l'erede necessario non sia stato legittimamente istituito, né *rite* diseredato. A giudizio dell'autore, i casi che rientravano nella previsione legislativa prescindevano dal solo contegno silenzioso del testatore, abbracciando ipotesi eterogenee. Si aveva, infatti, preterizione quando l'ereditando avesse fatto menzione dell'*heres necessarius* nel testamento per diseredarlo, ma la diseredazione non fosse legittima, perché ad esempio sottoposta a condizione. Ugualmente dicasi per i casi in cui l'*heres* non fosse stato correttamente istituito, come quando l'istituzione del *suus* fosse sottoposta a condizione fisicamente o moralmente impossibile o venisse lasciata la quota prevista *ex lege* ai legittimati, ma in una disposizione a titolo particolare senza che vi fosse un'istituzione di erede.

Glück prosegue col distinguere i due tipi di diseredazione, quella *mala mente facta*, con la quale si puniva la cattiva condotta del diseredato, e quella *bona mente facta*, che aveva, invece, lo scopo di conservare all'*heres* il suo patrimonio. In entrambi i casi, l'esclusione presupponeva un legittimo motivo la cui individuazione nel caso concreto era lasciata, in epoca classica, al giudizio dei centumviri³³, poiché le cause della diseredazione non erano state ancora tassativa-

zione in un documento, facesse prova in merito alla natura dello stesso, che veniva – nel dubbio se fosse da considerarsi un testamento o un codicillo – inteso quale testamento.

³³ Glück, *Commentario* cit. 505 precisa che i centumviri erano chiamati, in concreto, a stabilire se l'escluso avesse meritato o meno la diseredazione e che, sovente, anche gli imperatori intervenivano con rescritti a soluzione di una controversia in tema di diseredazione.

mente individuate. Giustiniano fu, ricorda l'autore, il primo a ritenere che una decisione di tanta importanza come questa non potesse essere lasciata al solo criterio dei giudicanti. Stabili così nella Novella 115, con riferimento alla *exhereditio mala mente facta*, quattordici giuste cause per diseredare i discendenti e otto per diseredare gli ascendenti, nulla stabilendo apparentemente per fratelli e sorelle, lasciando – a giudizio dello studioso – ancora in vigore, limitatamente a tali ultimi congiunti, la disciplina pregressa. Altri studiosi³⁴ ritenevano, invece, che le giuste cause di diseredazione per i fratelli e le sorelle fossero riconducibili alle disposizioni introdotte con la Novella 22, nella quale erano indicati i casi in cui ad un fratello ingrato non spettasse la successione legittima. In proposito, Glück osserva che non vi è identità tra le cause di esclusione dalla successione *ab intestato* e quelle relative alla successione testamentaria, semmai è possibile un'occasionale coincidenza, come accade nella Novella 115, in cui solo alcuni dei motivi previsti *ex lege* come legittimanti la diseredazione escludono al contempo dalla successione intestata. Inoltre, Glück considera inverosimile che Giustiniano avesse stabilito prima le cause di diseredazione per i fratelli e le sorelle e, solo in seguito, per i discendenti e gli ascendenti. Tra le cause di diseredazione per i discendenti, Glück distingue quelle che riguardano entrambi i sessi³⁵, da quelle specifiche

³⁴ Glück, *Commentario* cit. 506.

³⁵ Glück, *Commentario* cit. 509 ss. elenca le cause di diseredazione introdotte dalla Novella 115 e riguardanti entrambi i sessi: le ingiurie c.d. *atroces* con le quali si attacca fisicamente il genitore (bastonate, schiaffi o sferzate) o si dimostra disprezzo nei suoi confronti (sputare addosso o gettare altre sporchie); le ingiurie gravi, come la falsa attribuzione di azioni disonorevoli, la redazione di disegni offensivi, l'uso di appel-

per i figli maschi³⁶ e quelle tipicamente individuate per le figlie femmine³⁷, dopo aver analizzato le quali passa all'esame delle cause di diseredazione indicate per gli ascendenti³⁸. Tema controverso è se, per queste cause, sia possibile un'interpretazione estensiva o meno, ciò che discende dalla valutazione di un brano della Novella 115 (Nov. 115. 3.1). Alcuni autori ricollegano a tale testo legislativo un divieto assoluto di interpretazione estensiva, per altri un'interpretazione strettamente letterale della norma comporterebbe delle conseguenze irragionevoli, perché sarebbero esclusi comportamenti ancor peggiori di quelli indicati nella

91

³⁶ Glück, *Commentario* cit. 522 ss. indica le cause di diseredazione per il solo sesso maschile: accusa penale nei confronti del genitore di un delitto che non sia di alto tradimento; rapporti sessuali del figlio con la matrigna o con la concubina del padre; quando il figlio si dedica ai malfeci, esercitando l'incantesimo o la fabbrica dei veleni; quando il figlio, pur potendolo fare, si rifiuta di liberare mediante fideiussione i genitori che si trovano in prigione per debiti o per un delitto.

³⁷ Glück, *Commentario* cit. 526 ss. elenca le cause di diseredazione per le sole figlie femmine: quando la figlia rifiuta un matrimonio propositole con dote dai genitori o dagli avi e, in luogo di questo, sceglia una vita turpe.

³⁸ Glück, *Commentario* cit. 531 indica le cause per cui possono essere diseredati gli ascendenti: l'aver denunciato un figlio per un delitto per il quale è prevista la pena capitale; l'aver attentato alla vita dei figli per mezzo di veleni o incantesimi; l'aver il padre sedotto la figliastra o la concubina del figlio; l'aver il genitore impedito al figlio di fare testamento; l'aver un genitore somministrato veleno all'altro; l'aver i genitori trascurato il figlio, *furiosus* che ha riacquistato la sanità; il mancato riscatto da parte del genitore del figlio caduto in schiavitù; avere i genitori aderito ad una setta eretica.

costituzione. Glück sostiene, in proposito, che solo ciò che secondo le parole può essere compreso nella Novella come legittima causa di diseredazione appartiene ad essa.

Lo studioso prosegue con l'occuparsi della diseredazione *bona mente facta*, affermando che essa ha luogo:

a) quando i figli, colpiti da infermità mentale o prodighi, vengano diseredati dal *pater* che – contestualmente – istituisce eredi i nipoti e a loro lascia i necessari alimenti;

b) quando i figli sono ancora impuberi e il *pater* teme che il patrimonio cada in mani poco sicure, egli può diseredarli e istituire eredi altri soggetti con l'impegno, però, da parte di questi ultimi, di prendersi cura degli impuberi e di restituire l'eredità ad essi una volta raggiunta la pubertà.

92

Le ipotesi, in tal caso, non sarebbero tassative e una diseredazione *bona mente facta* potrebbe verificarsi in ogni circostanza in cui l'*heres necessarius* possa essere danneggiato per un suo proprio comportamento o per il modo di agire di altri verso di lui. In entrambi i casi, sia che la diseredazione fosse *bona mente* che *mala mente facta*, era necessario che i legittimi motivi di diseredazione fossero indicati nel testamento, affinché questo non venisse impugnato. L'erede istituito doveva, inoltre, essere in grado di dimostrare la verità della causa addotta, qualora questa venisse contestata, poiché – come ricorda Glück – già precedentemente alle innovazioni giustinianee, l'onere probatorio incombeva sul diseredato solo se la diseredazione fosse avvenuta *tout court*, senza indicazione di un motivo specifico, o se si fosse fatto solo un cenno del tutto

generale ai motivi di ingratitudine. In caso contrario, se un motivo era indicato nel testamento, era l'erede istituito a doverne dimostrare la veridicità per respingere la pretesa attorea. Glück passa, quindi, ad occuparsi degli effetti della diseredazione e della preterizione, indicando gli strumenti che gli eredi necessari avevano a disposizione contro l'ingiusta esclusione: impugnare il testamento come *nullum* e come *ruptum*, domandare la *bonorum possessio contra tabulas* e promuovere la *querela inofficiosi testamenti*. In base al diritto 'antico', cioè quello in vigore precedentemente all'emanazione della Novella 115, qualora un padre avesse diseredato o preterito un erede necessario senza rispettare la forma legislativamente richiesta, l'escluso già nato aveva a disposizione la *querela nullitatis* per caducare il testamento e, con esso, tutte le disposizioni testamentarie. Il postumo poteva, invece, impugnare il testamento come *ruptum*, raggiungendo i medesimi effetti. L'erede pretorio impetrava la *bonorum possessio contra tabulas* (di seguito *b.p.c.t.*), accordata anche – se richiesta – all'*heres* civile necessario, mentre nel caso in cui questo fosse stato escluso nel rispetto delle forme prescritte, il testamento era valido ed egli poteva solo intentare la *querela inofficiosi testamenti*, a cui l'erede pretorio doveva 'aprirsi la via' con la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* (di seguito *b.p.l.o.g.*). Glück precisa che se il padre o un ascendente paterno avessero escluso il figlio o il discendente già nato al tempo della redazione del testamento senza una formale diseredazione o istituzione, ove i figli – al momento della morte del padre – fossero ancora sotto la sua potestà, il testamento sarebbe nullo e potrebbe proporsi la *querela*

nullitatis o chiedersi la *b.p.c.t.*; se, al contrario, i figli fossero stati emancipati, il testamento non sarebbe nullo perché essi non sono *sui heredes*, ma il pretore li avrebbe posti nella condizione di *sui* e avrebbe concesso loro la *b.p.c.t.* Se i figli fossero stati diseredati formalmente, ma senza legittimo motivo, potevano agire con la *q.i.t.*, salvo che non fosse stata lasciata loro una parte dei beni corrispondente alla legittima. Nel caso in cui fosse stato preterito un postumo che, concepito al tempo in cui fu fatto il testamento, se nato sarebbe stato un *suus* del *de cuius*, tale circostanza rompeva il testamento e si poteva anche impetrare la *b.p.c.t.* Se, al contrario, pur essendo stato concepito al tempo in cui venne fatto testamento, non fosse un *suus* del testatore, poteva chiedere esclusivamente la *b.p.c.t.* I postumi ingiustamente diseredati avevano, invece, a disposizione la *q.i.t.* In merito agli effetti prodotti dalle diverse azioni indicate, l'autore precisa che la *querela nullitatis* invalidava l'intero testamento, facendo cadere tutte le disposizioni testamentarie. Tale ipotesi si realizzava anche nel caso in cui il testamento fosse stato *ruptum*, mentre con la *q.i.t.* il testamento veniva spesso solo parzialmente rescisso, poiché l'erede poteva chiedere solo quella parte di eredità che avrebbe ottenuto se il padre fosse morto intestato (ad es. nel caso in cui di due figli l'uno fosse stato istituito e l'altro diseredato, quest'ultimo poteva agire per la rescissione del testamento limitatamente alla sua quota di eredità e, rispetto ad essa, il testamento era rescisso). Solo il figlio unico erede intestato, avendo diritto all'intera eredità, esercitando la *querela* determinava la caducazione di tutto il testamento e,

pertanto, non valevano le disposizioni in esso contenute compresa la clausola codicillare. In merito alla *querela*, si precisa che l'azione può essere proposta entro cinque anni dall'apertura della successione testamentaria e che si trasmette agli eredi solo qualora *praeeparata*³⁹ o, nel caso in cui fosse diseredato il figlio emancipato, questi avesse ottenuto la *b.p.l.o.g.* Ulteriore presupposto, giuridicamente ovvio, per l'esperibilità dell'azione è che l'erede testamentario abbia adito l'eredità. Se il testamento fosse stato, invece, attaccato con la *b.p.c.t.* dal figlio preterito, esso è rescisso e si apre la successione intestata, eccetto che nel testamento sia istituito erede un altro figlio e questo abbia accettato l'eredità: si avrebbe – in tal caso – una rescissione parziale. Inoltre, sostiene Glück, non devono pagarsi tutti i legati come nel caso della *q.i.t.*, ma solo quelli che sono stati lasciati ai figli, agli ascendenti, alla moglie e alla nuora del testatore. Nel caso in cui siano stati la madre o un ascendente materno a preterire o diseredare i discendenti, l'unico rimedio esperibile è proprio la *q.i.t.*, poiché la preterizione dei figli – non avendo la madre *sui* – ha sempre l'effetto di una diseredazione e, pertanto, può essere impugnata solo se ingiustificata ed esclusivamente con l'azione di inofficiosità. Anche nel caso di rescissione del testamento inofficioso materno si producono i medesimi effetti caducatori che derivano dalla proposizione dell'azione contro il testamento paterno, tranne che nell'isolato caso in cui la madre abbia ritenuto morto il figlio preterito: i legati – in tal caso – devono rimanere validi. Se fossero stati esclusi gli ascendenti, la

³⁹ Glück, *Commentario* cit. 534 nt. 11.

preterizione valeva come diseredazione e, pertanto, qualora questa fosse stata ingiustificata, sarebbe stata proponibile l'azione d'inofficiosità. Comunque, il padre del figlio emancipato, poiché patrono, poteva ottenere la *b.p.c.t.* Infine, nell'ipotesi in cui fossero stati esclusi fratelli e sorelle, il testamento poteva essere attaccato solo come inofficioso quando fossero state ad essi preferite persone turpi e l'esclusione fosse immeritata. Inoltre, la *querela* dei fratelli e delle sorelle di regola annullava totalmente il testamento e potevano, pertanto, chiedersi i legati già pagati. L'autore, dopo aver passato in rassegna gli effetti della diseredazione e della preterizione e gli strumenti processuali di tutela offerti agli esclusi, affronta il tema concernente le innovazioni apportate dalla Novella 115. In proposito, premette che nulla è mutato riguardo all'esclusione dei collaterali, mentre la disposizione normativa conterrebbe importanti cambiamenti riguardo alla diseredazione e preterizione dei discendenti e degli ascendenti. Questi ultimi sarebbero stati, infatti, correttamente esclusi soltanto nel caso in cui fosse stata addotta nominatamente una delle cause indicate dalla legge, cause che l'erede istituito doveva essere in grado di provare. Se non siano state osservate queste disposizioni, il testamento può essere attaccato anche qualora il figlio escluso abbia ricevuto la quota di legittima. Tuttavia, la legge stabilisce anche che, qualora il testamento non sia stato redatto secondo tali disposizioni, viene annullata la istituzione di erede e subentra la successione intestata, ma ogni altra disposizione rimane valida e deve essere adempiuta la volontà del testatore, come se il testamento in

quella parte non fosse stato rescisso. In merito al rapporto tra la precedente disciplina della preterizione e della diseredazione e le innovazioni introdotte con la Novella 115, sorgono alcune questioni che Glück così riassume:

a) i figli preteriti da un discendente paterno o non *rite* diseredati, possono ancora promuovere la *querela nullitatis*, in modo che il testamento sia del tutto caducato, comprese le disposizioni a titolo particolare ivi contenute? Gli autori – dice lo studioso – sono divisi sul punto. Alcuni⁴⁰ affermano che la preterizione dei figli non produce altro effetto rispetto a quello stabilito dalla Novella 115 e, quindi, cade soltanto l’istituzione di erede. Altri⁴¹ distinguono tra i figli che si trovavano in potestà del testatore e gli emancipati: i primi, se preteriti, avrebbero potuto in ogni caso promuovere la *querela nullitatis*, facendo cadere l’intero testamento e le disposizioni in esso contenute; gli emancipati preteriti avrebbero potuto, invece, impugnare come nullo il testamento sulla base della stessa Novella 115, non essendo più costretti a ricorrere alla *b.p.c.t.* Secondo altri⁴², infine, la disposizione giustiniana nulla innoverebbe nel caso che i figli siano stati preteriti da ascendenti paterni, poiché agirebbero con la *querela nullitatis* o con la *b.p.c.t.*, rispettivamente se figli in potestà o emancipati. La prima tesi, precisa l’autore, è quella accolta nella pratica e – sostiene Glück – con fondamento, in particolare nella parte in cui individua una disciplina comune, sia nel caso che i figli siano stati preteriti con testamento materno, sia nel caso che siano

⁴⁰ Glück, *Commentario* cit. 589 nt. 11.

⁴¹ Glück, *Commentario* cit. 589 nt. 12.

⁴² Glück, *Commentario* cit. 589 nt. 13.

stati esclusi con testamento dall'ascendente paterno. Tuttavia, lo studioso aggiunge che la vera intenzione del legislatore non sarebbe stata quella di innovare la disciplina vigente con riguardo alla preterizione con testamento paterno, poiché – in tale ipotesi – i figli erano già sufficientemente tutelati, potendo esperire l'azione di nullità. Al contrario, l'intenzione del legislatore sarebbe stata quella di intervenire in quei casi in cui la diseredazione era permessa e la preterizione valida. Giustiniano, sostanzialmente, lascia inalterata l'antica disciplina nel caso di completa esclusione dei figli nel testamento paterno. In tal caso, i *sui* agiscono con la *querela nullitatis*, gli emancipati con la *b.p.c.t.* e i postumi impugnano il testamento come *ruptum*. Se i figli, invece, pur non essendo istituiti eredi, sono stati oggetto di disposizione, avendo loro il padre lasciata la legittima, si ha una vera preterizione e il testamento può essere impugnato, ma – applicandosi la novella 115 – viene rescissa solo l'istituzione di erede, rimanendo valide le ulteriori disposizioni;

b) viene, poi, in argomento se i figli emancipati preteriti o legittimamente diseredati secondo l'antico diritto, abbiano bisogno della *b.p.c.t.* o impugnino, al contrario, al pari dei *liberi*, il testamento paterno come invalido. Glück ritiene che, avendo la Novella 118 equiparati gli emancipati ai *sui* con riguardo alla successione intestata, essi non abbiano più bisogno della *bonorum possessio*, ma – al pari dei *sui* – attaccano come nullo il testamento. Inoltre, in ragione dell'equiparazione, gli emancipati non dovrebbero più richiedere la *b.p.l.o.g.* la quale, sostiene l'autore, serviva notoriamente per procurare loro un diritto di successione

intestata, ponendoli nella condizione di *sui heredes* affinché potessero promuovere la *querela inofficiosi*, alla quale altrimenti non avrebbero avuto alcun diritto;

c) infine, il punto più controverso è rappresentato dal caso in cui l'esclusione di figli e genitori sia fatta conformemente all'antico diritto, ma in violazione delle nuove disposizioni, non essendo stato addotto nessun legittimo motivo o uno falso. Il dubbio attiene a quale delle due azioni bisogna ricorrere, se a quella di nullità o alla *q.i.t.* Secondo i sostenitori del c.d. sistema dell'inofficiosità, l'azione sarebbe la stessa, cioè la *querela*, sia se l'esclusione non fosse accompagnata dall'indicazione di alcun legittimo motivo, sia se ne fosse stato addotto uno o se il motivo, seppur legittimo, fosse in realtà falso. Giustiniano, infatti, si esprime in modo tale che – nel caso di inesatta osservazione della disciplina da lui introdotta – il testamento non sia nullo *ipso iure*, ma debba essere annullato dal giudice. Ciò sarebbe, peraltro, confermato dal fatto che i legati conservano la loro validità e il testamento, rispetto ad essi, non è annullato. Contrariamente alla verosimiglianza di tale tesi – specifica Glück – si può argomentare che la *querela* presuppone un testamento valido secondo il diritto civile e siffatto non sarebbe se, contravvenendo ad una esplicita disposizione della novella, non fosse indicato – ai fini della esclusione – alcun motivo o ne fosse indicato uno non legittimo o falso: in questo caso il testamento sarebbe radicalmente nullo. Inoltre, chi promuove la *querela* si fonda sull'immeritata esclusione; se nessun motivo è però addotto, non si potrà verificare la fondatezza o meno dell'esclusione, con la conseguenza che l'attore vince-

rebbe, anche se il giusto motivo esistesse nella realtà. Infine, non si può neppur dire che si abbia un atto inofficioso per la sola circostanza che il testatore non avesse indicato il motivo della diseredazione; se si fosse pensato alla *querela*, dunque, dovrebbe bastare che il *de cuius* abbia avuto presente una giusta causa di esclusione, di cui l'erede possa dimostrare la fondatezza.

I sostenitori del sistema della nullità distinguerebbero il caso in cui genitori e figli siano stati esclusi validamente secondo il precedente diritto e il caso in cui sia addotta o meno una legittima causa. In quest'ultima ipotesi, il testamento sarebbe nullo, mentre nel primo caso il testamento sarebbe inofficioso, anche se le conseguenze delle due azioni sarebbero le stesse: annullamento della sola istituzione di erede. A questa tesi si oppone, però, la circostanza che Giustiniano tratta congiuntamente i due casi, con la desumibile conclusione che l'azione che si applica sia la stessa. Sarebbe, infatti, inverosimile che con l'unica espressione *testamento evacuato* ci si possa indifferentemente riferire ad un testamento rescindibile e ad uno nullo *stricto iure*.

Al di là di tale principale dicotomia, altri studiosi hanno proposto sistemi alternativi, come lo Schneidt⁴³ che credeva fosse stata introdotta un'azione nuova, la *condictio ex lege*. L'antica *querela* non sarebbe stata, infatti, più applicabile perché il motivo della nuova azione non riposava più sul presupposto che il testatore fosse infermo di mente (con conseguente caducazione dell'intero testamento), bensì sull'inosservanza

⁴³ J. M. Schneidt, *Dissertatio Inauguralis Juris Civilis Et Franconici De Querela Inofficiosi Inter Parentes Et Liberos Exule: Una Cum Subjunctis Ex Universo Jure Corollariis* (Würzburg 1778): Glück, *Commentario* cit. 603 ss.

delle nuove prescrizioni introdotte in novella, per la qual cosa il testamento sarebbe annullato limitatamente all'istituzione di erede. Contro questa opinione, Koch⁴⁴ ha fatto notare che una *condictio ex lege* non può essere azione reale, ma solo personale e che la nuova azione potrebbe comunque essere una specie della petizione di eredità e, pertanto, reale. Inoltre, una visione d'insieme della storia del diritto romano mostrerebbe come non di rado una legge conservi validità anche quando i motivi su cui si fondava siano venuti meno. Glück, dopo aver ricordato due ulteriori e minoritarie tesi sostenute da Woltaer e Höpfner⁴⁵ procede con l'espone la propria opinione, accordata al sistema della inofficiosità. Lo studioso ritiene, infatti, che non vi sarebbe – all'interno della Novella 115 – alcun indizio dell'intenzione di Giustiniano di abolire la *querela*. L'imperatore richiederebbe l'indicazione di un legittimo motivo non perché voglia ricondurre alla sua eventuale assenza la nullità del testamento, ma con lo scopo di mettere il medesimo al sicuro da ogni impugnativa. Alla luce di ciò, l'indicazione del motivo appartiene alla legittimità dell'esclusione, non alla forma della stessa, che va valutata sulla base del precedente diritto. Inoltre, l'azione d'inofficiosità – afferma Glück – è giustamente utilizzabile anche nel caso in cui la legittima causa non è stata indicata, perché proprio tale mancanza rende l'esclusione ingiusta e inofficiosa. L'autore ritiene che, sulla base

⁴⁴ J. C. Koch, *Bonorum possessio: Litterarisches Testament* (Giessen 1799): Glück, *Commentario* cit. 604 ss.

⁴⁵ J. C. Woltaer, *Observationes, quae ad ius civile et Brandenburgicum pertinent* (Halle 1777); L. J. F. Höpfner, *Commentar über die Heineccischen Institutionen* (Frankfurt 1803): Glück, *Commentario* cit. 606 ss.

della nuova disposizione normativa, vi fosse una sola azione esercitabile e questa fosse la *querela*. In particolare, nel caso in cui un ascendente paterno avesse interamente preterito il discendente, quest'ultimo poteva agire con la *querela nullitatis* od anche con la *b.p.c.t.*; se al figlio fosse stata lasciata la legittima, ma non attraverso l'istituzione di erede, egli potrebbe impugnare il testamento come inofficioso, sulla base della novella. Se la preterizione è avvenuta, invece, da parte di un ascendente diverso da quello paterno, la preterizione ha l'effetto della diseredazione. In caso di diseredazione degli eredi necessari, se la *exhereditatio* è invalida per il precedente diritto, si avrà la nullità del testamento in tal guisa redatto dall'ascendente paterno, essendo considerata come preterizione; se la diseredazione è valida per il precedente diritto, l'esclusione sarà legittima se avvenuta per giusta causa, sarà illegittima – e dunque impugnabile con la *querela* – se la giusta causa manchi o sia falsa. In particolare, figli e genitori potranno agire quando o non sia indicata una delle cause previste nella Novella 115 o, pur essendo indicata, l'erede non sia stato in grado di provarne la veridicità. Fratelli e sorelle, invece, potranno esperire l'azione di inofficiosità quando sia stata loro preferita una persona turpe e spregevole.

Secondo la ricostruzione di Glück, pertanto, un testamento sarebbe inofficioso quando è valido rispetto alla forma, ma è impugnabile perché sottrae la legittima al figlio o in modo inofficioso o mediante completa esclusione o senza rispettare quella maniera che la legge gli impone. Glück inizia poi⁴⁶ ad occuparsi

⁴⁶ Glück, *Commentario* cit. 614.

esclusivamente della *q.i.t.*, individuandone da subito i tratti – a suo giudizio – peculiari. Innanzitutto, l'autore precisa che il testamento può essere impugnato come inofficioso in tre modi diversi: a) in via di eccezione; b) con un'azione; c) in replica.

La prima ipotesi si verifica nel caso in cui il diseredato sia nel possesso dei beni ereditari, in guisa che non abbia in concreto necessità di sollevare l'azione di inofficiosità, ma può attendere che sia l'erede testamentario ad agire con una *hereditatis petitio*. Solo allora il diseredato proporrà le sue doglianze sotto forma di *exceptio preiudicialis*, determinando la sospensione del giudizio decisorio. Unicamente in questo caso – quando la *querela* sia proposta sotto forma di eccezione – il giudizio ha natura esclusivamente rescissoria, poiché il diseredato si trova già nel possesso dei beni. Quando il diseredato non sia nel possesso dei beni, egli potrà proporre o l'azione di inofficiosità o la semplice *hereditatis petitio* durante la quale, all'eccezione dell'erede convenuto che affermi l'esistenza di un valido testamento, il diseredato replicherà di non aver meritato la diseredazione. Glück sostanzialmente ritiene che l'azione d'inofficiosità⁴⁷ – tranne nel caso in cui sia proposta con eccezione – abbia natura petitoria, sia cioè volta all'annullamento del testamento, all'apertura della successione legittima e alla condanna del convenuto alla restituzione dell'eredità. Presupposto fondamentale dell'azione sarebbe, pertanto, l'esistenza – in capo al querelante – di un diritto alla successione intestata. In merito alle origini, l'azione⁴⁸

⁴⁷ Glück, *Commentario* cit. 617 specifica che l'azione di inofficiosità debba considerarsi una specie della *hereditatis petitio*.

⁴⁸ Glück, *Commentario* cit. 619 § 553.

si sarebbe affermata nella prassi del tribunale centumvirale ad opera della giurisprudenza e ciò emerge, in particolare, dal fondamento della medesima, individuato nella finzione di follia del testatore. Se, infatti, la *querela* fosse stata introdotta con una legge, non ci sarebbe stato bisogno di ricorrere a tale *escamotage* per introdurre l'azione. Alla luce di ciò, Glück nega che la *querela* possa essere stata introdotta con la non meglio precisata *lex Glitia*⁴⁹ o con costituzioni imperiali, poiché in tale ultimo caso non si spiegherebbe come essa avrebbe potuto essere impiegata già in epoca repubblicana, come esplicitamente dimostrano Val. Max. 7.7 e Cic. *Verr.* 2.1.107⁵⁰. Infine, neppure può ammettersi, a giudizio dell'autore, che la *querela* abbia origine pretoria, poiché – sebbene non possa negarsi che il pretore per primo abbia negato validità ai testamenti inofficiosi – sembra che il magistrato abbia, in un noto passo di Val. Max. 7.7.5⁵¹ (sul quale si fonda prevalentemente la tesi pretoria), più che altro posto il richiedente nella posizione di poter esercitare l'azione d'inofficiosità, concedendogli la *bonorum possessio unde cognati*, piuttosto che introdotto egli stesso il rimedio processuale dell'inofficiosità. In merito alla legittimazione attiva⁵², Glück sostiene che essa spettasse ai discendenti eredi intestati – anche postumi – che avessero diritto alla legittima, agli ascendenti, in quanto spetti loro la legittima, ai fratelli e alle sorelle⁵³ se sia

⁴⁹ Glück, *Commentario* cit. 619 nt. 11.

⁵⁰ Glück, *Commentario* cit. 621 nt. 18 e 19.

⁵¹ Glück, *Commentario* cit. 622 nt. 24.

⁵² Glück, *Commentario* cit. 625.

⁵³ Glück, *Commentario* cit. 629 specifica che dalla *querela* erano esclusi gli *uterini*.

stata loro preferita una persona turpe. Inoltre, egli ritiene che nella *querela* abbia luogo la *successio ordinum* e cioè che qualora l'erede necessario cui compete l'azione non l'avesse promossa o, promuovendola, avesse perduto il processo, in tal caso subentrerebbe nella *querela* la successiva classe di eredi necessari. Glück nega, invece, la *successio graduum*, portando a sostegno della sua tesi l'analisi di due casi:

a) un padre disereda il figlio e preterisce il nipote da questo generato. Il figlio non può o non vuole promuovere la *querela* o, avendola promossa, ha perduto il processo: il nipote preterito non può promuovere l'azione d'inofficiosità, perché egli non è erede necessario (il padre è sopravvissuto all'avo), né il pretore gli concede la *bonorum possessio* e lo stesso Giustiniano ha negato la *querela* al nipote *ex sua persona* quando il padre, per prescrizione o rinuncia, ne sia escluso;

b) un figlio ha diseredato o preterito suo padre e quest'ultimo non può o non vuole promuovere la *querela*. Anche in tal caso, similmente a quello appena esposto, l'avo non può subentrare nell'azione perché l'esistenza del padre, sopravvissuto al testatore, esclude gli ulteriori ascendenti. Legittimato passivamente è, invece, l'erede istituito o chiunque altro subentri al suo posto. L'onere probatorio⁵⁴ è diversamente ripartito in base alla disciplina applicabile (giustiniana o pregressa) e al motivo dell'inofficiosità, cioè se questo sia tale perché nessuna causa di diseredazione è stata indicata nel testamento o se, al contrario, sia tale perché è indicato un motivo falso. Alla luce di ciò, nel caso in cui ascendenti e discendenti siano stati disere-

⁵⁴ Glück, *Commentario* cit. 642 ss.

dati senza che fosse addotta alcuna causa, l'azione è incondizionatamente fondata e non esiste possibilità per l'erede istituito di presentare prove a favore della validità del testamento. Se, al contrario, ascendenti e discendenti siano stati esclusi con indicazione della causa, sarà onere dell'erede testamentario provare la veridicità del motivo addotto. Con riguardo all'esclusione dei collaterali, applicandosi in tale ipotesi la disciplina previgente, sono emerse in proposito diverse tesi in dottrina. Secondo alcuni autori⁵⁵ ricorda Glück, fratelli e sorelle dovrebbero sempre provare che l'erede istituito è una persona turpe e spregevole, mentre non avrebbero bisogno di sostenere in giudizio la correttezza del loro comportamento nei confronti dell'ereditando. Altri⁵⁶ credono applicabile la disciplina dettata dalla Novella 115, mentre Glück ritiene che, non essendo specificamente indicata alcuna causa di esclusione, l'onere probatorio incomba sull'escluso. Tuttavia, il diseredato deve provare esclusivamente di non aver meritato di essere trascurato dal congiunto nel testamento. Nel caso in cui, al contrario, un motivo fosse stato addotto, anche per il precedente diritto la prova era addossata al convenuto con la *querela inofficiosi*. In merito al fondamento dell'azione⁵⁷, il *color insaniae*, Glück ritiene che la Novella 115 lo abbia abolito con riguardo a figli e genitori, poiché in tale caso il testamento è ritenuto ormai inofficioso solo quando non sia stata indicata una giusta causa di diseredazione o se, indicata, essa sia falsa. Inoltre, ulteriore

⁵⁵ Glück, *Commentario* cit. 647 nt. 20.

⁵⁶ Glück, *Commentario* cit. 647 nt. 22.

⁵⁷ Glück, *Commentario* cit. 656 § 557.

conferma della scomparsa della finzione di follia nei casi prima richiamati è deducibile dalla nuova disciplina degli effetti della dichiarata inofficiosità di un testamento: in base alla Novella 115 cade esclusivamente la istituzione di erede, tutto il resto del testamento conserva, invece, validità. Al contrario, nel caso in cui querelanti siano fratelli e sorelle, il *color insaniae* continua la sua funzione originaria, poiché – essendo immutata la disciplina – è necessario che il congiunto ricorra alla finzione di follia quando vuole infirmare *in toto* il testamento, caducando anche le disposizioni a titolo particolare. La parziale sopravvivenza del *color insaniae* sarebbe confermata dalla presenza di riferimenti ad esso nel Digesto, D. 5.2.2 (Marcian. 4 *inst.*) e D. 5.2.5 (Marcell. 3 *dig.*), nelle I. 2.18 e in Teofilo *paraph. inst.* 2.18 pr., ad ulteriore conferma dell'attualità del suo utilizzo. Glück sostanzia, riprendendo in parte concetti già espressi, che la *querela* ha lo scopo di ottenere la rescissione del testamento e la restituzione dell'eredità. Esistono, precisa, dei casi in cui il querelante non può agire per l'intera eredità:

a) quando l'erede necessario non è il solo erede legittimo e questo si verifica nelle fattispecie descritte in D. 5.2.8.8 (Ulp. 14 *ad ed.*), D. 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*), D. 5.2.17 (Paul. 2 *quaest.*), D. 5.2.23.2 (Paul. *l. s. de inoff. test.*), D. 5.2.16 (Papin. 2 *resp.*), nonché se insieme all'erede necessario ve ne siano altri che hanno uguale diritto alla *querela*;

b) quando vi siano più eredi testamentari e solo riguardo ad alcuni di essi il testamento venga rescisso e sono le ipotesi indicate in D. 5.2.24 (Ulp. 48 *ad Sab.*) e D. 5.2.15 (Papin. 14 *quaest.*);

c) quando il querelante sia stato ammesso all'azione per errore, non avendo egli legittimazione attiva, ed abbia agito e ottenuto contro un solo erede istituito, rimanendo il testamento valido rispetto all'altro coerede [D. 5.2.25 (Ulp. 2 *disp.*)]. In merito agli effetti⁵⁸ della *q.i.t.*, l'autore distingue l'ipotesi in cui il testamento sia stato interamente rescisso da quella in cui, al contrario, la rescissione sia solo parziale. Se il testamento è stato rescisso *pro parte*, si verifica una successione mista, cioè riguardo al querelante ha luogo una successione legittima, mentre si verifica una successione testamentaria riguardo a quella parte dell'eredità che conserva l'erede istituito nel testamento. Se l'azione sia stata intentata da un fratello o una sorella contro l'erede turpe istituito, la rescissione del testamento conserva gli effetti provocati dalla disciplina precedente e il testamento è rescisso. Nel caso in cui, invece, la *querela* sia promossa da un ascendente o discendente del testatore, cade unicamente l'istituzione di erede e i legati conservano efficacia. Se, al contrario, il testamento è stato rescisso del tutto, riguardo all'erede istituito l'eredità si considera come se non fosse mai stata adita, riguardo al querelante si verifica la successione legittima. In merito alla validità delle disposizioni a titolo particolare contenute nel testamento totalmente o parzialmente rescisso, Glück distingue tra la disciplina vigente precedentemente alle innovazioni giustinianee e quella vigente successivamente all'emanazione della Novella 115. Egli, infatti, rileva come l'azione promossa da figli e genitori non importi l'invalidità dei legati o delle altre disposizioni, poiché Giustiniano aveva intenzione di limitare

⁵⁸ Glück, *Commentario* cit. 673 § 558.

gli effetti della sentenza d'inefficienza alla caducazione dell'istituzione di erede, confermando la validità di tutte le altre disposizioni testamentarie. Nell'ipotesi in cui, al contrario, la *querela* sia proposta da fratelli e sorelle, l'autore – ritenendo in proposito ancora vigente l'antico diritto, fondato tra l'altro sull'infermità di mente del testatore – ritiene che i legati e tutte le altre disposizioni cadano. Glück precisa poi che la *querela* ha un ambito di applicazione residuale⁵⁹, cioè è ammessa solo quando non vi siano altri mezzi giuridici per conseguire l'eredità, che non si trasmette agli eredi, a meno che l'escluso non abbia in vita preparato la lite, che non può più proporsi decorsi cinque anni e che il querelante la cui azione sia stata respinta perde l'eventuale legato lasciato nel testamento. Infine, la *querela* cessa⁶⁰ per volontaria rinuncia dell'erede necessario, espressa o tacita, mentre non ha luogo se la diseredazione sia *bona mente facta* o riguardi il testamento di un soldato.

4. Eisele⁶¹, alla fine del XIX secolo, propone una tesi innovativa in tema di *q.i.t.*, destinata ad influenzare notevolmente i successivi studi sulla materia. Numerosi autori, sollecitati dalle nuove prospettive proposte, avrebbero, infatti, cercato di confutare le considerazioni dello studioso tedesco o si sarebbero collocati nel solco da lui tracciato, approfondendo ed ulteriormente sostenendo la tesi avanzata. Eisele propone una ricostruzione dell'istituto che, nelle intenzioni, avrebbe dovuto superare le contraddizioni nascenti dall'analisi delle fonti giuridiche e l'annosa disputa tra coloro i

⁵⁹ Glück, *Commentario* cit. 685 § 559.

⁶⁰ Glück, *Commentario* cit. 694 § 560.

⁶¹ F. Heisele, *Zur querela inofficiosi testamenti*, in *ZSS* 15 (1894) 256 ss.

quali ritenevano che la *querela* fosse un'azione petitoria e coloro per i quali essa era, invece, un'azione meramente rescissoria, alla quale avrebbe dovuto seguire o una *hereditatis petitio* o una *adgnitio bonorum possessionis*. L'autore, infatti, sostiene l'esistenza di due *querelae*, la *querela centumvirale*, incidente processuale di una normale *hereditatis petitio*, sollevata dall'erede legittimo diseredato o preterito ingiustamente e fondato sulla presunta infermità di mente del *de cuius* e la *querela cognitio*. Nella prima (*querela centumvirale*) i centumviri, sensibili alle istanze di rinnovamento del sistema successorio, avrebbero accolto il rilievo dell'infermità di mente e, dichiarato nullo il testamento, avrebbero assegnato l'eredità *ab intestato* al querelante. Si sarebbe, pertanto, trattato di un'azione petitoria fondata sul *color insaniae*. La *querela cognitio*, invece, esercitabile nella *cognitio extra ordinem*, sarebbe stata introdotta da una *lex Glitia* per consentire a chi abitava in provincia (giacché i centumviri giudicavano solo in Roma) e a chi era successibile *ab intestato* per il solo diritto pretorio di poter intentare l'azione. Essa sarebbe stata fondata non più sul *color insaniae*, bensì sull'*iniuria* arrecata dal testatore al congiunto e avrebbe avuto l'unico scopo di far dichiarare nullo il testamento: il querelante avrebbe dovuto poi esercitare l'azione petitoria per entrare nel possesso dei beni. In tal senso, la *querela cognitio* sarebbe stata un'azione autonoma, indirizzata alla sola rescissione del testamento cui sarebbe seguito l'esperimento della petizione di eredità. Competenti a giudicare in provincia sarebbero stati i *septemviri*, come si arguirebbe dal titolo di un'opera di Paolo (*liber singularis de septemviralibus iudiciis*) concernente il testamento

inofficioso. Infine, in epoca giustiniana, le due *querelae* sarebbero state unificate, diventando l'azione d'inofficiosità una *causa* della petizione di eredità.

5. Wlassak, nella voce della *PWRE* dedicata al tribunale centumvirale, si occupa anche della *q.i.t.*⁶² L'autore depone per un'origine recente dell'azione d'inofficiosità, temporalmente collocata non oltre l'epoca augustea. Nata come incidente della petizione di eredità, sarebbe stata in seguito accolta nel *ius honorarium*, di cui avrebbe seguito il procedimento formulare, stante l'allusione, nei frammenti giustiniani, del giudice unico quale punto di riferimento nella decisione concernente l'inofficiosità. L'azione sarebbe stata introdotta da una *sponsio preiudicialis*.

111

6. Fadda si occupa brevemente della *q.i.t.* nel lavoro monografico dedicato al diritto ereditario romano⁶³. L'autore annovera la *querela* tra le azioni *vindictam spirantes* e la definisce come “quel rimedio giuridico per cui il legittimario ingiustamente diseredato attaccava il testamento che lo privava del suo diritto di legittima”⁶⁴. L'azione sarebbe stata il risultato di una pratica giudiziaria, facente capo ad una finzione di follia del testatore, il cui punto focale sarebbe stato rappresentato dall'onorabilità del legittimario. In particolare, Fadda pone in risalto il carattere *ingiurioso* della *querela* stessa⁶⁵.

⁶² M. Wlassak, s.v. «Centumviri», in *PWRE* III.2 (Stuttgart 1899) 1944. Si veda, peraltro, già, Id., *Römische Prozessgesetze* I (Leipzig 1888) 214 ss.

⁶³ C. Fadda, *Diritto ereditario romano* I (Napoli 1900-1902) 197 ss.

⁶⁴ Fadda, *Diritto ereditario* cit. 197.

⁶⁵ Fadda, *Diritto ereditario* cit. 198.

7. Chabrun ha dedicato alla *q.i.t.* un'opera monografica, che costituisce in modo evidente una prima reazione alla tesi avanzata da Eisele, concernente l'esistenza di due *querelae* sostanzialmente diverse⁶⁶. Chabrun era convinto, infatti, della struttura unitaria della *querela*, incidente della *hereditatis petitio* fondato sul *color insaniae*⁶⁷. In particolare, originariamente (I sec. a.C.) le cause concernenti i testamenti inofficiosi sarebbero state rare e risolte dal pretore o dall'imperatore in forza del loro *imperium*⁶⁸. Nello stesso periodo, i prossimi congiunti avrebbero iniziato a proporre una *hereditatis petitio* presso il tribunale centumvirale al solo scopo di esercitare una pressione psicologica nei confronti degli eredi istituiti *ex testamento*, affinché rinunciassero ai loro diritti⁶⁹. Solo in un secondo momento, gli eredi testamentari avrebbero risposto al *sacramentum* ed i centumviri sarebbero allora intervenuti introducendo la *querela* vera e propria a tutela degli esclusi.

8. La monografia⁷⁰ di Hellwig si inserisce nel rinnovato interesse che conosce lo studio della *q.i.t.* nei primi anni del XX secolo. Partendo dalla tesi di Eisele, Hellwig sostiene l'esistenza di due *querelae*, una esperibile nel corso di una petizione di eredità presso il tribunale centumvirale e una che seguiva le forme della *cognitio*

⁶⁶ C. Chabrun, *Essai sur la querela inofficiosi testamenti* (Paris 1906).

⁶⁷ Chabrun, *Essai sur la querela* cit. 26 ss.

⁶⁸ Chabrun, *Essai sur la querela* cit. 10 ss.

⁶⁹ Chabrun, *Essai sur la querela* cit. 20 ss.

⁷⁰ H. Hellwig, *Erbrechtsfeststellung und Reszission des Erbschaftserwerb. Beiträge zur Lehre von der querela inofficiosi testamenti des klassischen römischen Rechts* (Leipzig 1908).

extra ordinem. Tuttavia, a differenza di Eisele, Hellwig ritiene che l'unificazione delle due *querelae* si sia realizzata in epoca classica e non giustiniana.

9. Von Woess sviluppa la tesi del Wlassak e sostiene un'origine pretoria della *q.i.t.*⁷¹. In particolare, il pretore avrebbe concesso, di volta in volta, la *b.p.c.t.* ai prossimi congiunti del *de cuius*, diseredati o preteriti ingiustamente. Il procedimento si sarebbe svolto dinanzi al pretore o delegato ai centumviri, previa *sponsio praeiudicialis* condizionata all'inofficiosità del testamento.

113

10. La Pira affronta il tema della *q.i.t.* nell'ambito del ben noto lavoro monografico dedicato alla successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano⁷². L'autore pone i vincoli parentali al centro delle sue considerazioni afferenti la disciplina delle vocazioni ereditarie intestate, individuando il ruolo dominante della famiglia agnaticia per l'epoca più antica⁷³ e il vincolo di parentela naturale per il periodo successivo⁷⁴, così come tutelato dal pretore, dal *ius civile novum* e dal diritto giustiniano. La *q.i.t.* rappresenterebbe, in tal senso, lo strumento concesso a tutela delle vocazioni ereditarie dei più prossimi parenti, concepite come diritti soggettivi di carattere necessario⁷⁵ e la cui base sarebbe da ricercare nel

⁷¹ F. Von Woess, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter* (Berlin 1911) 178 ss.

⁷² G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Firenze 1930) 412 ss.

⁷³ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 1 ss.

⁷⁴ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 227 ss.

⁷⁵ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 412.

rapporto di parentela naturale, giuridicamente riconosciuto dal pretore. Tale rapporto avrebbe trovato, peraltro, compiuta realizzazione con l'inserzione nel sistema successorio della classe dei *cognati*; la circostanza deporrebbe, pertanto, per l'origine pretoria della stessa *querela*, poiché azione posta a tutela degli interessi del vincolo parentale naturale. In seguito, l'azione sarebbe stata recepita dal diritto civile attraverso la *lex Glitia* definita dallo stesso autore come misteriosa. La Pira ritiene che l'origine pretoria dell'azione di inofficiosità sarebbe testimoniata dalla spettanza della *querela* ai prossimi parenti sulla base del semplice rapporto di parentela, dal fatto che i parenti siano legittimati all'azione secondo l'ordine caratteristico delle vocazioni ereditarie pretorie, dalla conformità strutturale dell'azione con la *b.p.c.t.* del patrono, dall'identità di alcuni punti tra *b.p.c.t.* dei liberi e *q.i.t.*⁷⁶. L'autore sostiene che in origine la *querela* si svolse dalla *bonorum possessio cum re* che il pretore concedeva ai parenti prossimi, diseredati o preteriti, contro gli eredi civili ai quali negava la *legis actio*⁷⁷. A testimonianza di ciò, La Pira propone lo studio di Val. Max. 7.7.5 in cui è descritto il provvedimento adottato dal pretore Calpurnio Pisone: quest'ultimo concesse la *bonorum possessio* al padre naturale, denegando l'azione agli eredi testamentari istituiti dal figlio dato in adozione. Il procedimento pretorio è precisato da La Pira, il quale ritiene che il pretore, prima di attribuire il possesso dei beni ereditari, demandasse *extra ordinem* ad un suo commissario la *querela* deferitagli dall'escluso. Il giudice avrebbe dovuto pronun-

⁷⁶ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 413.

⁷⁷ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 414 ss.

ciarsi in merito all'inofficiosità del testamento che, se acclarata, avrebbe determinato la concessione della *b.p.* Tuttavia, tale pronuncia non poteva intaccare la validità del testamento, obiettivo che venne realizzato solo quando l'azione venne recepita dal *ius civile*⁷⁸. In merito al *color insaniae*, La Pira sostiene che esso non abbia avuto alcun rilievo giuridico nel diritto classico, poiché la *querela* classica non mira all'apertura della successione intestata, ma esclusivamente a rimuovere l'*iniuria* arrecata col testamento ai prossimi parenti⁷⁹ secondo le modalità sopra esposte. Tuttavia, a questa concezione classica se ne sostituirebbe un'altra nel diritto postclassico, avente a fondamento proprio il *color insaniae* che “da mera giustificazione retorica viene elevato a vera ragione giuridica della nullità del testamento”⁸⁰. Conseguenze del cambiamento furono che l'azione sarebbe stata in quell'epoca indirizzata all'annullamento del testamento ed all'apertura della successione *ab intestato* e di essa avrebbero beneficiato, pertanto, esclusivamente i successibili legittimi. La Pira affronta poi il tema del rapporto tra l'ordine dei legittimari e quello dei successibili *ab intestato* nel diritto classico e postclassico⁸¹. In base ai frammenti di D. 5.2.1 (Ulp. 14 *ad ed.*), D. 5.2.15 (Papin. 14 *quaest.*), D. 5.2.2 (Marcian. 4 *inst.*) si deduce, sostiene l'autore, che la *querela* era concessa a figli e genitori indipendentemente dalla posizione agnatizia. La legittimazione del figlio dato in adozione, risolta con incertezza dai giureconsulti, sembrerebbe attestata già dai brani di

⁷⁸ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 415.

⁷⁹ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 417.

⁸⁰ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 417.

⁸¹ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 418 ss.

Val. Max. (7.7.2; 7.7.5), mentre sarebbe certa la legittimazione ad esperire l'azione da parte dei figli contro il testamento materno e viceversa [D. 5.2.5 (Marcell. 3 *dig.*); D. 5.2.29 (Ulp. 6 *opin.*); C. 3.28.15 (a. 245); C. 3.28.17 (a. 284)]. La legittimazione attiva del postumo sarebbe confermata da D. 5.2.6 (Ulp. 14 *ad ed.*), mentre relativamente a quella di fratelli e sorelle l'autore precisa che prima della riforma di Costantino tutti i fratelli potevano esperire la *querela* e che esisteva, dunque, in epoca classica, una identità virtuale tra la classe dei cognati e i legittimari⁸². Essi stavano in un ordine di sequenza, esattamente come i cognati nelle vocazioni ereditarie intestate. La circostanza che tutti i cognati fossero legittimari sarebbe confermata, a giudizio dell'autore, dai seguenti fatti: la cerchia dei legittimari cominciò ad essere ristretta in epoca postclassica, tramite una costituzione di Diocleziano e Massimiano, C. 3.28.21 (a. 294), che escludeva dalla *querela* i figli del fratello e della sorella; la restrizione della qualità dei legittimari ai soli fratelli consanguinei è dovuta a Costantino, C. 3.28.27 (a. 319); la delazione successiva fra i legittimari non era limitata. In proposito, il silenzio delle fonti relativo ad una coincidenza fra legittimari e cognati, si spiegherebbe con interventi interpolazionistici volti a sopprimere i brani in cui tale identità era espressa⁸³. Alla luce di ciò, La Pira, dopo aver ricordato i frammenti in cui v'è menzione della *successio* fra i legittimari [D. 5.2.31 (Paul. *l. s. de sept. iud.*); D. 5.2.14 (Papin. 5 *quaest.*)], propone lo studio dei passi che egli ritiene interpolati: D. 5.2.1 e 5.2.6 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.16.1 (Papin. 2

⁸² La Pira, *La successione ereditaria* cit. 423.

⁸³ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 424 ss.

resp.), evidenziandone le soppressioni e modificazioni. Alla luce di esse, La Pira ritiene acclarato che in diritto classico la *querela* fosse data ai cognati indipendentemente dalla loro qualità di successibili *ab intestato* e secondo l'ordine di sequenza che il pretore aveva creato nella loro categoria. La *q.i.t.* avrebbe rescisso parzialmente il testamento, nei limiti in cui questo avesse arrecato *iniuria* al testatore⁸⁴. Nel diritto postclassico, invece, legittimari sarebbero solo figli, genitori e fratelli e sorelle germani ed esiste un legame tra tale qualità e l'essere prossimo successibile *ab intestato* del *de cuius*: la *querela*, in quest'epoca, rescinderebbe interamente il testamento, aprendosi così la successione intestata⁸⁵. La ragione del cambiamento risiederebbe nel diverso valore attribuito al *color insaniae* che da giustificazione retorica diviene causa giuridica della nullità del testamento e la crescente preminenza assunta dalla categoria dei legittimi nell'ordine delle chiamate ereditarie. A proposito dei presupposti per l'esperibilità dell'azione, La Pira sostiene la necessità, sia per il diritto classico sia per quello postclassico, dell'adizione dell'eredità *ex testamento*⁸⁶ [D. 5.2.8.10 (Ulp. 14 *ad ed.*)] e della sussistenza, in capo al querelante, della legittimazione attiva. Quest'ultima sarebbe stata attribuita dal pretore tramite la concessione della *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, conferente la qualità di erede pretorio al querelante⁸⁷. Il fondamento *ingiurioso* dell'azione in epoca classica sarebbe confermato dalla lettura di alcune fonti: D. 5.2.3 e 5

⁸⁴ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 429 ss.

⁸⁵ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 430 ss.

⁸⁶ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 434 ss.

⁸⁷ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 436.

(Marcell. 3 *dig.*); D. 5.2.2 (Marcian. 4 *inst.*); D. 5.2.4 (Gai. *l. s. ad l. Glit.*). Il riconoscimento dell'*iniuria* arrecata determinerebbe la vittoria nel *iudicium rescindens* e il contestuale successo nel giudizio ad esso collegato (*hereditatis petitio* o *interdictum quorum bonorum*)⁸⁸. Questo collegamento scomparirebbe in epoca postclassica, poiché l'azione si fonderebbe ormai sul *color insaniae*: i due giudizi, pertanto, non sarebbero necessariamente collegati, potendosi ottenere la caducazione del testamento, ma non la vittoria nella *hereditatis petitio*⁸⁹. In diritto classico, legittimati passivamente alla *querela* sono gli eredi istituiti nel testamento che abbiano adito l'eredità. In via eccezionale, chi avesse occupato il posto degli eredi testamentari: fedecommesso universale, *b.p.c.t.*, il legittimario *sequens* che avesse intentato vittoriosamente la *querela* prima del *praecedens* e il fisco⁹⁰. Una distinzione andrebbe operata, invece, in epoca postclassica, poiché – sostiene La Pira – “la legittimazione passiva alla *querela* non determina al tempo stesso la legittimazione passiva alla *hereditatis petitio*, perché può avvenire che coloro che sono passivamente legittimati alla *querela*, e contro i quali la *querela* stessa sia stata vittoriosamente esperita, non siano, tuttavia, almeno nei confronti del querelante vincitore, tenuti a trasferire a lui il possesso dei beni ereditari”⁹¹. Gli effetti⁹² della *q.i.t.* in epoca classica dipendono, secondo La Pira, dalla rescissione totale o parziale del testamento. Nel caso in cui vi sia un solo

⁸⁸ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 440.

⁸⁹ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 441.

⁹⁰ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 443.

⁹¹ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 449.

⁹² La Pira, *La successione ereditaria* cit. 449 ss.

legittimario che vince, il testamento è rescisso nella sua interezza e cadono tutte le disposizioni in esso contenute [D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.21.2 (Paul. 3 *resp.*); C. 3.28.22 (a. 294)]. Qualora, invece, il testamento sia stato parzialmente rescisso, il legittimario succede entro tali limiti al defunto: non valgono legati e fedecommessi, mentre conservano efficacia le manomissioni [C. 3.28.13 (a. 239); D. 5.2.15.2 (Papin. 14 *quaest.*); D. 5.2.24 (Ulp. 48 *ad Sab.*); D. 5.2.10 (Marcell. 3 *dig.*)]. La Pira ritiene, inoltre, operante in epoca classica il diritto di accrescimento a favore del legittimario querelante e vincente a discapito del legittimario che abbia rinunciato all'azione o sia stato escluso o abbia perso la lite: in tal caso il testamento è rescisso integralmente e a favore del querelante vittorioso [D. 5.2.23.2 (Paul. *l. s. de inoff. test.*); D. 5.2.17 pr. (Paul. 2 *quaest.*); D. 5.2.16 pr. (Papin. 2 *resp.*)]. In epoca postclassica, invece, la *querela*, determinando la caducazione del testamento e l'apertura della successione legittima, giova a tutti i successibili *ab intestato*⁹³, tranne a coloro che non esperimentarono la *querela repudiantis animo* e coloro che furono vinti nel giudizio: essi sono, infatti, considerati premorti. La concezione postclassica emergerebbe dalla lettura dell'interpolato frammento ulpiano (14 *ad ed.*) D. 5.2.8.8, dalla quale affiora che anche i successibili *ab intestato* non querelanti sono chiamati all'acquisto dell'eredità con il vincitore, sempre che non abbiano agito *repudiantis animo*⁹⁴. Alla luce di tali considerazioni, La Pira interpreta la *lex damnata*, D. 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*), nella quale egli rinviene le due concezioni, classica e postclassica,

⁹³ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 456 ss.

⁹⁴ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 458 ss.

finora esaminate⁹⁵. In merito agli effetti della *q.i.t.* in epoca postclassica, La Pira⁹⁶ sostiene che essa si basava sulla presunzione assoluta *iuris et de iure* di pazzia del testatore, in conseguenza della quale cadeva il testamento e si apriva la successione legittima. Tuttavia, la rescissione totale del testamento si realizzava solo quando la *querela* fosse stata intentata con successo contro tutti gli eredi istituiti o, intentata contro uno o alcuni di essi, anche gli altri intendessero valersi della pronuncia d'innocuità. In assenza di queste circostanze, il testamento era rescisso solo parzialmente e la successione intestata si apriva limitatamente alla caducazione realizzatasi. A sostegno della tesi proposta, l'autore analizza D. 5.2.6.1 (Ulp. 14 *ad ed.*) e 5.2.8.8; D. 5.2.25.1 (Ulp. 2 *disp.*), D. 5.2.17 pr. (Paul. 2 *quaest.*), nonché D. 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*) in cui la sorella istituita profitta della *querela* intentata dalla preterita e consegue metà dell'asse *ab intestato*. La Pira precisa, inoltre, che il regime descritto è compatibile con la rescissione parziale del testamento alla luce della distinzione esistente tra *querela* e *hereditatis petitio*, poiché la prima è volta alla rescissione dell'intero testamento, ma la seconda non può avere effetto che nei confronti di chi fu convenuto nel primo giudizio⁹⁷. Le disposizioni contenute nel testamento, coerentemente, cadranno totalmente o parzialmente, con l'unica eccezione delle manomissioni, non revocabili quando la *querela* sia stata esperita *post quinquennium*⁹⁸. Sono esclusi dall'esperibilità della *querela* i legittimari

⁹⁵ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 459 ss.

⁹⁶ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 463 ss.

⁹⁷ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 465.

⁹⁸ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 466 ss.

cui sia stata lasciata la *portio debita* con atto *mortis causa* od *inter vivos*; coloro i quali hanno diritto alla *quarta divi Pii* o che, istituiti *ex asse*, possono trattenere la quarta *ex lege Falcidia*; coloro che abbiano riconosciuto la volontà testamentaria, abbiano rinunciato all'azione o l'abbiano abbandonata; il decorso dei cinque anni utili ai fini dell'introduzione della lite; infine, l'introduzione dell'*actio ad supplendam legitimam*, in forza della quale il parzialmente escluso non poteva intentare la *querela*, ma agire per l'integrazione della *portio debita*⁹⁹. La Pira affronta poi il tema della trasmissione della *q.i.t.*, operando una tripartizione della relativa disciplina: l'ormai nota distinzione tra regime classico e postclassico, cui si aggiunge una bipartizione all'interno del primo periodo considerato¹⁰⁰. L'autore ritiene, infatti, che vi fosse una differenza nella disciplina della trasmissione dell'azione determinata dall'organo presso il quale la *q.i.t.* veniva incardinata, cioè se esso fosse il tribunale centumvirale o un organo della *cognitio extra ordinem*. La Pira individua nella *litis contestatio* e nella *bonorum possessio litis ordinandae gratia* i presupposti per la trasmissione dell'azione, rispettivamente nella procedura centumvirale e in quella *extra ordinem*. In diritto postclassico, invece, presupposto per la trasmissione dell'azione è l'adizione dell'eredità da parte del legittimario defunto, adizione che si considera compiuta per il solo fatto della *praeparatio litis*. Nel periodo giustiniano, La Pira ritiene integrata la *querela* nell'ambito della disciplina della successione contro il testamento che assurge, in tale epoca,

⁹⁹ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 468 ss.

¹⁰⁰ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 472 ss.

a sistema unitario¹⁰¹. Questo sistema sarebbe stato innovato dalla Novella 115, la quale sancisce innanzitutto la necessità dell'istituzione per gli ascendenti e i discendenti. Questi ultimi possono essere esclusi solo in presenza di una delle cause esplicitamente sancite da Giustiniano ed opportunamente indicate nel testamento. In mancanza di tali condizioni il testamento è invalidato limitatamente all'istituzione di erede e si fa luogo alla successione intestata, fatte salve le disposizioni a titolo particolare ivi contenute. Alla luce di ciò, l'unico punto di coincidenza tra la disciplina giustiniana della *querela* e quella postclassica è rappresentato dall'apertura della successione intestata¹⁰². Per il resto, la disciplina dell'azione risulta invariata. Tuttavia, La Pira ritiene che questo strumento processuale, che integra *querela*, azione di nullità fondata sulla *praeteritio* dei *sui* e *b.p.c.t.*, non possa più indicarsi con il nome di *querela inofficiosi testamenti*, essendo – tra l'altro – venuto meno il segno distintivo di essa: il *color insaniae*. Esiste, pur sempre, un legame di derivazione tra le due azioni che consente l'estensione alla nuova azione delle disposizioni non abrogate o mutate, disciplinanti la *querela* postclassica. In merito alla struttura processuale¹⁰³ della *querela*, La Pira ritiene che originariamente essa consistesse nell'attribuzione della *bonorum possessio sine lege*, preceduta da una *causae cognitio*. In seguito, la *causae cognitio* dà luogo ad un processo di cognizione vero e proprio e la *b.p.* è concessa solo *litis ordinandae gratia*: l'attribuzione effettiva dei beni dipenderà dall'esito del giudizio

¹⁰¹ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 486 ss.

¹⁰² La Pira, *La successione ereditaria* cit. 489 ss.

¹⁰³ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 498 ss.

sull'inefficienza del testamento. Le forme processuali sono quelle dell'*agere per sponsionem* presso i centumviri e quella della *extraordinaria cognitio*. La *q.i.t.* sarebbe, in epoca classica, un'azione autonoma ed indipendente dalla *hereditatis petitio* o dall'*interdictum quorum bonorum*, mentre in epoca postclassica e giustiniana essa si presenterebbe normalmente, ma non necessariamente, come *hereditatis petitio* qualificata¹⁰⁴. In tal guisa si chiude la monografia di La Pira. Ad essa, tuttavia, segue un'appendice esegetica e casistica¹⁰⁵ dedicata alla *q.i.t.* Si ritiene, pertanto, opportuno dare nota anche di essa.

Nel primo capitolo dell'appendice, La Pira evidenzia le antinomie presenti nelle fonti, proponendo l'esegesi dei frammenti concernenti il *color insaniae*, lo studio dei quali condurrebbe a ritenere l'azione fondata sulla presunzione di follia del *de cuius*, concessa indifferentemente a legittimari ed estranei, diretta a rescindere il testamento¹⁰⁶. In tal senso, essa sarebbe indipendente dal diritto di successione del querelante. Il tenore di altri testi induce, al contrario, a rilevare una concezione della *querela* come coordinata al diritto di successione dell'attore¹⁰⁷. L'antinomia sarebbe espressione della sovrapposizione¹⁰⁸, nelle fonti giustiniane, di due regimi diversi della *querela*: uno classico fondato sull'*iniuria* e uno postclassico fondato sul *color insaniae*. A sostegno della propria tesi, l'autore adduce l'ese-

¹⁰⁴ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 500.

¹⁰⁵ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 509 ss.

¹⁰⁶ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 510 ss.

¹⁰⁷ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 511 ss.

¹⁰⁸ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 515 ss.

gesi dei passi D. 5.2.25.1 (Ulp. 2 *disp.*)¹⁰⁹, D. 5.2.16.1 (Papin. 2 *resp.*) e D. 5.2.14 (Papin. 5 *dig.*)¹¹⁰. Nel secondo capitolo, La Pira affronta lo studio delle interpolazioni che egli ritiene compiute rispetto ad alcuni frammenti e che rispecchierebbero l'esigenza di adattare i testi classici alla nuova concezione postclassica della *querela*. I frammenti analizzati dall'autore sono: D. 5.2.2 (Marcian. 4 *inst.*); D. 32.36 (Claud. *not. ad Scaev.* 18 *dig.*); D. 5.2.13 (Scaev. 3 *resp.*); D. 5.2.28 (Paul. *l. s. de sept. iud.*); D. 5.2.17.1 (Paul. 2 *quaest.*). A questi studi, La Pira ne aggiunge un altro che si dispiega per un intero capitolo: l'esegesi di D. 5.2.19 (Paul. 2 *resp.*), già ricordato, del quale si evidenzia il carattere insitizio dell'ultima parte e se ne propone una ricostruzione¹¹¹. Infine, La Pira affronta l'esegesi dei passi D. 5.2.17 (Paul. 2 *quaest.*) e D. 5.2.8.8 (Ulp. 14 *ad ed.*) onde inferirne la natura della *querela* in epoca postclassica¹¹², evidenziando come, ancora una volta, dai frammenti emerga nettamente – a suo giudizio – la presenza di due *querelae*.

11. Anche Solazzi si occupa incidentalmente della *q.i.t.* nel lavoro monografico dedicato al diritto successorio romano¹¹³. La digressione sulla *querela* s'inserisce nel più generale contesto di riflessione giuridica sulle eccezioni al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Le ipotesi analizzate da Solazzi sono quattro:

¹⁰⁹ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 522 ss.

¹¹⁰ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 528 ss.

¹¹¹ La Pira, *La successione ereditaria* cit. 548 ss.

¹¹² La Pira, *La successione ereditaria* cit. 558 ss.

¹¹³ S. Solazzi, *Diritto ereditario romano I* (Napoli 1932) 229 ss.

a) il querelante¹¹⁴ riesce vittorioso contro uno solo degli istituiti e non contro gli altri, esito determinato da una eterogena pronuncia delle diverse sezioni del tribunale centumvirale o da valutazioni afferenti il giudizio comparativo tra legittimario ed erede istituito e che potevano condurre a ritenere il querelante idoneo a succedere al *de cuius* solo rispetto ad alcuni istituiti. L'autore propone l'analisi di due frammenti D. 5.2.15.2 (Papin. 14 *quaest.*) e D. 5.2.24 (Ulp. 48 *ad Sab.*) che egli ritiene spurii;

b) il querelante intenta l'azione d'inofficiosità esclusivamente contro uno o alcuni degli istituiti, ma non contro tutti. L'esito, in tale ipotesi, non differisce da quello in precedenza esposto¹¹⁵;

c) uguale soluzione si avrebbe se il diritto obiettivo consentisse la *querela* contro uno solo degli eredi istituiti, come nell'ipotesi esposta in D. 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*), in merito alla quale Solazzi ritiene che il testamento sia stato rescisso totalmente e che la figlia istituita consegua, infine, metà dell'asse in seguito all'apertura della successione *ab intestato*, della quale beneficia¹¹⁶;

d) si ha, infine, l'ipotesi di più persone legittimate ad esperire la *querela* e delle quali solo una agisca o solo una vinca. Il frammento analizzato in proposito è D. 5.2.16 pr. (Papin. 2 *resp.*) rispetto al quale Solazzi propone una restituzione della parte finale in seguito alla quale si evincerebbe con sicurezza che il testamento, anche nell'ipotesi descritta, cadeva nella sua

¹¹⁴ Solazzi, *Diritto ereditario* cit. 229.

¹¹⁵ Solazzi, *Diritto ereditario* cit. 231.

¹¹⁶ Solazzi, *Diritto ereditario* cit. 231 ss.

interezza¹¹⁷. Solazzi ritiene, dunque, che l'unica eccezione al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* sia rappresentato dal testamento militare¹¹⁸, mentre i casi esposti concernenti la *querela* sarebbero fondati su passi spurii, ricostruiti i quali si evincerebbe che l'azione in argomento rescindeva totalmente il testamento e, così facendo, l'attribuzione dei beni agli istituiti si spiegherebbe alla luce della successione *ab intestato* o della *bonorum possessio unde liberi*.

126

12. Krüger¹¹⁹ segue, sostanzialmente, la tesi proposta in tema di *q.i.t.* da Jobbé-Duval precedentemente ricordata. Nel corso del procedimento intentato dal legittimario, sarebbe stata sollevata l'inefficienza del testamento. Ottenuta una pronuncia favorevole, il querelante avrebbe preteso la restituzione dei beni attraverso una petizione di eredità. In tal senso, il giudice dell'azione petitoria si sarebbe servito del *color insaniae* per dichiarare nullo il testamento e assegnare i beni a colui il quale aveva ricevuto una favorevole pronuncia in merito all'inefficienza del testamento.

13. Renier apre il lavoro monografico sulla *q.i.t.* con una breve rassegna della dottrina precedente, evidenziando gli studi condotti in proposito sin dal XII secolo¹²⁰. Dopo aver svolto una breve introduzione

¹¹⁷ Solazzi, *Diritto ereditario* cit. 232 ss.

¹¹⁸ Solazzi, *Diritto ereditario* cit. 236.

¹¹⁹ H. Krüger, *Querela inofficiosi testamenti*, in *ZSS* 57 (1937) 95 ss.; Id., *Zur römischen Pflichtteilsrecht*, in *Festschrift Koschaker* II (1939) 256 ss.; Id., *Nachträge zur querela inofficiosi*, in *BIDR* 47 (1940) 63 ss.

¹²⁰ E. Renier, *Étude sur l'histoire de la querela inofficiosi in droit romain* (Liège 1942) 19 ss.

storica, nella prima sezione¹²¹ l'autore sostiene la debolezza, ai fini della protezione degli eredi naturali, della regola della necessaria istituzione o diseredazione effettuata nelle forme di legge e affronta il tema dell'influenza della filosofia stoica sulla cultura romana. Lo studioso si mostra convinto dell'origine greca del concetto di *officium pietatis* e, a sostegno della propria tesi, propone l'analisi della dottrina stoica, con l'intento di estrapolarne la definizione greca della *pietas*, nonché lo studio delle opere filosofiche di Cicerone, testimonianti la penetrazione di tale filosofia nel pensiero romano. Alla luce di ciò, Renier si propone di rilevare l'influenza greca sulle tendenze della giurisprudenza romana alla fine della repubblica, con particolare riguardo alle obbligazioni alimentari e all'ossequio nei confronti dei genitori. Infine, altro intento dell'autore è di dimostrare l'origine centumvirale della *q.i.t.* e di fissare le data della sua formazione. Il concetto che emerge come centrale nel lavoro di Renier è l'εὐσέβεια, dovere e coscienza di una solidarietà naturale esistente nella famiglia e che si estende alla parentela naturale, ma più specificamente coinvolge i parenti prossimi cui la legge riconosce il potere di succedere¹²². Sarà proprio l'esistenza di un legame 'pio' a fornire il pretesto, dice Renier, a reclamare una parte dell'eredità. Gli autori, le cui opere sono considerate indicative dallo studioso, sono Iseo, Sofocle, Eschilo, Euripide dai quali emerge un concetto di pietà connesso tragicamente con la religione, come accade in Antigone. In quest'ultima opera si afferma l'esistenza in capo alla protagonista di un dovere fami-

¹²¹ Renier, *Étude* cit. 39 ss.

¹²² Renier, *Étude* cit. 40.

gliare da assolvere, conferire degna sepoltura al fratello Polinice, anche se questo significherà violare la legge di Creonte. Si porta in scena un conflitto lacerante, il rispetto dovuto alla patria e quello dovuto ai congiunti, che rivela tuttavia una scala di valori: tra tutte le leggi, la più sacra è quella naturale. Agire contrariamente alla natura lascia presagire un'insanità, come emerge nelle *Fenicie* di Euripide¹²³ e nell'*Antigone* di Sofocle¹²⁴, entrambe disvelanti il legame esistente tra l'empietà e la follia¹²⁵. Renier sottolinea, inoltre, come emerga dalla lettura di numerosi testi, un particolare aspetto dell'*εὐσέβεια*: il dovere di perpetuare il culto dei morti. Questo tema preoccupa, evidentemente, chi non ha o rimane senza figli e deve provvedere, attraverso l'istituto dell'adozione, ad affidare i doveri religiosi ad altro soggetto diverso dal figlio naturale. L'adozione, poiché coincidente con un'istituzione d'erede, trova il suo naturale limite nel dovere di pietà verso la famiglia e, in ragione di ciò, non è realizzabile in presenza di discendenti legittimi. Il sentimento di pietà, oltre ad essere contraddistinto dalla religiosità, trova altre applicazioni per le quali penetra nel diritto attico. L'*εὐσέβεια* è alla base, a giudizio di Renier, delle obbligazioni alimentari dei figli nei confronti dei genitori e del dovere degli ascendenti di non privare i membri della famiglia naturale dei beni. In tal senso, ricorre sovente nelle opere ricordate un legame tra l'empietà e la follia, quest'ultima associata alla prodigalità e all'influenza di una donna¹²⁶, in virtù del quale

¹²³ Euripide, *Le Fenicie* cur. E. Medda (Milano 2006) vv. 1645 ss.

¹²⁴ Sofocle, *Antigone* cur. G. Paduano (Torino 1982) v. 469.

¹²⁵ Renier, *Étude* cit. 44.

¹²⁶ Renier, *Étude* cit. 50.

si considera pazzo colui che disponga dei propri beni in contrasto con il sentimento di pietà che lega naturalmente i familiari. Renier sostiene, pertanto, sulla base delle tragedie di Iseo, che i prossimi congiunti potessero attaccare il testamento con il quale il *de cuius* privava del patrimonio familiare i propri discendenti legittimi sulla base della presunta follia del medesimo¹²⁷. Teorici della nozione della pietà attica sarebbero stati gli stoici, tramite i quali la concezione sarebbe giunta sino ai romani, divenendo un principio attivo in seno alla giurisprudenza. In particolare, Renier precisa che, seppure un'idea di *pietas erga parentes* fosse già nota e diffusa presso i romani, questa aveva bisogno di essere meglio definita nel momento in cui i costumi familiari avevano perduto la loro purezza e lo spirito della famiglia non godeva più di tutta la sua forza¹²⁸. È presso Cicerone che si trova la definizione di *pietas* romana, presente già nel lavoro giovanile del *de inventione*. In quest'opera, sostiene Renier, la *pietas* è una virtù innata, fondata sul legame naturale esistente tra familiari e tra i cittadini e la patria. Tuttavia, a quell'epoca, Cicerone “combat les Stoïcienne autant que les Epicuriens”, mentre “à partir des Tusculanes il reconnaît la valeur du stoïcisme et dans le *de officiis* enfin il imite Panaetios”¹²⁹. Il concetto di *pietas* romana, così come precisato e meglio definito da quello greco, fu alla base – a giudizio di Renier – di diverse regole sorte in ambito giuridico, quale ad esempio il diritto agli alimenti. L'obbligazione sarebbe esistita sotto Augusto e testimoniata da un passo di

¹²⁷ Renier, *Étude* cit. 52 ss.

¹²⁸ Renier, *Étude* cit. 60 ss.

¹²⁹ Renier, *Étude* cit. 64.

Ulpiano D. 27.3.1.2 (Ulp. 36 *ad ed.*), concernente l'addebito a carico dei beni del pupillo delle spese alimentari per la madre¹³⁰. Ricorrente, nei testi giuridici che trattano della materia, sarebbe il richiamo all'*officium pietatis*, come nel rescritto che Marco Aurelio invia ad Antonia Montana e riportato in D. 25.3.5.14 (Ulp. 2 *de off. cons.*). Altre allusioni sono contenute in D. 3.5.33 (Paul. 1 *quaest.*), nella risposta di Settimio Severo e Caracalla a Sabino C. 5.25.4 (a. 197) e in quella di Alessandro Severo a Herennia C. 2.18.11 (a. 227). Renier prosegue ricordando che l'*obsequium parentibus* è dovuto anche dal figlio soldato, come sottolinea Ulpiano D. 37.15.1.1-3 (Ulp. 2 *opin.*), e come si evince anche da altre testimonianze giuridiche relative all'*obsequium*: una costituzione di Alessandro Severo, C. 8.46.3 (a. 227), una di Gordiano, C. 7.2.7 (a. 240), un rescritto di Valeriano e Galieno, C. 8.46.4 (a. 259) e una risposta di Diocleziano a Faustina, C. 3.28.18 (a. 286). Infine, l'autore richiama una costituzione di Teodosio e Valentiniano, C. 8.55.9 (a. 426) in base alla quale si reputa revocabile una donazione, se si prova che il donatario ha agito contrariamente alla *pietas*. Infine, Renier rintraccia le definizioni o gli accenni all'*officium pietatis* contenuti nei frammenti dei giureconsulti o nelle costituzioni imperiali¹³¹, testimonianza della penetrazione nel mondo del diritto dell'influenza della dottrina stoica. In particolare, frutto dell'affermazione del concetto di *pietas*, sarebbe stato l'affermarsi delle obbligazioni alimentari reciproche, l'*obsequium parentibus*, il dovere di educare i figli e il dovere di protezione che incombe ai discendenti.

¹³⁰ Renier, *Étude* cit. 65.

¹³¹ Renier, *Étude* cit. 70 ss.

In materia ereditaria, invece, l'*officium pietatis* impose di lasciare una parte dei beni a quelli tra figli e congiunti che non avessero mostrato demerito. I legittimari sono, in epoca classica, i discendenti eredi civili o pretori, gli ascendenti senza distinzione e fratelli e sorelle consanguinei. In merito alle origini della *q.i.t.*, l'autore considera verosimile un'origine centumvirale, poiché – come noto – questo corpo giudicante era competente in materia ereditaria e decideva sulla base dell'equità, più che sulla base dello stretto diritto¹³². In tal senso, Renier ricorda il caso del militare omesso e l'affare del figlio di Carseolano (entrambi in Val. Max. 7.7.1 e 7.7.2) che mostrerebbero, per l'ultimo secolo della repubblica, l'azione della giurisprudenza indirizzata a riconoscere valore all'*officium pietatis*. Un altro caso, in cui il tribunale centumvirale decide in modo da assicurare alla famiglia naturale il patrimonio ereditario, è quello di Tuditano, Val. Max. 7.7.5, pazzo notorio, il cui testamento, avendo egli lasciato i beni ai figli, non è invalidato dai centumviri¹³³. Rispetto a ciò, Renier osserva che se si poteva conservare il testamento di un pazzo, si poteva anche far passare per insano l'autore di un testamento inofficioso: il *color insaniae* altro non sarebbe stato che questo. Renier, dopo aver analizzato alcune tra le più note fonti letterarie e retoriche concernenti cause ereditarie di inofficiosità¹³⁴, constata che ai tempi in cui

¹³² Renier, *Étude* cit. 78.

¹³³ Renier, *Étude* cit. 80 ss.

¹³⁴ Renier, *Étude* cit. 82 ss. I brani principali proposti dall'autore sono: Cic. *pro Sex. Rosc. Amer.* 18.52 e 19.53; *Verr.* 2.1.107; *pro Cluen.* 15.43; Val. Max. 7.7.3, 7.7.4, 7.7.5, 7.8.2, 7.8.3, 7.8.4; Sen. *contr.* 7.6; Quint. *inst. or.* 9.2.95; Plin. *ep.* 1.18.3, 2.20.7.8, 5.1, 6.33.

scrive Valerio Massimo, cioè sotto Tiberio, il ricorso avverso il testamento inofficioso presenta già i caratteri della *querela* classica¹³⁵. L'azione che in seguito prenderà il nome di *q.i.t.* è, sin da questa epoca, fondata sull'*officium pietatis* ed è possibile sostenere la nullità del testamento redatto contrariamente ai doveri imposti sulla base del pretesto della follia del *de cuius*¹³⁶. Il procedimento tramite il quale si richiedeva la rescissione del testamento è legato alla *hereditatis petitio* e ammessi alla *querela* saranno, in epoca classica, i legittimari ingiustamente spogliati della quota legittima e, in particolare, come ricordato, discendenti, ascendenti e fratelli e sorelle consanguinei esclusi a vantaggio di una persona turpe. La lista dei legittimati all'esperimento dell'azione d'inofficiosità si è già formata, sostiene Renier, alla fine della repubblica¹³⁷. La *q.i.t.* non spetta a coloro i quali hanno ricevuto la quota legittima e il rimedio sarà solo residuale, essendo ammessa nei casi in cui non sia esperibile alcuna altra azione. In merito alla competenza, è certo che alla fine della repubblica spetta ai centumviri, ai quali si affiancherà – in epoca imperiale – la *cognitio extraordinem*. Renier definisce il *color insaniae* come un artificio retorico, frutto della diffusione dell'abitudine greca di considerare folle il padre che fa un testamento contrario al concetto di εὐσέβεια. Tuttavia, precisa, “dans la pratique le *color insaniae* ne pouvait cependant justifier les effets que la jurisprudence classique reconnaissait à la *querela inofficiosi*”¹³⁸. In tal senso, rileva lo

¹³⁵ Renier, *Étude* cit. 93.

¹³⁶ Renier, *Étude* cit. 94.

¹³⁷ Renier, *Étude* cit. 96.

¹³⁸ Renier, *Étude* cit. 118 ss.

studioso, solo i giuristi che “raisonnent in abstracto” alludono al *color insaniae* e al conseguente effetto della nullità del testamento. Papiniano, animato da uno spirito più pragmatico e dedicato alla prassi, non fa mai alcun riferimento alla finzione di follia e alla conseguente invalidazione del testamento inofficioso¹³⁹. Nella “duexième section” Renier passa ad occuparsi della natura della *q.i.t.* e, dopo aver affermato il disvalore tecnico in materia di inofficiosità di termini come *quaestio* e *accusatio*¹⁴⁰, precisa l’influenza del concetto di *iniuria* sulla *q.i.t.* Una prima analisi è condotta sul significato di *querela* e le conclusioni cui l’autore giunge sono:

- a) la doglianza definita *querela* in epoca classica è spesso fondata su di un attentato fisico e morale alla persona che costituisce una *iniuria*;
- b) in altri casi, “la plainte ne repose pas sur une injuria”;
- c) la *querela de non jure facto nec signato testamento* tende a far riconoscere un vizio di forma nell’atto di ultima volontà.

In merito al valore dell’*iniuria* in tema d’inofficiosità¹⁴¹, l’analisi delle testimonianze porta Renier a riconoscere che la diseredazione senza motivo che dà diritto ad esperire la *q.i.t.* è considerata come un oltraggio, che tale *iniuria* è considerata come un fondamento dell’azione presso alcuni autori classici (Gaio, Trifonino e Ulpiano) e che nel primo secolo la *querela* fondata sull’*iniuria* non è separata dalla petizione di eredità. In tal senso, un valore diverso è attribuito

¹³⁹ Renier, *Étude* cit. 120 ss.

¹⁴⁰ Renier, *Étude* cit. 127 ss.

¹⁴¹ Renier, *Étude* cit. 149 ss.

dall'autore all'*iniuria* rispetto al *color insaniae*, anche se “l'injuria comme fondement de la querela disparaît très tôt des textes (dernière allusion classique C. 3.28.25, en 301) et n'est plus mentionné que pour information par Justinien et par un scolaste des Basiliques”¹⁴². La *querela*, infatti, sostiene Renier, si modifica, nel corso del tempo, in *causa actionis*, distaccandosi così dal concetto di *iniuria*. Analizzando alcuni testi del I sec., l'autore intende dimostrare, come detto, che la *q.i.t.* fondata sull'*iniuria* è strutturalmente unita alla petizione d'eredità. A giudizio dello studioso, il carattere di intrasmissibilità dell'azione d'inofficiosità si spiega proprio in ragione dell'essere fondata sull'*iniuria*, intrasmissibilità che verrà pian pian superata grazie agli interventi, inizialmente, di Antonino Pio e, successivamente, di Giustiniano. La *querela* si affrancherà così dal suo originario carattere personale, non modificando però la sua struttura processuale: tracce dell'*hereditatis petitio* permarranno durante l'epoca classica, mentre tramite l'intervento dell'idea di *causa* il processo prenderà il suo aspetto definitivo. In merito alla *q.i.t.* come incidente di una petizione di eredità, Renier si sofferma sullo studio di alcune locuzioni dalle quali si evincerebbe, a suo parere, la verosimiglianza della sua tesi. La prima espressione analizzata è *evincere hereditatem*¹⁴³, contenuta in alcuni testi imperiali e giurisprudenziali [C. 3.31.1, a. 170; D. 31.48.1 (Procul. 8 *epist.*), D. 5.3.55 (Iul. 60 *dig.*); D. 49.14.15.5 (Maur. 3 *ad l. Iul. et Pap.*); D. 5.3.17 (Gai. 6 *ad ed. prov.*), D. 36.1.57.5 (Papin. 20 *quaest.*); D. 46.3.95.8 e D. 12.6.3 (Papin. 28 *quaest.*); D. 2.8.8.4 (Paul. 14 *ad*

¹⁴² Renier, *Étude* cit. 246.

¹⁴³ Renier, *Étude* cit. 186 ss.

ed.), D. 5.2.21.2 (Paul. 3 *resp.*); Tit. Ulp. 28.13], la cui analisi rivelerebbe la risalenza della locuzione, la circostanza che essa ha il significato tecnico di “obtenir la succession par un jugement et vise régulièrement une des formes de la pétition d’hérité”¹⁴⁴ e, nell’unico frammento in cui la locuzione è impiegata con riferimento ad una causa di inofficiosità [D. 5.2.21.2 (Paul. 3 *resp.*)], il collegamento esistente – per il tramite di detta locuzione – tra la *q.i.t.* e la petizione di eredità. In seguito, Renier passa ad analizzare la locuzione *vindicare hereditatem*, della quale rinviene tracce nei testi imperiali (C. 3.31.3, a. 203; 6.23.3, a. 232; 6.58.8, a. 293) e giurisprudenziali [D. 29.2.76.1 (Iav. 4 *epist.*); D. 40.5.47.4 (Iul. 42 *dig.*); D. 5.2.8.8 (Ulp. 14 *ad ed.*); 5.2.27.3 (Ulp. 6 *opin.*); D. 5.3.7.1 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.17 e 19 (Paul. 2 *quaest.*); D. 5.2.20 (Scaev. 2 *quaest.*); D. 37.4.20 (Tryph. 19 *disp.*)]. Lo studio dei testi ricordati porta Renier a ritenere che *vindicare hereditatem* ha il significato di *petere hereditatem* e che “cette expression vise la p.h. ab intestat tout comme evincere hereditatem dans le fragment de Paul D. 5.2.21”¹⁴⁵. Alla luce di ciò, la locuzione *evincere hereditatem* non è più una traccia isolata della *hereditatis petitio* in materia di *q.i.t.*, poiché la tradizione letteraria lega, da una parte, la *querela* antica alla petizione d’eredità e, d’altra parte, per l’epoca classica, la costituzione di Severo e Caracalla (C. 3.31.3, a. 205) prova che questa tradizione non è andata perduta. Infine, Renier si concentra su un frammento di Papiniano, D. 5.2.16.1 (Papin. 2 *resp.*), ove compare l’espressione *hereditatem restitui*, indicante – a giudizio dell’autore – l’oggetto dell’azione

¹⁴⁴ Renier, *Étude* cit. 190.

¹⁴⁵ Renier, *Étude* cit. 202.

d'inofficiosità, cioè l'eredità¹⁴⁶. Il passo è noto: un padre ottiene la *h.p.c.t.* rispetto al patrimonio del figlio emancipato; in seguito, la figlia del defunto propone una *q.i.t.* e, poiché il precedente giudizio verteva sul diritto paterno e non sulla validità del testamento, si conclude con una condanna alla restituzione dell'intero patrimonio, comprensivo dei frutti. L'oggetto dell'azione intentata dalla figlia è espresso, a giudizio di Renier, da Papiniano con l'espressione *universam hereditatem restituui* e quest'ultimo verbo si lega ad un'*actio in rem* (eventualmente una *hereditatis petitio*). Renier ritiene, pertanto, che Papiniano stia illustrando un processo di una petizione d'eredità appoggiata all'argomento dell'inofficiosità¹⁴⁷. Per lo studioso francese, Papiniano è, dunque, un antesignano della *querela* come *causa actionis*, che si affermerà compiutamente con Giustiniano e i bizantini, fondata pur sempre sull'*iniuria*. Del *color insaniae* non vi è traccia, infatti, in Papiniano che non ha difficoltà ad accogliere deroghe al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Il testamento viene, pertanto, invalidato solo in parte e non nella totalità. Renier si propone di verificare la possibile esistenza di un'altra *querela*, azione indipendente e diretta alla rescissione del testamento, tramite un'analisi linguistico-giuridica¹⁴⁸. Preliminarmente si concentra sulla locuzione *intestatum facere* il cui uso, a suo giudizio, non prova l'esistenza di una *querela* indipendente, volta alla rescissione del testamento, poiché "les espèces soulevées chez Paul et Ulprien, D. 5.2.17 et 5.2.6.1 interdisent de penser à la

¹⁴⁶ Renier, *Étude* cit. 203.

¹⁴⁷ Renier, *Étude* cit. 204.

¹⁴⁸ Renier, *Étude* cit. 206.

procédure extraordinaire. Le fragment de Papinien 5.2.15.2 paraît désigner les Centumvirs et le texte de la loi mater indique que l'action de la fille omise a pour objet l'hérédité¹⁴⁹. Renier passa poi ad analizzare le locuzioni che esprimono la rescissione del testamento, chiarendo che esse non sembrano deporre per l'esistenza di un'azione unicamente rescissoria¹⁵⁰. Le espressioni sulle quali lo studioso si sofferma sono *subvertere testamentum*, *infirmare testamentum*, *removere testamentum* e, in maniera più approfondita, *rescindere testamentum*. Tracce di quest'ultima locuzione sono presenti nella tradizione letteraria¹⁵¹, presso i giureconsulti¹⁵², nei testi imperiali¹⁵³. In particolare, con riguardo all'uso dei termini indicati nei testi giuridici, Renier precisa che i frammenti di Gai. 2.143, Papiniano D. 29.1.34.1-2 (Papin. 14 *quaest.*) e D. 40.7.36 (Papin. 2 *def.*) non fanno allusione ad alcuna azione speciale “quedéfiniraitl'expressionrescindere testamentum”¹⁵⁴; che i passi D. 5.2.17 e 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*) si spieghino meglio se l'azione proposta fosse una petizione d'eredità fondata sull'inofficiosità del testamento; che i frammenti D. 5.2.25.1 (Ulp. 2 *disp.*), D. 5.2.8.5 e 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*) non provano l'esistenza di un'azione di rescissione e che l'espressione *rescindere testamentum* è compatibile con una domanda indirizzata al conseguimento dei beni e, dunque, con una *hereditatis petitio ab intestato* o possessoria. Infine, Renier

¹⁴⁹ Renier, *Étude* cit. 213 ss.

¹⁵⁰ Renier, *Étude* cit. 214 ss.

¹⁵¹ Renier, *Étude* cit. 222 ss.

¹⁵² Renier, *Étude* cit. 223 ss.

¹⁵³ Renier, *Étude* cit. 228 ss.

¹⁵⁴ Renier, *Étude* cit. 228.

propone una comparazione tra i testi bizantini e i testi classici¹⁵⁵ che confermerebbe, a suo giudizio, l'inesistenza di due *querelae*. Se – egli sostiene – le contraddizioni presenti in epoca classica concernenti la natura della *q.i.t.* fossero state determinate dall'esistenza di due *querelae* – come precedentemente argomentato da Eisele – allora queste contraddizioni sarebbero dovute scomparire con l'unificazione della disciplina e non lasciare traccia nei Basilici. Così non è e i bizantini ripropongono le esitazioni che erano state proprie dei classici con riguardo al *color insaniae* e ai suoi effetti¹⁵⁶.

138

In merito alla procedura, Renier – dopo aver ricordato e brevemente commentato le fonti letterarie e giuridiche dalle quali è possibile inferire il funzionamento e la struttura del processo intentato per l'inefficienza – depone per una procedura ordinaria che si sarebbe svolta dinanzi ai centumviri, nelle forme delle *legis actiones*¹⁵⁷, di una procedura *extra ordinem* introdotta con interventi imperiali¹⁵⁸ e l'assenza di una procedura formulare¹⁵⁹. Infine, Renier ricostruisce gli interventi imperiali in materia di inefficienza che condurranno all'estensione ad essa della procedura straordinaria¹⁶⁰. In particolare, “dès le début du principat, les empereurs ont pris pied dans le domaine de la querela inefficaci [. . .]. A dater de Trajan et surtout depuis la codification de l'édit sous Hadrien, l'empereur élargit sa compétence aux matières nouvelles et générale-

¹⁵⁵ Renier, *Étude* cit. 232 ss.

¹⁵⁶ Renier, *Étude* cit. 248.

¹⁵⁷ Renier, *Étude* cit. 265 ss.

¹⁵⁸ Renier, *Étude* cit. 298 ss.

¹⁵⁹ Renier, *Étude* cit. 279 ss.

¹⁶⁰ Renier, *Étude* cit. 298 ss.

ment à tout ce qui ne fait pas l'objet d'un règlement en l'édit [...]. A partir de Septime Sévère l'autorité de l'empereur sur la querela est définitivement établie"¹⁶¹. L'autore termina, infine, il suo lavoro con due appendici, la prima dedicata alla terminologia e alla dottrina della *q.i.t.* "dans les recuils du moyen-âge"¹⁶², mentre nella seconda¹⁶³ analizza le principali tesi sostenute dalla dottrina nel corso dei secoli in tema di inofficiosità.

14. Klíma è autore di una monografia in lingua ceca sulla *q.i.t.*, alla quale mi riferirò indirettamente, tramite una sintesi redatta dallo stesso autore e presente negli Atti del Congresso di Verona¹⁶⁴. Klíma rintraccia il fondamento dell'azione d'inofficiosità nella necessità, avvertita ad una certa epoca da tutti gli ordinamenti giuridici, di porre dei limiti alla completa libertà di testare, libertà che determinava iniquità e riprovazione sociale. Negata ogni rilevanza giuridica al *color insaniae* e all'*iniuria*, il procedimento avrebbe avuto, come fondamento, un'indagine comparativa tra l'erede istituito ed il legittimario escluso, allo scopo di determinare chi fosse più degno di subentrare nella titolarità del patrimonio ereditario. L'azione sarebbe stata indipendente, almeno in epoca classica, dalla petizione di eredità e sarebbe stata disputata in seguito a *sponsio praeiudicialis*, che apriva la via alla *querela* vera e propria. In epoca postclassica, la *querela* e la *petitio*

¹⁶¹ Renier, *Étude* cit. 327 ss.

¹⁶² Renier, *Étude* cit. 331 ss.

¹⁶³ Renier, *Étude* cit. 338 ss.

¹⁶⁴ J. Klíma, *Querela inofficiosi testamenti*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano e storia del diritto* III (Milano 1953) 91 ss.

hereditatis si sarebbero fuse, creando una petizione d'eredità qualificata.

140

15. Uno tra gli autori che più di altri – e con una costante attenzione nel corso di decenni di ricerca – si è interessato di *q.i.t.* è senza dubbio Matteo Marrone. Nel primo scritto comparso sull'argomento¹⁶⁵, l'autore, avvalorando la tesi di Eisele, sosteneva l'esistenza di due *q.i.t.* con natura, fondamento e struttura processuale differenti. La *q. centumvirale*, esperibile nelle forme della *legis actio sacramento in rem* e della *legis actio per sponsionem* presso il tribunale dei centumviri, sarebbe stata fondata sulla presunta demenza del *de cuius*, fatta valere nella fase *apud iudicem* attraverso una *vindicatio hereditatis* introdotta dal congiunto ingiustamente diseredato o preterito, erede civile *ab intestato* e non possessore dei beni. Egli avrebbe, peraltro, potuto far valere la nullità del testamento nella medesima fase processuale anche nel caso in cui fosse stato possessore dei beni ereditari e, dunque, convenuto in una petizione di eredità. In questo caso, avrebbe asserito nella *contravindicatio* di essere titolare dei beni poiché *heres civilis ab intestato* e avrebbe sollevato in seguito, *apud iudicem*, l'invalidità del testamento poiché redatto da un *quasi furiosus*. In tal senso, sostiene Marrone, il *color insaniae* – pur essendo un mero pretesto – rappresentò “il fondamento giuridico della *q. Cvirale*”¹⁶⁶. Il meccanismo processuale si sarebbe dispiegato in ugual modo sia nell'ipotesi in cui si fosse agito con una *legis actio sacramento in rem*, sia con una *legis actio*

¹⁶⁵ M. Marrone, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, in *SDHI* 21 (1955) 121 ss.

¹⁶⁶ Marrone, *Sulla natura* cit. 87.

per sponsionem. Inverosimile è, infatti, per lo studioso la possibilità che la *sponsio* fosse condizionata all'infirmità del testamento e che, dunque, essa, pronunciandosi sul singolo aspetto civilmente irrilevante, fosse seguita da una pronuncia d'invalidità del pretore *sub colore insaniae*, nel corso di una *hereditatis petitio* formulare¹⁶⁷. Quest'ultima tesi, sostenuta dal Krüger, sarebbe insoddisfacente, a parere di Marrone, perchè non terrebbe conto della concordanza delle fonti, che indicano – ancora a giudizio dell'autore – univocamente la pronuncia dei centumviri come petitoria e attribuiscono efficacia civile alla sentenza di nullità del corpo giudicante¹⁶⁸. Pertanto, Marrone ritiene che la *sponsio* avesse ad oggetto la titolarità dell'eredità, sulla quale il collegio si pronunciava basando la propria decisione sul *color insaniae*. In tal modo, alla pronuncia centumvirale, sarebbe seguita un'*actio ex stipulatione pro praede litis et vindiciarum*, agita nel sistema formulare. La *legis actio per sponsionem* assicurava, peraltro, secondo il nostro autore, la possibilità per il *cognatus* possessore dei beni, ma non compreso tra i successibili civili *ab intestato*, di poter sollevare la *q.i.t.* durante la *vindicatio hereditatis* svolta dall'erede testamentario¹⁶⁹. In tal senso, Marrone interpreta i casi esposti in Val. Max. (7.7.2 e 7.8.2), antesignani della legittimazione – concessa dai centumviri ai *cognati* in un secondo momento – ad introdurre la *q.i.t.* nel ruolo di attori,

¹⁶⁷ Tesi sostenuta da Krüger, *Nachträge zur querela* cit. 68 ss.

¹⁶⁸ Se, come detto, la pronuncia dei centumviri avesse avuto ad oggetto esclusivamente l'infirmità del testamento, questo non avrebbe potuto essere dichiarato nullo. È, infatti, noto che il testamento redatto conto l'*officium pietatis* è valido: D. 5.2.2 (Marc. 3 dig): *et hoc dicitur non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamento, sed non ex officio pietatis*.

¹⁶⁹ Marrone, *Sulla natura* cit. 95.

agendo con la *vindicatio hereditatis*. Ciò sarebbe confermato dalla lettura di Plin. *ep.* 5.1 e Quint. *inst. or.* 4.2.5, 4.1.11, 7.2.4, 7.2.5, 7.2.26. In merito all'esistenza di una *q. cognitio*, Marrone porta a sostegno della sua tesi (limitatamente a questo contributo, successivamente modificando il suo pensiero) alcuni passi del Digesto, relativi all'introduzione della lite e alla trasmissibilità dell'azione, per la quale era necessaria la *praeparatio litis*, coerentemente con il fondamento della *q. cognitio*, l'*iniuria*: D. 5.2.7 (Paul. *l. s. de sept. iud.*), D. 5.2.21 pr. (Paul. 3 *resp.*) e D. 5.2.27 pr. (Ulp. 6 *opin.*) nonché D. 5.3.7.1 (Ulp. 14 *ad ed.*) che riporta un rescritto di Antonino Pio, analizzando il quale Marrone ritiene di scorgere un riferimento alla *q. cognitio*, azione di mera rescissione seguita da *hereditatis petitio* o *adgnitio bonorum possessionis* e, pertanto, nettamente distinta dalla *querela centumvirale* di natura petitoria. Lo studioso, infine, sosteneva che – in epoca giustiniana – la *q.i.t.* fosse divenuta una *causa actionis* dell'*hereditatis petitio*, poiché l'inofficiosità era ormai divenuta causa autonoma di invalidità. Essa conserverebbe la natura petitoria della *q. centumvirale* e i principi regolatori della *q. cognitio*¹⁷⁰. Ben presto Marrone giunge però ad una svolta nell'interpretazione e ricostruzione della *q.i.t.*¹⁷¹, abbandonando la tesi che era stata già dell'Eisele. L'autore, forse accogliendo alcune considerazioni di Voci¹⁷² ritiene non più sostenibile

¹⁷⁰ Marrone, *Sulla natura* cit. 120.

¹⁷¹ M. Marrone, *Querela inofficiosi testamenti*, in *AUPA* 27 (1959) 153 ss.; Id., *Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, in *AUPA* 27 (1959) 165 ss.

¹⁷² P. Voci, *Diritto ereditario romano. Volume secondo. Parte speciale I* (Milano 1956) 408 ss.

l'idea di due *querelae* classiche diverse nella sostanza¹⁷³. Rimane, al contrario, fedele alla tesi della *q.i.t.* come incidente di una *hereditatis petitio*, stante l'efficacia *iure civili* della sentenza centumvirale, che non si spiegherebbe altrimenti – vista la validità giuridica del testamento inofficioso – se non sulla base del pretesto mediante il quale il testamento veniva caducato: la presunta follia del *de cuius*¹⁷⁴. A sostegno della propria tesi, argomenta in merito al più grande ostacolo al suo accoglimento: la legittimazione attiva all'esperienza della *querela* dei semplici *cognati*, i quali – non essendo eredi civili *ab intestato* – non avrebbero potuto sollevare alcuna *hereditatis petitio* e, di conseguenza, alcuna *q.i.t.* se non nell'ipotesi in cui fossero stati possessori (e quindi convenuti dall'*heres ex testamento*). L'autore ritiene in proposito che fu un particolare meccanismo processuale a garantire ben presto anche ai *cognati* non possessori di introdurre – in via di eccezione, durante il corso di una *vindicatio hereditatis* – la *q.i.t.*: il pretore gli avrebbe concesso la *b.p.l.o.g.*, di cui v'è menzione in alcune fonti¹⁷⁵, fissando la loro posizione processuale. Pertanto, il querelante che non fosse contemporaneamente erede civile *ab intestato*, impetrava la *b.p.l.o.g.*, in virtù della quale assumeva il ruolo di convenuto nella

¹⁷³ Marrone, *Di nuovo in materia* cit. 167.

¹⁷⁴ Marrone, *Di nuovo in materia* cit. 168. Lo studioso valuta insoddisfacente la tesi del Voci nella parte in cui quest'ultimo ritiene la *q.i.t.* un mezzo volto esclusivamente alla rescissione del testamento inofficioso, negando al contempo che il *color insaniae* fosse il fondamento giuridico dell'istituto: così argomentando, sostiene Marrone, non si comprenderebbero gli effetti civili della sentenza centumvirale d'inofficiosità.

¹⁷⁵ Marrone, *Querela* cit. 156 nt. 6. L'autore indica i passi del Digesto che alluderebbero alla *b.p.l.o.g.* Tuttavia, bisogna dire che essa è citata in maniera esplicita in un unico frammento – D. 5.2.8 pr. (Ulp. 14 *ad ed.*) – mentre negli altri vi è menzione di una generica *bonorum possessio*.

successiva *legis actio per sponsionem* che l'erede testamentario era costretto ad esercitare. Pronunciata la nullità del testamento, il querelante avrebbe potuto esperire l'*interdictum quorum bonorum*, conseguendo il possesso effettivo dei beni (giacché la *b.p.l.o.g.* non importava il passaggio immediato degli stessi).

La *b.p.l.o.g.* sarebbe stata oggetto, secondo Marrone, di un'apposita clausola edittale che, a suo giudizio, doveva concernere la promessa di concedere tale *bonorum possessio* a tutti coloro i quali avessero manifestato l'intenzione di *inofficiosum testamentum dicere*.

144

La tesi avanzata dallo studioso è approfondita ulteriormente negli anni successivi e di essa è dato conto in una monografia dedicata interamente alla *querela*, dalle origini sino alla metà del III secolo¹⁷⁶. Dopo aver premesso cenni concernenti la successione *ab intestato*, civile e pretoria, Marrone affronta il tema delle origini della *q.i.t.*, individuandole – come detto – nella prassi del tribunale centumvirale. Nel corso del I sec. a.C., infatti, gli oratori avrebbero elaborato un *escamotage* per ottenere la caducazione del testamento inofficioso (contrario all'*officium pietatis*, dovere di affetto nei confronti dei prossimi congiunti): la presunta demenza del *de cuius*. “Come si potrebbe giudicare diversamente – avrà sottolineato di volta in volta l'oratore – un tale che senza un motivo valido esclude un prossimo parente dalla successione?”¹⁷⁷. Della natura pretestuosa dell'argomentazione sarebbero stati coscienti tutti: retori, centumviri, giuristi i quali ultimi esatta-

¹⁷⁶ M. Marrone, *Querela inofficiosi testamenti. Lezioni di diritto romano* (Palermo 1962), di seguito indicato come *Lezioni* per via dell'omonimia con altro scritto dell'autore.

¹⁷⁷ Marrone, *Querela* cit. 42.

mente avrebbero parlato di *color insaniae*¹⁷⁸. Tuttavia, il testamento inofficioso era *iure civili* valido e, quindi, l'argomento – ancorché una finzione – venne preso per buono. In merito, invece, al sorgere della prassi di concedere – da parte del pretore – una *bonorum possessio* al *cognatus* non possessore che volesse esperire la *q.i.t.*, Marrone ritiene che si trattò di una *bonorum possessio decretalis* sino al I sec. d.C., epoca in cui sarebbe entrata a far parte dell'editto, assumendo la denominazione presso i giuristi classici – già lo sappiamo – di *bonorum possessio litis ordinandae gratia*. Tale *bonorum possessio* avrebbe inizialmente assicurato il possesso interinale dei beni, sino al momento della decisione della causa; in seguito, si sarebbe trasformata in semplice strumento per fissare il ruolo processuale del querelante. I requisiti per la sua concessione erano cinque: 1) il richiedente doveva essere un successibile *ab intestato iure pretorio*; 2) il testamento che s'intendeva impugnare non poteva essere un *testamentum militis*; 3) il querelante non doveva aver dato corso alla volontà testamentaria; 4) la richiesta doveva essere presentata entro cinque anni; 5) non dovevano esistere altri rimedi contro il testamento. In merito al primo, la *b.p.l.o.g.* era concessa sia ai successibili *iure pretorio*, sia a coloro che erano tali per il diritto civile e pretorio insieme. La *bonorum possessio*, infatti, faceva acquisire sicuri vantaggi anche all'*heres* civile: l'esimersi dall'onere probatorio relativo alla qualità di erede, conseguire – inizialmente – l'effettivo possesso dei beni o, in un secondo momento, la possibilità di acquisire velocemente gli stessi con l'*interdictum quorum bonorum*, nel momento in

¹⁷⁸ D. 5.2.2 (Marcian. 4 *inst.*); D. 5.2.5 (Marcell. 3 *dig.*).

cui il querelante fosse risultato vincitore della causa. Il secondo requisito non pone problemi. Rispetto al terzo, il non aver dato il querelante corso alla volontà testamentaria, Marrone ritiene che, non avendo riscontro tale principio nel *ius civile*, esso sia stato introdotto in ragione della *b.p.l.o.g.* (trovava impiego, ad esempio, in materia di *b.p.c.t.*). Ugualmente, il quarto requisito, quello temporale, avrebbe avuto origine dal diritto pretorio, essendo *iure civili* l'azione ereditaria non soggetta ad alcun termine di prescrizione o decadenza. Infine, riguardo alla sussidiarietà della *q.i.t.*, Marrone propone l'analisi di D. 5.2.23 pr. (Paul. *l. s. de inoff. test.*) ove il giurista nega che il figlio emancipato preterito potesse esperire la *querela* (che avrebbe potuto esercitare nel caso di ingiusta diseredazione), poiché ha a disposizione la *b.p.c.t.* Ove ricorressero tutti i requisiti esposti, il pretore concedeva la *b.p.l.o.g.* e, contemporaneamente, consentiva all'*heres ex testamento* di *lege agere* con la *legis actio per sponsionem*. Se, al contrario, il querelante già possessore dei beni, non avesse soddisfatto alcuno dei requisiti di cui sopra, il pretore avrebbe invitato l'erede testamentario ad esercitare l'*hereditatis petitio* formulare, nel corso della quale il testamento sarebbe stato trattato come valido. Infine, anche nel caso in cui il querelante non possessore fosse *heres civilis ab intestato*, il pretore verificava l'esistenza dei requisiti per la concessione della *b.p.l.o.g.* (anche se l'erede non l'aveva chiesta) e, ove ricorressero, concedeva di agire con la *legis actio per sponsionem*¹⁷⁹. In quest'ultimo caso, il querelante avrebbe dovuto agire nei limiti della sua quota civile *ab inte-*

¹⁷⁹ Su tutti i casi che potevano presentarsi al pretore, cfr. Marrone, *Querela* cit. 101 ss.

stato. Tuttavia, era possibile che solo uno o alcuni tra più eredi necessari di pari grado legittimati alla *querela* esercitassero l'azione; si poneva – in questo caso – il problema di capire se il/i querelanti potessero beneficiare di un diritto di accrescimento rispetto alla quota del rinunciante (la *querela*). Secondo alcuni giuristi¹⁸⁰ – precisa Marrone – il *ius adcrecendi* non poteva realizzarsi e ciò, sembra, in conformità alla qualità dei soggetti per i quali è posto il problema nelle fonti: gli *heredes sui* non avevano la possibilità di rinunciare all'eredità e, pertanto, non sarebbe stato loro applicabile il *ius adcrecendi*. Solo Paolo D. 5.2.17 pr. (Paul. 2 *quaest.*) si sarebbe espresso in senso favorevole, riconoscendo il diritto di accrescimento in favore dell'unico (fra due fratelli) querelante sulla base di una finzione che sarebbe stata accolta dal tribunale collegiale: si sarebbe finta l'esistenza del solo figlio che agiva per l'inefficienza. Marrone prosegue con lo studio di D. 5.2.8 pr. (Ulp. 14 *ad ed.*) nel quale scorge il carattere essenzialmente personale della *querela*, non potendo il *paterfamilias* agire *proprio nomine* per la pretesa del figlio ingiustamente diseredato nel caso della *q.i.t.*, poiché *ipsius enim iniuria est* afferma Ulpiano, impedendo al padre di agire per l'inefficienza del testamento senza il consenso del figlio. Al termine di questa fase preliminare, si svolgeva la *legis actio per sponsionem* che – nella sua fase *apud iudicem* – aveva come protagonisti i centumviri, che giudicavano – secondo Marrone – per sezioni (si ha notizia di giudizi contrastanti rispetto alla validità di un medesimo testamento). Dinanzi ad essi sarebbe stata sollevata la nullità del testamento

¹⁸⁰ D. 5.2.8.8 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.16 pr. (Papin. 2 *resp.*).

sulla base della presunta follia del *de cuius*, avendo egli agito in maniera contraria rispetto all'*officium pietatis*. Tramite prassi, si sarebbero sviluppati principi consolidatisi nel tempo: il testamento era considerato inofficioso solo quando concerneva l'esclusione di parenti entro il secondo grado e solo se il *de cuius* non gli avesse lasciato (con atto *mortis causa*) almeno un quarto della sua quota *ab intestato* (*portio debita*). I giudici si sarebbero pronunciati sulla validità del testamento e, nel caso in cui ne avessero sancita la nullità, avrebbero dichiarato erede *ab intestato* il querelante, in caso di *legis actio sacramento in rem* o nel caso di *legis actio per sponsionem*, ma solo se il querelante fosse stato attore (e avesse assunto l'onere di provare la sua qualità di erede legittimo). Con il termine di *q.i.t.*, pertanto, ci si riferirebbe a tutta la procedura nel suo insieme, la cui natura sarebbe di tipo petitorio. Alla sentenza centumvirale, Marrone riconosce efficacia normativa *iure civili* illimitata, sulla base – tra l'altro – di D. 5.2.25.1 (Ulp. 14 *ad ed.*). In merito alla possibilità di agire *de inofficioso* con la *cognitio extra ordinem*, Marrone ritiene che ciò avesse preso avvio da una disposizione dell'imperatore Vespasiano che, con lo scopo di alleggerire il carico di lavoro dei centumviri, aveva istituito un apposito organo collegiale per seguire tale procedimento. In proposito, Paolo fa menzione di un collegio giudicante, i *septemviri*, nel *liber singularis de septemviralibus iudiciis* che – con ragionevole certezza – concerneva proprio la *q.i.t.* Marrone, inoltre, afferma che la doglianza poteva essere indirizzata direttamente all'imperatore, che avrebbe deciso con *decretum*, nonché al *procurator summae rationis* (C. 3.28.10, a. 223).

Il giudizio sarebbe stato introdotto con una *litis denuntiatio*, previa autorizzazione del funzionario competente, consegnata al convenuto e indicante l'intimazione a comparire in giudizio in un giorno determinato. Sembra, peraltro, che anche nella *cognitio* trovasse impiego la *bonorum possessio de inofficioso*¹⁸¹ e questo spinge l'autore a ritenere che, nella lite, ciascuna parte sostenesse o il ruolo di convenuto o di attore e che le regole concernenti l'onere probatorio dovessero essere le medesime utilizzate nel processo per *legis actiones*. Le differenze più rilevanti tra i due tipi di giudizi concernono, secondo Marrone, gli effetti normativi della sentenza che, nel caso di *cognitio*, non era opponibile *erga omnes*, ma faceva stato tra le parti e rispetto ad alcuni terzi. La cosa giudicata non si estendeva, infatti, ai terzi contitolari del rapporto da altri fatto valere legittimamente in giudizio (la sentenza emanata avverso uno dei coeredi testamentari non si estendeva agli altri) e ai veri titolari del rapporto da altri fatto valere illegittimamente in giudizio. Un altro tema alquanto controverso è affrontato dall'autore in chiusura del suo lavoro: la natura della sentenza d'inofficiosità. Evidentemente, da un lato formale, sostiene Marrone, non vi è dubbio che essa fosse dichiarativa della nullità del testamento redatto dal *quasi furiosus*, mentre dal lato sostanziale la sentenza può essere considerata costitutiva andando, di fatto, ad annullare un testamento *iure civili* valido. L'analisi di alcune fonti porta a ritenere, in ogni caso, prevalente nella stessa valutazione dei giureconsulti l'aspetto formale. I frammenti addotti a sostegno della tesi sono D. 5.2.21.2

¹⁸¹ D. 5.2.7 (Paul. *l. s. de sept. iud.*).

(Paul. 3 *resp.*) e D. 7.1.57 pr. (Papin. 7 *resp.*) Il caso narrato da Paolo è questo. Il testatore istituisce erede un suo creditore; adita la successione, il debito si estingue per confusione. In un secondo momento, un congiunto del testatore esercita la *q.i.t.* e vince. Ci si chiede della sorte del debito. La soluzione proposta da Paolo è nel senso di riconoscerne l'esistenza, con ciò accogliendo la tesi della nullità *ab origine* del testamento. Ugualmente si muoverebbe Papiniano, che discute di un legato di proprietà a favore dell'usufruttuario del bene medesimo. Il legato è eseguito, ma il figlio del testatore invalida le disposizioni paterne con la *querela*: il legatario conserva l'usufrutto o questo si è definitivamente estinto per confusione? Papiniano sostiene che il diritto reale non si è mai estinto, accogliendo, pertanto, anch'egli la tesi della nullità originaria del testamento inofficioso.

16. Voci affronta il tema della *q.i.t.* nella parte speciale del ben noto trattato dedicato al diritto ereditario romano¹⁸². L'autore premette al paragrafo introduttivo del tema che ci interessa, la trattazione dell'istituzione e della diseredazione, così come disciplinate dal diritto civile e pretorio¹⁸³. Di esse, seppur brevemente, è opportuno tracciare le linee fondamentali rilevate dal Voci, con lo scopo di meglio precisare la funzione e la natura dell'azione di inofficiosità. Voci elenca, preliminarmente, i soggetti rientranti nella locuzione di *heredes sui*: figli in potestà del *pater familias* al momento della sua morte; discendenti che, per premorienza del *suus*, ne prendono il posto per rappresentazione;

¹⁸² Voci, *Diritto ereditario* cit. 363 ss.

¹⁸³ Voci, *Diritto ereditario* cit. 339 ss.

i *postumi*. Ad essi compete il diritto di essere menzionati nel testamento o per esservi istituiti o per esservi diseredati, coerentemente alla regola *heredes sui aut instituendi sunt aut exheredandi*. Lo studioso ricorda come l'istituzione ammetta solo la condizione potestativa, non anche quella causale e mista e come la condizione illecita sia equiparata, in un noto frammento di Papin. (16 *quaest.*) D. 28.7.15, a quella impossibile. La diseredazione, definita come condizione di legittimazione per il *pater familias* di disporre nei confronti di estranei, non può essere sottoposta a condizione: il testamento può contenere disposizioni condizionate, ma non può essere condizionato il presupposto che lo rende valido. In tal senso, l'*exhereditatio* non può essere riferita all'eventualità che l'estraneo accetti di essere erede e non può riferirsi ad un momento che coincida con la morte del figlio. La spiegazione di questa disciplina si rinviene nel fatto che il testamento deve possedere *ab initio* i requisiti di validità di cui la diseredazione, quando vengono istituiti estranei, è parte. In certa misura è diversa la disciplina dell'istituzione e della diseredazione per i *ceteri sui* (figlie e nipoti d'ambo i sessi) che possono essere diseredati non *nominatim* e istituiti sotto condizione causale¹⁸⁴. Il mancato rispetto di queste regole determina una sorta di diritto di accrescimento nei confronti dei soggetti che non siano stati correttamente esclusi con il testamento. L'istituzione dei *postumi* può essere, invece, sia generica sia specifica e sottoposta a condizione, purché essa sia accompagnata da diseredazione sotto la condizione opposta¹⁸⁵. La diseredazione è *nominatim* per gli uomini e *inter ceteros*

¹⁸⁴ Voci, *Diritto ereditario* cit. 345 ss.

¹⁸⁵ Voci, *Diritto ereditario* cit. 346.

per le donne. Il postumo che non sia stato istituito o diseredato senza il rispetto delle forme prescritte rompe il testamento, lo rende cioè invalido¹⁸⁶. Ugualmente che gli eredi civili legittimi, anche i *liberi*, prima classe dei successori pretori *ab intestato*, devono essere o istituiti o diseredati nel testamento paterno¹⁸⁷. Se questo principio non viene rispettato, il pretore non riconosce validità al testamento e i *liberi* possono richiedere la *bonorum possessio contra tabulas*. Appartengono alla classe dei *liberi*: i figli in potestà del *pater*; i figli emancipati, purché non siano stati arrogati o, se arrogati, siano *sui iuris* al momento della morte del testatore; i figli *qui in potestate testatoris numquam fuerint* e i figli dati in adozione, purché al momento della morte del padre naturale non facciano più parte della famiglia adottiva. Invocano la *b.p.c.t.* anche le figlie, i nipoti e i postumi. In merito ai requisiti, l'istituzione deve rispettare le stesse prescrizioni fissate dal *ius civile*, così come la diseredazione che però è fatta *nomitamin* per tutti gli uomini e *inter ceteros* per le donne¹⁸⁸. Chiesta la *b.p.c.t.*, il testamento cade: presupposto di legittimazione è che il richiedente non abbia riconosciuto il valore del testamento in nessuna delle disposizioni. In merito agli effetti della richiesta della *b.p.c.t.*, si distinguono in base alla qualità del richiedente: se questo è un *suus*, il testamento è invalido *iure civili*; se è un emancipato, il testamento è valido. Nel primo caso, il pretore non può che riconoscere gli effetti della nullità del testamento, nel secondo si avrà una tripartizione degli effetti¹⁸⁹ possibili:

¹⁸⁶ Voci, *Diritto ereditario* cit. 350.

¹⁸⁷ Voci, *Diritto ereditario* cit. 352 ss.

¹⁸⁸ Voci, *Diritto ereditario* cit. 355 ss.

¹⁸⁹ Voci, *Diritto ereditario* cit. 357.

- a) il testamento è privo di valore se questo è utile alla tutela degli eredi necessari;
- b) alcune disposizioni conservano efficacia;
- c) alcuni effetti civili non possono essere evitati dal pretore.

Voci, dopo aver succintamente ricordato le innovazioni introdotte da Giustiniano in tema d'istituzione e diseredazione, introduce la riflessione relativa alla *querela inofficiosi testamenti*, analizzandone partitamente il regime sostanziale e processuale. L'autore definisce la *q.i.t.* come "l'azione con cui taluno, appartenente alla cerchia dei parenti più stretti del testatore, credendosi ingiustamente diseredato o trascurato nel testamento, ne impugna la validità, con la conseguenza che, negato valore alle disposizioni in esso contenute, si apre la successione *ab intestato*"¹⁹⁰. La nozione di testamento inofficioso è nota, sostiene Voci, già nell'anno 70, quando Cicerone ne fa menzione nella seconda orazione contro Verre (Cic. *Verr.* 2.1.107) ed attuata, in un primo tempo, dal pretore¹⁹¹. È dell'anno 52 a.C. il riferimento all'attacco di un testamento inofficioso *apud centumviro*s, ad opera di Val. Max. 7.7.2 brano che, a giudizio di Voci, testimonia per l'epoca l'esistenza della *q.i.t.* Lo studioso procede con l'elencare coloro i quali hanno diritto a ricevere *mortis causa* una quota del patrimonio del testatore: figli, genitori, fratelli e sorelle. Le classi sono in rapporto di reciproca esclusione: la presenza di appartenenti alla precedente esclude gli appartenenti alla successiva. Inoltre, Voci precisa che – con riguardo alla *querela* – sussiste un particolare rapporto tra la successione *ab intestato* e

¹⁹⁰ Voci, *Diritto ereditario* cit. 364.

¹⁹¹ Voci, *Diritto ereditario* cit. 364.

la successione necessaria. La *q.i.t.*, infatti, fa cadere il testamento e, così facendo, determina l'apertura della successione *ab intestato*. L'erede necessario che la esperisce deve, pertanto, anche poter far valere il suo diritto alla successione *ab intestato*, poiché – se così non fosse – egli con la propria azione invaliderebbe il testamento e altri conseguirebbero l'eredità¹⁹². L'erede necessario ha diritto di conseguire la *portio debita*, cioè la quarta parte di ciò che gli sarebbe spettato se si fosse aperta la successione *ab intestato*. Se, però, il congiunto non ha meritato, il testatore non ha il dovere di attribuire la *portio* e, inoltre, può esimersi dal lasciarla qualora ritenga di meglio tutelare gli interessi dell'erede necessario con un mezzo diverso rispetto all'istituzione diretta. Si parla in proposito di *exhereditatio bona mente facta*, come già aveva precisato Glück¹⁹³. Il testamento è inofficioso quando all'erede necessario è ingiustamente negata la *portio debita*, violandosi – in tal caso – l'*officium pietatis*. L'accusa d'inofficiosità è, precisa Voci, anch'essa molto grave, poiché attacca la rispettabilità del *de cuius*, condannandone la memoria. È in questo contesto, precisa l'autore, che nasce il *color insaniae*, espediente che serve a “velare una brutta realtà”¹⁹⁴. In tal senso, l'*insania* è una finzione che serve a coprire il fatto grave dell'inofficiosità, che permane l'unica realtà che deve essere accertata mediante l'esame dei rapporti tra il testatore e l'erede necessario. In particolare, Voci precisa che i centumviri si trovarono a decidere in accordo ad esso quando vi era la necessità di far cadere l'intero testamento e a decidere nonostante

¹⁹² Voci, *Diritto ereditario* cit. 369.

¹⁹³ Glück, *Commentario* cit. 539 ss.

¹⁹⁴ Voci, *Diritto ereditario* cit. 374.

esso quando criteri sostanziali portavano verso altre soluzioni¹⁹⁵. La *q.i.t.*, sostiene Voci, ha funzione rescissoria e determina l'apertura della successione *ab intestato*, con la conseguenza che l'erede unico consegue l'intero asse, mentre il coerede l'intera quota e non semplicemente il quarto dovuto. Le conseguenze della caducazione del testamento sono, rispetto all'erede necessario, le seguenti: i legati non sono dovuti; le manomissioni non hanno valore; cadono le sostituzioni pupillari e la *datio tutoris*. Tuttavia, vi sono alcune eccezioni in merito alla validità delle manomissioni e, in particolare, esse conservano la loro efficacia se si tratta di manomissioni fedecommissarie e se la *q.i.t.* sia stata esercitata oltre l'ordinario termine quinquennale di prescrizione: in tale caso si toglierebbe la libertà a colui che ne ha goduto per lungo tempo. Con riguardo al fedecommissario, Voci ricorda che il suo adempimento poneva un problema nel caso in cui il testatore ne avesse disposto uno, con formula generale, a carico di chiunque avesse conseguito i beni. In tale evenienza, poteva accadere che esso – rescisso il testamento con la *querela* – andasse a gravare sull'erede *ab intestato*. Al riguardo, parte dei giuristi negava la validità dei fedecommissari nei casi in cui la successione intestata si aprisse contro la volontà del testamento, mentre altra parte ne sosteneva la conservazione. La disputa sarebbe stata evidenziata da Giustiniano in C. 6.42.31 (a. 531) e lo stesso Voci ne rileva l'esistenza analizzando i frammenti di D. 5.2.13 (Scaev. 3 *resp.*), con annessa nota di Paolo, e D. 32.36 (Claud. *not. ad Scaev.* 18 *dig.*), in cui si conserva la sola nota di Trifo-

¹⁹⁵ Voci, *Diritto ereditario* cit. 376.

nino. Il frammento che l'autore considera, però, riassuntivo degli effetti della sentenza d'inofficiosità è D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*):

- a) rescissione del testamento *ipso iure*;
- b) l'erede necessario è *suus heres* del testatore o *bonorum possessor*, se ha esperito la *querela* con questo titolo;
- c) sono invalide le manomissioni;
- d) i legati non sono dovuti e, qualora siano stati già pagati, sono ripetibili¹⁹⁶.

Il passo è ritenuto dall'autore una sintesi dei Compilatori, in ragione di alcune incongruenze grammaticali, di un'esposizione a tratti poco perspicua e un evidente, a giudizio di Voci, taglio in tema di appello. Il regime descritto, precisa Voci, è applicabile quando un solo erede necessario ha contro di sé un solo erede istituito. Qualora vi siano più eredi necessari o istituiti, vi sono due proposizioni fondamentali che ne esprimono la disciplina:

- a) la sentenza ottenuta dall'erede necessario contro uno solo degli istituiti fa stato solo contro di lui;
- b) la sentenza ottenuta da uno solo tra più eredi necessari fa stato solo a favore di lui.

Nella prima ipotesi, il regime in caso di vittoria parziale è descritto in D. 5.2.15.2 (Papin. 14 *quaest.*) ed è parzialmente diverso da quello appena osservato. Non si ha, infatti, in tal caso, una rescissione totale del testamento, ma il querelante vittorioso consegue – sostiene Voci – la quota dell'erede istituito che è stato vinto e condivide l'eredità con l'istituito che sia rimasto erede. Effetti della rescissione parziale sono: i legati rimangono validi *pro parte*, nella parte che deve essere adempiuta dall'erede testamentario; la sostitu-

¹⁹⁶ Voci, *Diritto ereditario* cit. 378 ss.

zione pupillare conserva la sua efficacia; la diseredazione esclude comunque il figlio dalla successione dei beni del liberto paterno; le manomissioni rimangono valide; è escluso l'onere della collazione.

Nella seconda ipotesi, che concerne l'esistenza di più eredi necessari legittimati ad esperire la *querela*, la presenza del coerede diminuisce la quota che spetta all'altro ed è nei limiti di essa che si può agire. Inoltre, se solo uno tra due legittimati esperisce la *q.i.t.* e vince, consegue esclusivamente la sua quota. Tale era l'opinione di Ulpiano e Papiniano, condivisa solo in parte da Paolo. Quest'ultimo ammetteva il diritto di accrescimento se uno degli eredi necessari avesse rinunciato ad agire o, avendo agito, avesse desistito dalla causa o se avesse perso il diritto per prescrizione. In proposito, Voci propone l'analisi di tre noti ed esegeticamente ostici frammenti di Paul. (2 *quaest.*) D. 5.2.17 pr.-1 e 19, di cui l'ultimo è certamente quello più oscuro. In parte, la difficoltà è spiegata dall'autore ritenendo che il giureconsulto abbia esposto un caso in cui si era erroneamente giudicato, invalidando interamente il testamento, e prospetti – nello svolgimento del ragionamento – la corretta soluzione. Voci ritiene, inoltre, che la nota oscurità discenda dalla non genuinità del passo, epitome di una più lunga e meglio articolata *quaestio* paolina. L'autore affronta poi il tema della residualità della *q.i.t.*, espresso sempre da Paul. (*l. s. de inoff. test.*) in D. 5.2.23 pr., nonché quello dell'indegnità comminata al querelante che perda la lite, poiché ha mosso un'accusa gravissima al testatore. Al § 48 Voci inizia la trattazione dell'aspetto processuale della

*q.i.t.*¹⁹⁷. Legittimati attivamente ad esperire l'azione sono gli eredi necessari, figli, genitori, fratelli e sorelle nell'ordine esposto. L'azione, presupponendo l'*iniuria*, è personale. Legittimato passivo è l'erede testamentario che non rientri tra gli eredi necessari o, rientrandovi, sia stato istituito per una quota superiore a quella spettantegli, ledendo il diritto di altro erede necessario. Sono legittimati passivamente anche il fedecommissario universale, cui sia stata restituita l'eredità; il *bonorum possessor contra tabulas* che abbia minor diritto dell'erede necessario e il fisco che abbia acquistato i beni ereditari. L'esperimento dell'azione presuppone l'adizione dell'eredità, sia dell'istituito che dell'erede necessario. Se l'erede necessario è anche erede civile, l'accettazione si considera implicita per l'esperimento stesso della *querela*. Se, al contrario, egli è erede pretorio deve preliminarmente impetrare la *bonorum possessio ab intestato* che, nel caso di specie, è *litis ordinandae gratia*. L'accettazione del querelante è ritenuta necessaria dal Voci perché – egli afferma – “la *q.i.t.* importa la rescissione del testamento, e non si può ammettere un risultato così grave se non con la sicurezza che chi lo consegue subentri, come erede, al posto dell'istituito”¹⁹⁸. L'autore precisa, inoltre, che – in tal caso – l'accettazione può precedere la delazione in virtù della retroattività della sentenza. *Causa petendi* della *q.i.t.* è l'inofficiosità che si risolve in una *iniuria* per l'erede necessario, mentre privo di significato sostanziale sarebbe il *color insaniae*. Al riguardo, Voci ritiene che argomenti probanti in proposito sarebbero la rescissione parziale del testa-

¹⁹⁷ Voci, *Diritto ereditario* cit. 399 ss.

¹⁹⁸ Voci, *Diritto ereditario* cit. 400.

mento e le testimonianze che “vedono una *iniuria* nella diseredazione o nella preterizione: *iniuria* di cui un pazzo non può essere capace”¹⁹⁹. Il *petitum* è la dichiarazione d’invalidità del testamento, distinguendosi pertanto dalla petizione di eredità, anche se le due azioni sono fra loro connesse. La *q.i.t.* prepara l’*hereditatis petitio*, a giudizio di Voci, poiché – rescisso il testamento – è necessario che l’erede necessario, riconosciuto il suo diritto, lo faccia valere chiedendo i beni a chi li possiede. La distinzione tra le due azioni sarebbe testimoniata dal fatto che legittimato passivamente alla petizione di eredità è il possessore dei beni che non abbia il titolo di erede, elementi che non corrispondono al regime della *querela*; legittimato attivamente all’*hereditatis petitio* è l’erede civile, mentre nella *q.i.t.* l’erede non è tale fino a quando il testamento non venga rescisso e non sempre è erede civile, potendo avere la qualità di successore pretorio; la *q.i.t.* è intransmissibile passivamente e sottoposta a prescrizione quinquennale, requisiti non applicabili all’*hereditatis petitio*; infine, nelle opere dei giuristi la *q.i.t.* non viene trattata nelle *sedes* dell’*hereditatis petitio*, come ci si sarebbe aspettati “se essa fosse stata un modo (o, per seguire l’uso dell’età giustiniana, una *causa*) dell’*hereditatis petitio*”²⁰⁰. Competenti a giudicare della *q.i.t.* sono i centumviri, dinanzi ai quali l’azione viene proposta ricorrendo ad una *legis actio*, presumibilmente anche *per sponsionem*²⁰¹. L’azione d’inofficiosità poteva, inoltre, essere esperita secondo le forme della *cognitio extra ordinem* presso delle commissioni che

¹⁹⁹ Voci, *Diritto ereditario* cit. 401.

²⁰⁰ Voci, *Diritto ereditario* cit. 402.

²⁰¹ Voci, *Diritto ereditario* cit. 405.

vennero, presumibilmente, introdotte in origine per alleggerire il carico di lavoro dei centumviri, ma che divennero, in secondo tempo, degli organi stabili. Col tempo il corpo giudicante centumvirale s'inaridì, scomparendo – sostiene Voci – con la sparizione dell'elenco dei giudici privati, dopo la morte di Alessandro Severo. In merito all'efficacia della sentenza, Voci ritiene che essa faccia stato per legatari e schiavi manomessi, ma non per i coeredi che non abbiano partecipato al giudizio. È il caso dell'unico erede necessario che agisca avverso più coeredi istituiti o di più eredi necessari, ciascuno dei quali agisce *pro parte* o di più eredi necessari che agiscono avverso più coeredi istituiti: in tali ipotesi, qualora siano strutturati più procedimenti, la sentenza emessa nei confronti di uno degli istituiti (a favore o contro) non pregiudica la sentenza da emanarsi nei confronti di altro coerede *ex testamento*²⁰². Legatari, fedecommissari, schiavi manomessi e sostituto pupillare possono beneficiare delle disposizioni lasciate a loro favore solo se la sentenza è di accoglimento perché l'istituito non si è presentato in giudizio: la sentenza ha, in questo caso, valore solo tra le parti; se la sentenza è frutto di accordo doloso tra erede necessario e istituito, con lo scopo di frodare i beneficiari dei lasciti a titolo particolare; se la sentenza è evitata per l'averle parti effettuato una transazione: il testamento rimane valido e le disposizioni sono dovute. Infine Voci, in accordo alla necessità dell'accettazione dell'eredità ai fini dell'esperimento della *q.i.t.*, sostiene la trasmissibilità dell'azione solo se l'erede necessario sia morto dopo

²⁰² Voci, *Diritto ereditario* cit. 411 ss.

avere espresso la volontà di accettare, desunta dal compimento di un atto preparatorio del giudizio: la richiesta della *bonorum possessio* da parte del successore pretorio; l'aver dato inizio alla lite tramite *legis actio* o *litis denuntiatio*²⁰³. In merito al regime della *q.i.t.* in epoca postclassica e giustiniana, Voci precisa le innovazioni introdotte nel corso del tempo dalle costituzioni di Costantino, Costanzo e Zenone e lo fa, in maniera approfondita, nella seconda edizione del suo lavoro²⁰⁴. La prima, conservata in C.Th. 2.19 (a. 319), stabilisce che fratelli e sorelle possono esercitare la *q.i.t.* solo se consanguinei, legati all'ereditando da vincolo di agnazione e se gli eredi istituiti siano persone turpi. Costanzo, in C.Th. 2.19.4 (a. 361), stabilisce, invece, che l'ereditando può evitare la caduta del testamento disponendo che la quota dell'erede necessario venga integrata *arbitratu boni viri*, qualora risulti inferiore alla *portio debita*. Zenone, infine, stabilisce in C.Th. 3.28.29 (a. 479) che l'erede necessario debba imputare alla propria quota la *donatio propter nuptias* e la dote. Tra i provvedimenti più significativi introdotti da Giustiniano vi è, invece, l'introduzione dell'*actio ad implendam legitimam*²⁰⁵, in base alla quale l'erede necessario cui sia stato lasciato meno del dovuto non può impugnare il testamento, ma conseguire solo ciò che manca ad integrare la *portio debita*. Quest'ultima deve, inoltre, essere determinata computando ciò che l'erede necessario ha ricevuto *inter vivos*, oltre che *mortis*

²⁰³ Voci, *Diritto ereditario* cit. 416.

²⁰⁴ Voci, *Diritto ereditario romano. Volume secondo. Parte speciale. Successione ab intestato e successione testamentaria*² (Milano 1963) 730 ss.

²⁰⁵ Voci, *Diritto ereditario romano. Volume secondo. Parte speciale. Successione ab intestato e successione testamentaria*² cit. 731.

causa. Altro aspetto notevole della disciplina della *q.i.t.* in epoca giustiniana è la diversa qualificazione dell'istituto che, da azione autonoma rispetto all'*hereditatis petitio*, ne diviene una delle *causae*²⁰⁶. Voci ricorda, infine, le innovazioni introdotte dalla Novella 115 (a. 542)²⁰⁷ che interviene sul regime relativo a discendenti ed ascendenti, lasciandolo inalterato con riguardo a fratelli e sorelle. Ascendenti e discendenti devono essere istituiti eredi, anche se per una parte minore rispetto alla quota, ma questa deve essere integrata ad altro titolo. Inoltre, l'esclusione dall'eredità può avvenire solo per le cause espressamente indicate dalla legge, che devono essere menzionate esplicitamente nel testamento, e sempre che il testatore non abbia perdonato l'ingrato. L'erede che sia stato ingiustamente escluso dall'eredità può impugnare il testamento e ottenerne la rescissione che colpisce, però, esclusivamente le istituzioni di erede, poiché le altre disposizioni rimangono valide.

17. Di Lella si è occupato *ex professo* della *q.i.t.* in un lavoro monografico²⁰⁸ strutturato in quattro capitoli, nei quali ripercorre le tappe della nascita e dello sviluppo dell'azione di inofficiosità. Nel primo capitolo, Di Lella sostiene con determinazione la vigenza – dall'epoca delle XII Tavole – del principio dell'assoluta libertà testamentaria. In tal senso, nonostante

²⁰⁶ Voci, *Diritto ereditario romano. Volume secondo. Parte speciale. Successione ab intestato e successione testamentaria*² cit. 734 ss.

²⁰⁷ Voci, *Diritto ereditario romano. Volume secondo. Parte speciale. Successione ab intestato e successione testamentaria*² cit. 738 ss.

²⁰⁸ L. Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria* (Napoli 1972) 1 ss.

il tema sia – come ben noto – controverso, sono interpretati i versetti tab. V, 3 e V, 4-5, tradizionalmente riferiti alla successione testamentaria e legittima. In particolare, tab. V, 3 testimonierebbe – a giudizio dell'autore – l'inesistenza di limiti originari alla libertà testamentaria, introdotti successivamente per legge o per interpretazione giurisprudenziale [D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*)]. In tal senso, il principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* avrebbe implicato²⁰⁹ sin dal suo sorgere un limite sostanziale alla libertà testamentaria, al contrario di quanto generalmente ritenuto, cioè che esso rappresentasse una garanzia meramente formale. La regola non costituirebbe, sostiene Di Lella, una premessa logica dell'azione d'inofficiosità, “ma rappresenta il punto di arrivo di una complessa evoluzione intesa a limitare il principio della libertà testamentaria mediante il riconoscimento di particolari aspettative successorie a determinati soggetti e la imposizione di forme per la loro esclusione dalla successione”²¹⁰. L'azione d'inofficiosità si presenta come il rimedio concesso ai parenti più stretti dell'ereditando, preteriti o diseredati senza giusto motivo. L'autore precisa²¹¹ la convinzione che, per il periodo intercorrente tra il I sec. a.C. e l'età adrianea, non si possa parlare di *querela inofficiosi testamenti* vera e propria, intendendo con questa locuzione l'azione mediante la quale il testamento veniva rescisso e si apriva la successione *ab intestato*: questo, semmai, è il regime vigente in epoca classica. In precedenza, la disciplina dell'inofficiosità, seppur

²⁰⁹ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 11 ss.

²¹⁰ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 12 ss.

²¹¹ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 13 ss.

il concetto fosse noto sin dal I sec. a.C., non avrebbe presentato le medesime caratteristiche sostanziali e procedurali dispiegate dalla *q.i.t.* classica e, in particolare, non sarebbe stato un rimedio specifico indirizzato alla rescissione del testamento con contestuale apertura della successione legittima, ma un incidente della *hereditatis petitio* avente ad oggetto singole istituzioni testamentarie.

Dopo aver sintenticamente ricordato le tesi sostenute dalla dottrina precedente²¹². Di Lella confuta l'origine legislativa e pretoria della *q.i.t.* e afferma che la nascita del concetto di inofficiosità sarebbe avvenuta presso il tribunale centumvirale, il quale – decidendo a favore dell'escluso – avrebbe conferito al medesimo non solo i beni ereditari ma la stessa qualità di erede²¹³. Nel secondo capitolo²¹⁴, Di Lella si dedica alla ricostruzione del regime del testamento inofficioso tramite l'analisi di fonti letterarie e retoriche che, a suo giudizio, sarebbero state erroneamente interpretate dalla dottrina, la quale avrebbe – sostanzialmente – letto le fonti alla luce dei passi dei *digesta* relativi alla disciplina della *q.i.t.* classica, forzandone, dunque, l'interpretazione. I primi frammenti analizzati dall'autore²¹⁵ sono Val. Max. 7.8.2, concernente la preterizione di una madre a danno di una delle due figlie, Quint. *inst. or.* 7.2.4 e Tac. *dial. de orat.* 38: da essi Di Lella trae la convinzione che l'azione di inofficiosità fosse, originariamente, diretta al conseguimento dei beni ereditari e non all'apertura della successione

²¹² Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 16 ss.

²¹³ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 30 ss.

²¹⁴ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 35 ss.

²¹⁵ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 38 ss.

legittima. Ciò sarebbe confermato anche da Plin. *ep.* 5.1.1 che conserva notizia di un attacco *apud centum-viros* da parte di un figlio contro il testamento materno, poiché l'azione non poteva essere volta all'apertura della successione legittima, stante l'impossibilità – all'epoca dei fatti – per il figlio di succedere alla madre *ex lege*²¹⁶. Dopo aver argomentato *a contrario* in merito alla possibilità che i casi esposti nelle fonti ricordate potessero concernere mogli *in manu* ed andassero, dunque, interpretate diversamente e tenendo in considerazione un differente regime, Di Lella nega la possibilità che l'azione di inofficiosità fosse volta alla successione *ab intestato*, perché ciò porterebbe ad ipotizzare che essa fosse un'azione rescissoria proponibile anche da coloro i quali, non essendo successibili civili, lo fossero però per il *ius honorarium*. L'autore respinge l'ipotesi, poiché presupporrebbe – per la fine dell'età repubblicana – l'esistenza di un sistema successorio pretorio ben definito, quale si avrà solo in epoca adrianea²¹⁷ ed in tal senso vengono letti i frammenti di Cic. *Verr.* 2.1.117, 114, *pro Cluent.* 60.165 e *part. orat.* 28.98. In proposito, la concessione della *bonorum possessio* ai *cognati* sarebbe avvenuta, sostiene Di Lella, in conformità ad una clausola edittale in cui la concessione del possesso del patrimonio ereditario avveniva, in mancanza di testamento e di successibili civili, sulla base dell'*aequitas*²¹⁸, fondata a sua volta su considerazioni afferenti al vincolo di sangue e alle qualità personali del richiedente. L'autore ritiene, pertanto, che la classe successoria dei *cognati* sia di recente origine,

²¹⁶ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 47 ss.

²¹⁷ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 54.

²¹⁸ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 59.

come confermerebbe la definizione ad essi data da Labeone in un noto passo ulpiano (46 *ad ed.*) D. 38.8.1.1. In proposito, in merito alla possibilità che si potesse agire *apud centumviros* per ottenere la rescissione del testamento inofficioso e, in seguito, impetrare la *bonorum possessio*, Di Lella ritiene difficilmente concepibile, per chi non avesse titolo alla successione, esercitare un'azione diretta alla rescissione del testamento. Inoltre, egli è convinto della natura petitoria delle impugnative proposte da semplici *cognati*, i quali – in caso di vittoria – avrebbero acquistato sia il patrimonio ereditario sia la qualità di erede. Infine, in quest'epoca, l'intervento del pretore si manifesterebbe sempre in conformità alle regole di *ius civile*. Di Lella sostiene, pertanto, che furono i centumviri ad ammettere i *cognati* alla successione, consentendo loro di impugnare il testamento che li escludeva in conformità a principi di *aequitas*. Una volta consolidata la prassi, il pretore – in assenza di successibili *ab intestato* o di eredi istituiti – iniziò a promettere la *bonorum possessio* a chi fosse più meritevole di conseguire l'eredità. La ragione di ciò risiederebbe in esigenze di ordine sociale, coincidenti con l'affermarsi del vincolo di sangue che iniziò a essere tutelato proprio dal tribunale centumvirale. Quest'ultimo, presumibilmente sorto come *longa manus* del comizio tributo, assolse la necessità di vigilare sui patrimoni familiari in un'epoca caratterizzata dall'afflusso di grandi ricchezze (in coincidenza con le guerre puniche) e dalla disgregazione dell'organizzazione patriarcale. Di Lella precisa, inoltre, che – a suo giudizio – le conseguenze della *praeteritio* non fossero fissate in epoca decemvirale e

che la regola *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* sia da attribuire all'attività dei centumviri. Inizialmente, infatti, la preterizione avrebbe avuto lo stesso valore della diseredazione; solo con l'andar del tempo, quando la *praeteritio* iniziò a essere oggetto d'indagini di merito da parte dei centumviri, accadde che il preterito potesse succedere al testatore che l'aveva pretermesso. Nacque così l'obbligo di un'esplicita *exhereditatio* delle persone che si voleva fossero escluse dalla successione. Si affermò, pertanto, nella prassi del tribunale centumvirale, la regola per la validità del testamento che i figli *in potestate* dovessero essere necessariamente o istituiti o diseredati. L'ipotesi sarebbe confermata dalla lettura di Cic. *de orat.* 1.38.175 e Val. Max. 7.7.1, concernenti il caso del *miles* omissso nel testamento paterno perché creduto morto. Evidentemente, deduce l'autore, se la regola si fosse già affermata, la fattispecie non avrebbe determinato alcuna perplessità, giacché il testamento sarebbe stato invalido per la *praeteritio* medesima, implicando l'apertura della successione legittima. Cicerone, invece, afferma che la questione è di quelle che in giudizio richiedono negli avvocati una conoscenza approfondita del *ius civile*. Gaio sarebbe stato il primo ad enunciare la regola *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, anche se è certo, sostiene Di Lella, che la regola esisteva già prima di tale epoca, ma successivamente al processo ricordato da Cicerone. Tuttavia, una contraria dottrina ritiene che i passi richiamati contemplino un caso di *exhereditatio inter ceteros* e che il problema dei centumviri fosse di stabilire se il *miles* dovesse ritenersi

o no diseredato dal padre²¹⁹. Di Lella ritiene, al contrario, che il caso in esame si riferisse a una semplice preterizione, sulla base di considerazioni afferenti l'espressione linguistica adoperata, l'assenza di un riferimento esplicito all'esistenza di altri *heredes*, la probabilità che l'espressione *exheres* sia impiegata con il significato atecnico di 'privato dell'eredità'²²⁰. Inoltre, sostiene l'autore, Cicerone impernia il caso non sulla riferibilità al figlio ritenuto morto dell'*exhereditio*, bensì sulla rilevanza dell'errore in cui è incorso il testatore ai fini dell'efficacia del testamento. In proposito, Cicerone rileva che l'ostacolo maggiore per il difensore è rappresentato dalla regola decemvirale "*uti lingua nuncupassit*" (tab. VI, 1) che sancisce il principio della libertà testamentaria. La vittoria nella lite del *miles* sarebbe dipesa, pertanto, dal superamento di questo principio e non dall'impossibilità di riferire a lui la generica diseredazione. Alla luce di ciò, Di Lella deduce l'inesistenza, per l'epoca in questione, del principio "*sui heredes...*", in forza della quale la preterizione avrebbe dovuto comportare necessariamente l'invalidità del testamento. Al contrario, proprio nel risolvere casi di questo tenore, i centumviri avrebbero elaborato il principio della necessaria istituzione o diseredazione per i *sui*, operando un progressivo restringimento dell'assoluta libertà testamentaria. In contrario, poco probante appare all'autore l'isolata testimonianza *ex C. 6.28.4.2 (a. 531)*, cui parte della dottrina ricollega l'origine decemvirale della regola "*heredes sui...*", sostenendo che i centumviri si siano limitati, in proposito, a fissarne le forme. Di Lella si

²¹⁹ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 85 ss.

²²⁰ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 87 ss.

sofferma sul citato brano di Valerio Massimo e, in particolare, sulla circostanza che il *miles* riuscì a prevalere nei *consilia* e nelle sentenze, deducendo da ciò che si ebbero più sentenze e tutte per l'invalidità del testamento. L'autore considera la vicenda come indicativa dell'assenza, in tale epoca, di un'azione tipica di impugnativa volta alla rescissione del testamento inofficioso. Al contrario, l'azione ha a oggetto la singola istituzione, non il testamento nella sua interezza: il compito dei giudici non è quello di accertare l'invalidità del testamento, bensì di stabilire – mediante un giudizio comparativo – chi sia più meritevole di succedere, se l'istituito o l'escluso. In ragione di ciò, il preterito deve esperire tante azioni quanti sono gli eredi istituiti, se intende ottenere la totalità dei beni del defunto. In tal senso, il testamento è inofficioso perché, violando i doveri imposti al comune sentire sociale, è causa di *iniuria* per il preterito. La scala di valori di riferimento, per lo svolgimento di un giudizio siffatto, è bene espressa da Cicerone nel *de officiis*, in cui l'inofficiosità appare come la violazione del dovere di attribuire ciò che può rettamente attribuirsi (3.10.43)²²¹ e ciò anche con riferimento al testamento (Cic. *Verr.* 2.1.107). In particolare, l'indagine di merito sulla preterizione, afferma Di Lella, si basava – come detto – su un confronto comparativo tra pretermesso e istituito, valutando, per ciascuno di loro, il vincolo di sangue con il *de cuius*, le doti morali, l'eventuale sussistenza di ragioni d'indegnità, nonché motivi di gratitudine da parte del testatore²²². Anche la diseredazione, qualora ingiusta, avrebbe reso il testamento

²²¹ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 99.

²²² Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 110.

inofficioso, come testimoniano Val. Max. 7.7.5 e 7.7.3. Nel primo brano si narra la vicenda di Terenzio che, diseredato dal figlio dato in adozione, ottiene la *bonorum possessio* grazie ad una *constitutio* di Calpurnio Pisone; nel secondo, Augusto concede i beni al figlio infante iniquamente diseredato dal padre. Questi spunti, sostiene Di Lella, furono seguiti dai centumviri, come testimoniano Quint. *inst. or.* 9.2.35, Sen. *clement.* 12 (1.14) 1, Plin. *ep.* 5.1.1, 6.33.2, così che anche in ordine alla diseredazione furono possibili indagini di merito.

170

Nel terzo capitolo²²³, Di Lella esordisce ribadendo la convinzione che – per tutto il I sec. a.C. – non esistesse una specifica azione d’inofficiosità, ma che il mezzo di impugnazione usato, sia dai successibili civili che dai *cognati*, fosse una *petitio hereditatis*. L’inofficiosità era oggetto di un accertamento incidentale di natura petitoria, rispetto al quale si prescindeva completamente da qualunque indagine sulla legittimazione attiva. L’impugnativa aveva ad oggetto le singole istituzioni e non il testamento nella sua interezza e, pertanto, nel periodo *de quo* è esclusa la possibilità di esperire un’azione di mera rescissione del testamento inofficioso diretta all’apertura della successione legittima. L’affermarsi della *querela* come azione autonoma volta all’apertura della successione (legittima e pretoria) discese, a giudizio dell’autore, dalla trasfusione – ad opera del pretore – delle esigenze sociali che dettero vita al concetto di inofficiosità in un organico sistema successorio, che riconosceva i vincoli parentali con l’ereditando, graduandoli nell’*ordo successorius*. La fissa-

²²³ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 126 ss.

zione di questi principi avvenne, secondo Di Lella, con la “codificazione” dell’editto pretorio ordinata da Adriano e non a caso, rileva l’autore, il primo giurista a fare riferimento alla *querela* è Salvio Giuliano²²⁴. Agli inizi del II sec. d.C., dunque, la inofficiosità diventa un fatto giuridicamente rilevante, la cui esistenza, ritiene Di Lella, può infine essere posta come condizione di una *sponsio praeiudicialis*: all’accertamento dell’esistenza di questo fatto sarebbe ricollegato l’effetto rescissorio del testamento con contestuale apertura della successione legittima.

Di Lella pone a fondamento dell’azione d’inofficiosità, originariamente diffusa e sostanzialmente diversa dalla disciplina della *querela* classica, l’*iniuria*. Egli ritiene, infatti, come precisato, che l’azione petitoria, con la quale l’escluso poteva eventualmente ottenere il patrimonio ereditario, consisteva in un giudizio comparativo tra estromesso e istituito, con lo scopo di chiarire se la persona fosse stata ingiustamente esclusa dalla successione²²⁵. In tal senso, nessun ruolo avrebbe avuto il *color insaniae*, posto che l’impugnativa – a giudizio dell’autore – non era indirizzata all’apertura della successione intestata. L’*insania* avrebbe rappresentato un elemento addotto per sottolineare la mancanza di giustificazione dell’esclusione, elemento che, nel momento in cui sorge la *querela* come azione autonoma preordinata all’apertura della successione *ab intestato*, diventa l’espedito più sicuro per giustificare l’invalidazione del testamento²²⁶. Tuttavia, afferma Di Lella, il fondamento sostanziale dell’azione

²²⁴ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 135.

²²⁵ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 139.

²²⁶ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 143.

resta l'*iniuria* e ciò sarebbe confermato dallo studio dei frammenti del Digesto ove compare il riferimento al *color insaniae*: D. 5.2.5 (Marcell. 3 *dig.*), D. 5.2.2 (Marcian. 4 *inst.*). Grazie all'azione svolta dai centumviri, Di Lella ritiene che si fosse affermata presto la regola che i figli maschi in potestà non potessero essere esclusi dal testamento paterno e che la *praeteritio* venne a configurarsi non più come una causa d'inopponibilità delle singole istituzioni, ma d'invalidità dell'intero testamento²²⁷. L'autore riconduce, pertanto, al lavoro del tribunale centumvirale l'introduzione dell'onere della diseredazione e di determinate forme per essa, principi rispetto ai quali difficile è ricostruire l'attività pretoria. Con certezza, tuttavia, aggiunge l'autore, nell'editto adrianeo la regola "*heredes sui...*" è estesa ai non successibili *iure civili*, quali gli emancipati ed è proprio in relazione ad essi – si sostiene – che risulta l'autonomia della questione d'inofficiosità rispetto al conseguimento dei beni ereditari. L'emancipato diseredato dal testatore non può, infatti, conseguire la *bonorum possessio contra tabulas* né, d'altronde, impetrare una *bonorum possessio sine tabulis* se prima non ha agito e ottenuto la rescissione del testamento²²⁸. Il pretore, infatti, avrebbe promesso al solo emancipato preterito la *bonorum possessio contra tabulas*, mentre nel caso di diseredazione l'escluso avrebbe dovuto agire con la *q.i.t.* onde – rescisso il testamento – impetrare la *bonorum possessio unde liberi*. In tal senso sono letti e interpretati D. 5.2.23 pr. (Paul. *l. s. de inoff. test.*) e D. 37.4.8 pr. (Ulp. 40 *ad ed.*) e, in particolare, D. 37.4.20 pr. (Tryph. 19 *disp.*). In merito alla posizione del *filius*

²²⁷ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 149.

²²⁸ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 155.

in adoptionem datus, Di Lella precisa che egli può ottenere la *bonorum possessio* solo se sia stato istituito nel testamento dal padre naturale e altro figlio preterito abbia richiesto la *bonorum possessio contra tabulas*. Il figlio dato in adozione, infatti, non rientra nella categoria dei *liberi* e non riceve tutela dal pretore per il solo fatto dell'istituzione. L'autore ritiene altresì che la posizione degli emancipati sia sostanzialmente strutturata come quella degli *heredes sui* poiché essi devono essere istituiti o esplicitamente diseredati, pena l'invalidità del testamento. In ragione di ciò, solo nel caso in cui l'emancipato sia stato diseredato, diventa esperibile la *q.i.t.*, poiché – in tal caso – solo rescindendo il testamento, l'emancipato potrà conseguire la *bonorum possessio*. Nel caso dei *cognati*, al contrario, rileva unicamente la preterizione, non essendoci alcun obbligo a un'esplicita diseredazione. Di Lella, infine, precisa che, ai fini della concessione della *bonorum possessio contra tabulas*, non è necessaria l'accettazione dell'eredità da parte degli istituiti, presupponendo la formale esistenza del testamento. Qualora, invece, il testamento sia inesistente (ad es.: premorienza degli istituiti, assenza di *testamenti factio* dell'erede scritto), inutile sarebbe la richiesta della *bonorum possessio contra tabulas*. In base, al contrario, al diritto civile, l'apertura della successione legittima si realizza anche nell'ipotesi in cui non vi sia stata adizione²²⁹. L'autore, partendo da tali premesse, ritiene inutile l'esperimento della *q.i.t.* se la successione intestata si sia aperta per vizi di carattere sostanziale riconosciuti dal *ius civile* e afferenti il testamento. Alla luce di ciò, l'*heres suus*

²²⁹ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 174 ss.

agisce con la *q.i.t.* ogniqualvolta la diseredazione sia contenuta in un testamento *iure civili* valido. Al contrario, l'emancipato potrà esperire l'azione d'inofficiosità sia quando il testamento sia perfetto, sia quando sia invalido per motivi puramente formali, rispetto ai quali il pretore non esita a intervenire con concessioni aderenti alla volontà dell'ereditando, o inefficace per mancanza di adizione: soltanto, infatti, nel caso di assoluta inefficacia del testamento il ricorso alla *querela* sarebbe inutile per il figlio emancipato. Nel quarto e ultimo capitolo del suo lavoro, Di Lella traccia il regime della *querela* in epoca classica²³⁰. L'autore esordisce ribadendo i risultati che ritiene, in parte, raggiunti e con l'intenzione di addurre ulteriori elementi a conferma. A suo giudizio, i successori pretori avrebbero avuto a disposizione esclusivamente la *querela* quale azione autonoma di rescissione del testamento, mentre gli eredi civili potevano avvalersi tanto di questa azione, quanto proporre la questione di inofficiosità in via incidentale nel corso di una *hereditatis petitio*. L'azione, in ogni caso, sarebbe stata preordinata all'apertura della successione intestata. Con lo scopo, in particolare, di avvalorare quest'ultima affermazione, Di Lella considera preliminare una disamina concernente la legittimazione attiva alla *querela* che, ove dimostrasse che legittimati attivamente alla *querela* erano solo i successibili *ab intestato*, confuterebbe la dottrina²³¹ che ha negato l'esistenza del rapporto tra azione di rescissione e apertura della successione intestata. In particolare La Pira, come si

²³⁰ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 182 ss.

²³¹ Principalmente La Pira, *La successione ereditaria* cit. 418 ss.

ricorderà²³², principale sostenitore di questa tesi, aveva fondato le proprie convinzioni sull'interpretazione del noto frammento D. 5.2.14 (Papin. 5 *quaest.*). Il passo espone il caso di un emancipato che, diseredati i due figli, preterisce il padre. Alla sua morte, i figli impugnano il testamento e, si dice, se rimarranno soccombenti, il padre potrà intentare l'azione. La Pira aveva ritenuto che ciò dimostrasse l'indipendenza della qualità di legittimario con quella di prossimo successibile *ab intestato*, poiché la *querela* esercitata dal padre gioverebbe a lui solo e non anche ai figli dell'ereditando che pure venivano alla successione intestata prima di lui²³³. Al contrario, Di Lella ritiene semplicemente che, in taluni casi, fosse possibile la successione dell'azione e nulla il frammento proverebbe in merito al rapporto intercorrente tra azione rescissoria e apertura della successione intestata. In particolare, solo nel caso in cui il primo legittimato sia stato respinto, abbia rinunciato o vi sia, comunque, impossibilità all'esercizio dell'azione, sarebbe possibile la successione nella *querela*. Infatti, sostiene l'autore, nell'ipotesi in cui la *querela* sia promossa da persona diversa dal primo chiamato e che non versi in alcuna delle ipotesi dette, l'accoglimento della domanda avvantaggerà il primo chiamato e non il querelante, stante l'apertura della successione *ab intestato* [in tal senso: D. 5.2.6.1 (Ulp. 14 *ad ed.*)]. In merito alla deroga al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, più volte espressa nelle fonti²³⁴, Di Lella ricorda prelimi-

²³² Cfr. § 10.

²³³ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 186 ss.

²³⁴ D. 5.2.15.2 (Papin. 14 *quaest.*); D. 5.2.24 (Ulp. 48 *ad Sab.*); D. 31.76 pr. (Papin. 7 *resp.*).

narmente l'esistenza di passi conformi, invece, a quel principio²³⁵ e ciò potrebbe essere significativo dell'esistenza, in seno ai giuristi dell'epoca, di due possibilità interpretative con riguardo alla disciplina applicabile alla *q.i.t.* In particolare, Papiniano e Ulpiano avevano fissato un nesso inscindibile tra *querela* ed interesse dell'attore al conseguimento di quanto gli sarebbe spettato se il *de cuius* fosse morto intestato, mostrando di avere, pertanto, l'idea di una impugnativa *pro parte* che determina la compatibilità dell'apertura della successione testamentaria con quella legittima²³⁶. Questa concezione sarebbe contenuta in D. 5.2.8.8 (Ulp. 14 *ad ed.*), D. 37.7.6 (Papin. 6 *resp.*), mentre la diversa idea della *querela* come azione che rescinde *in toto* il testamento sarebbe espressa in un noto passo di Paolo (Paul. 2 *quaest.*) contenuto in D. 5.2.19. In quest'ultimo brano, Di Lella rinviene non solo l'idea del giurista concernente l'efficacia rescissoria della *querela*, ma un riferimento – operato dal medesimo Paolo nello svolgimento delle sue argomentazioni – all'opposta tesi di Papiniano, rispetto alla quale non si riesce a dar conto di come, stante la follia del *de cuius*, il testamento possa essere conservato, ancorché solo parzialmente²³⁷. Il caso esaminato da Paolo, la preterizione di una figlia con contestuale istituzione di un estraneo e di un'altra figlia, avrebbe condotto sia Paolo sia Papiniano alla medesima conclusione, anche se percorrendo strade diverse. La preterita, infatti, può per Paolo, rescisso il testamento, richiedere la

²³⁵ D. 5.2.17 pr. – 1 e 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*); D. 5.2.13 (Scaev. 3 *resp.*); D. 5.2.23.2 (Paul. *l. s. de inoff. test.*).

²³⁶ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 205.

²³⁷ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 213 ss.

metà dell'asse, poiché concorre nella successione *ab intestato* con l'altra sorella. La posizione di quest'ultima, infatti, non è assimilabile a quella di chi ha rinunciato alla successione intestata, poiché con l'accettazione dell'eredità devolutale *ex testamento* non ha manifestato la volontà di non voler succedere *ab intestato*. Per Papiniano, al contrario, il caso si sarebbe risolto nel senso di un'eccezione al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, con l'inevitabile identica soluzione che la preterita avrebbe ottenuto esclusivamente la metà dell'asse nella parte in cui si apre la successione intestata, mentre la sorella istituita e l'estraneo avrebbero concorso *ex testamento* per un quarto ciascuno²³⁸. Di Lella affronta l'esegesi di un altro frammento di Paolo riguardante la rinuncia all'azione e, conseguentemente, alla successione legittima: D. 5.2.17 pr. (Paul. 2 *quaest.*) che, letto congiuntamente a D. 5.2.23.2 (Paul. *l. s. de inoff. test.*), testimonierebbe che il giurista riteneva operante, nel caso di rinuncia all'azione, il diritto di accrescimento in favore dei querelanti vittoriosi²³⁹. Per Papiniano, al contrario, il rigetto dell'azione o la rinuncia alla medesima non determina l'accrescimento delle quote di chi abbia vittoriosamente esperito l'impugnazione. La divergenza tra le due diverse costruzioni della *q.i.t.* sarebbe emblematicamente rappresentata dalla sorte delle disposizioni a titolo particolare nei casi in cui l'istituto si trovasse nella medesima posizione successoria *ab intestato* del querelante vittorioso o, più essendo gli esclusi o gli istituiti, il testamento non fosse stato impugnato nei confronti di tutti gli istituiti o da tutti gli

²³⁸ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 218 ss.

²³⁹ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 220 ss.

esclusi o, impugnato, la pronuncia centumvirale avesse prodotto esiti eterogenei²⁴⁰. In proposito, per Papiniano le disposizioni a titolo particolare avrebbero conservato efficacia nei limiti in cui conservava efficacia il testamento, mentre per Paolo – stante la rescissione totale del testamento – erano poste nel nulla [in tal senso: D. 31.76 pr. (Papin. 7 *resp.*), D. 44.2.29 pr. (Papin. 11 *resp.*), D. 5.2.28 (Paul. l. s. de *inoff. test.*), D. 5.2.13 (Scaev. 3 *resp.*), D. 32.36 (Claud. *not. ad Scaev.* 18 *dig.*)]. Di Lella espone le sue considerazioni in merito all’efficacia normativa della sentenza d’inofficiosità, sostenendo che essa non può essere illimitata con riferimento alla posizione assunta da Papiniano, atteso che l’impugnativa è proponibile nei limiti dell’interesse²⁴¹. Con riguardo a Paolo, al contrario, l’autore appare propenso a ritenere che la soluzione prospettata dal giureconsulto discenda dall’applicazione del principio “*nemo pro parte...*” più che da valutazioni di indole processuale. In conclusione²⁴², Di Lella depone per una probabile iniziale configurabilità della *querela* come intesa alla rescissione totale del testamento, disciplina successivamente temperata. Tuttavia, precisa l’autore, le due concezioni dovettero, per un certo periodo, coesistere e questo ha determinato le note difficoltà di tracciare una costruzione unitaria della *querela*, con particolare riguardo alla giurisprudenza severiana.

18. In una densa monografia del 1975, dedicata *ex professo* alla clausola codicillare del testamento inof-

²⁴⁰ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 229 ss.

²⁴¹ Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 244 ss.

²⁴² Di Lella, *Querela inofficiosi* cit. 254 ss.

ficioso, Giovanni Negri²⁴³ ha sottolineato il legame esistente, a suo giudizio, tra la *b.p.c.t.* e la *q.i.t.*²⁴⁴. Nei frammenti contenuti nei libri 5.2 e 37.4 del Digesto (rispettivamente: *de inofficioso testamento* e *de bonorum possessionibus*) sarebbe riscontrabile una serie di principi che “presuppongono una visione unitaria di alcuni aspetti del diritto ereditario romano”²⁴⁵. Gli stessi giuristi, afferma Negri, sarebbero consapevoli di questa prospettiva unitaria e della necessità di un coordinamento, come si evincerebbe da D. 37.4.8 (Ulp. 40 *ad ed.*): Ulpiano osserva, in questo frammento, che non si può richiedere la *b.p.c.t.* nel caso di diseredazione, né si può ottenere la rescissione del testamento *iure civili*, salva l’esperibilità della *q.i.t.* in caso, appunto, di inofficiosità del testamento²⁴⁶. In altri frammenti, inoltre, sarebbe chiarito che, così come la diseredazione sottrae l’eredità all’erede legittimo civile, così sottrae la *bonorum possessio* ai *liberi* [D. 37.4.8.2 (Ulp. 40 *ad ed.*); D. 48.20.7 pr. (Paul. *l. s. de port. quae liberis damn. conceduntur*)]. Il parallelismo tra questi due istituti troverebbe la sua origine “nella realtà storico-dogmatica della successione familiare agnatzia”²⁴⁷, anche se lo studioso ha la cura di precisare che sia l’istituto civilistico della diseredazione che quello della *b.p.c.t.* risalgono ad età repubblicana e sono sorti, rispettivamente, dalla riflessione giurisprudenziale e dalla prassi pretoria. In particolare, Negri ipotizza che la giurisprudenza giunse ad ammettere la

²⁴³ G. Negri, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso* (Milano 1975) 1 ss.

²⁴⁴ Negri, *La clausola codicillare* cit. 134 ss.

²⁴⁵ Negri, *La clausola codicillare* cit. 134.

²⁴⁶ Negri, *La clausola codicillare* cit. 135.

²⁴⁷ Negri, *La clausola codicillare* cit. 136.

possibilità di escludere il *suus* dalla successione ereditaria in seguito alla diffusione della *mancipatio familiae mortis causa*, prassi attraverso la quale un estraneo era posto *loco heredis*²⁴⁸. Questo istituto sarebbe entrato in conflitto, a giudizio dello studioso, con l'ordinamento istituzionale della famiglia e, proprio con lo scopo di superare la contraddizione, la giurisprudenza avrebbe previsto la necessità della diseredazione²⁴⁹. Sulla base degli spunti unitari rintracciati nei commentari all'editto, Negri riassume i tratti essenziali relativi al sistema vigente in età classica²⁵⁰ in materia di *b.p.c.t.* e *q.i.t.* Con riguardo alla *querela*, lo studioso ritiene che presupposto dell'azione sia l'innocuità del testamento, cioè la violazione dell'*officium pietatis*²⁵¹, consistente nella immeritata diseredazione o preterizione dei soggetti aventi diritto alla legittima. È escluso dall'esperibilità dell'azione colui il quale abbia ricevuto almeno la quarta parte di quanto avrebbe ricevuto *ab intestato*, dedotti i debiti, le spese funerarie e le manomissioni. Sarebbe stato compito dei giudici indagare in merito alla giusta causa della diseredazione o preterizione: accertata la violazione dell'*officium pietatis*, il testamento sarebbe stato rescisso e si sarebbe aperta la successione *ab intestato*²⁵². A queste precisazioni, seguono dei capitoli dedicati al rilievo giuridico della parentela naturale nel *ius civile* e nella prassi pretoria dell'età repubblicana²⁵³, all'importanza

²⁴⁸ Negri, *La clausola codicillare* cit. 138.

²⁴⁹ Negri, *La clausola codicillare* cit. 138.

²⁵⁰ Negri, *La clausola codicillare* cit. 145 ss.

²⁵¹ Negri, *La clausola codicillare* cit. 147.

²⁵² Negri, *La clausola codicillare* cit. 148.

²⁵³ Negri, *La clausola codicillare* cit. 151 ss.

della parentela naturale a dell'amicizia nel costume e nella prassi magistratuale in materia ereditaria²⁵⁴, alla struttura ed efficacia pratica dell'*officium*²⁵⁵, all'*officium* nei testi giuridici²⁵⁶, per giungere infine ad occuparsi della *q.i.t.* come mezzo sanzionatorio dell'inofficiosità²⁵⁷. La lunga indagine, ricca di riferimenti a fonti letterarie e giuridiche, serve all'autore a porre a fondamento della *q.i.t.* – come già anticipato – proprio la violazione dell'*officium* che avrebbe implicato, ancora in epoca classica, la rescissione *ipso iure* (*iure civili*) del testamento inofficioso²⁵⁸. La natura della *querela* sarebbe, dunque, sanzionatoria e mostrerebbe una totale indipendenza dall'ordinamento del diritto successorio civile e onorario²⁵⁹. Vi sarebbe, pertanto, a giudizio di Negri, “un’analogia genetica tra *b.p.c.t.* e *q.i.t.*: ambedue intervengono a reprimere le deviazioni dal costume, la prima prescrivendo un onere di nomina di determinate classi di familiari nel testamento, la seconda sanzionando l'*iniuria* in cui si risolve l'inottemperanza dell'*officium*. Questa matrice comune spiega anche l'angolo visuale unitario dal quale i giuristi classici hanno considerato i due istituti²⁶⁰ e la giustificazione del perché il pretore non abbia attribuito la *b.p.c.t.* anche nei casi d'inofficiosità”²⁶¹.

²⁵⁴ Negri, *La clausola codicillare* cit. 171 ss.

²⁵⁵ Negri, *La clausola codicillare* cit. 199 ss.

²⁵⁶ Negri, *La clausola codicillare* cit. 239 ss.

²⁵⁷ Negri, *La clausola codicillare* cit. 271 ss.

²⁵⁸ Negri, *La clausola codicillare* cit. 294.

²⁵⁹ Negri, *La clausola codicillare* cit. 295.

²⁶⁰ Negri, *La clausola codicillare* cit. 133 ss.

²⁶¹ Negri, *La clausola codicillare* cit. 295 ss.

19. Nel 1989 appare un contributo a firma di Fernandez De Bujan²⁶². Il giurista spagnolo esordisce dando per assodato che l'ampia libertà di testare presupposta in un noto passo di Pomponio concernente la norma di tab. V, 3²⁶³, sia stata successivamente ristretta con l'introduzione della successione necessaria formale, cioè la necessaria istituzione o diseredazione *ex testamento* dei *sui heredes*. Una limitazione effettiva alla libertà testamentaria sarebbe stata introdotta sul finire della repubblica, quando l'esclusione dei parenti prossimi avrebbe costituito violazione dell'*officium pietatis*. A giudizio dell'autore, la successione legittima sarebbe rimasta, per lungo tempo, vincolata agli schemi della solidarietà familiare agnaticia, mentre la successione testamentaria avrebbe riflettuto l'importanza della famiglia naturale e dei legami di amicizia²⁶⁴. Già alla fine della guerra punica l'istituzione d'erede avrebbe avuto lo scopo, segnala De Bujan, di far prevalere i vincoli di sangue sulla parentela civile, ma la crescente diseredazione dei parenti prossimi sarebbe stata invisibile alla coscienza sociale. La trasformazione, tuttavia, di questa riprovazione in un dovere giuridico che obbligava i disponenti a istituire i prossimi congiunti si sarebbe realizzata gradualmente²⁶⁵. De Bujan suppone un iniziale intervento del pretore e, in seguito, la diretta sanzione da parte del tribunale centumvirale della inofficiosità del testamento a favore

²⁶² A. Fernandez De Bujan, *La legitimacion de los parientes colaterales privilegiados en la impugnacion del testamento inoficioso*, in *SDHI* 55 (1989) 98 ss.

²⁶³ D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Quint. Muc.*). Cfr. Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 98 e nt. 1.

²⁶⁴ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 99.

²⁶⁵ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 99 ss.

dei parenti prossimi ingiustamente esclusi dalla successione ereditaria²⁶⁶. Contrariamente a quanto ritenuto da La Pira, lo studioso spagnolo ritiene che l'istituto della *q.i.t.* non sia l'esito di un intervento pretorio, ma si sia affermata gradualmente nella prassi del tribunale centumvirale, che avrebbe deciso sulla base di principi equitativi²⁶⁷. Molte le zone d'ombra ancora esistenti in merito al regime processuale della *q.i.t.*, anche se sembra – afferma De Bujan – che gli effetti dell'azione si siano prodotti già dal 52 a.C., anche se la locuzione *q.i.t.* inizia ad essere impiegata solo durante il principato²⁶⁸. L'azione sarebbe stata anche recepita dal *ius civile* con la c.d. *lex Glitia*, dal momento che avrebbe rescisso *iure civili* il testamento. All'emanazione della *lex Glitia*, De Bujan avrebbe ricondotto l'introduzione di un nuovo modo di esercitare la *q.i.t.*, nella forma della *cognitio extraordinaria*²⁶⁹. Legittimati inizialmente ad esercitare la *q.i.t.* sarebbero stati, secondo De Bujan, tutti coloro i quali erano successori del defunto *ab intestato*; solo in un secondo momento la prassi centumvirale avrebbe limitato la legittimazione agli ascendenti, discendenti, fratelli e sorelle del *de cuius*. Tra la fine della repubblica e gli inizi del I sec. d.C., lo studioso ritiene che l'esercizio della *q.i.t.* fosse riconosciuto (entro il grado dei parenti collaterali o linea trasversale) ai fratelli e alle sorelle, come sembrerebbe dedursi da Val. Max. 7.8.4. In seguito, il tribunale centumvirale e il pretore avrebbero delimitato le persone legittimate nel caso concreto, creando quella

²⁶⁶ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 100.

²⁶⁷ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 101.

²⁶⁸ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 102.

²⁶⁹ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 102.

che certa parte della dottrina ha definito la categoria dei parenti collaterali privilegiati²⁷⁰. Al contrario, La Pira riteneva che, in epoca classica, fossero legittimati ad esercitare la *q.i.t.* tutti i cognati entro il sesto grado, argomentando sulla base di D. 5.2.1 (Ulp. 14 *ad ed.*), D. 5.2.6.1 (Ulp. 14 *ad ed.*) e I. 2.18.1. Gli stessi frammenti, secondo De Bujan, “mencionan invariablemente la limitación a los hermanos y hermanas en la impugnación del testamento inoficioso”²⁷¹. A giudizio dell’autore, le classi di legittimari della *q.i.t.* (discendenti, ascendenti, fratelli e sorelle) si escludono reciprocamente²⁷². Peraltro, le testimonianze che giungono dalle fonti letterarie comprese tra la fine della repubblica e inizi del principato corrispondono, a giudizio di De Bujan, con piccole varianti, alla lista dei legittimari contenuta nelle fonti classiche e sino a Giustiniano e non sembra probabile, su questo punto, una distinzione tra fratelli e sorelle²⁷³. Con riguardo all’esistenza di legami agnatici o cognatici tra i fratelli e il *de cuius*, De Bujan riconosce che le fonti letterarie di fine repubblica non specificano se le persone legittimate ad esercitare la *q.i.t.* siano o meno legate da vincoli di *adgnatio* o *cognatio* con il *de cuius*²⁷⁴. La prima notizia giuridicamente certa in proposito è contenuta in una costituzione di Costantino, contenuta sia nel Codice Teodosiano sia in quello giustiniano (C. Th.

²⁷⁰ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 103.

²⁷¹ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 105.

²⁷² Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 106.

²⁷³ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 106 ss. dove l’autore adduce a sostegno della tesi l’esegesi di C. 3.28.17, C. 3.28.21 e C. 3.28.27.

²⁷⁴ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 108.

2.19.7; C. 3.28.27)²⁷⁵. Nonostante l'assenza di testi giurisprudenziali, dunque, che chiariscano la posizione dei legittimari sino al III sec. d.C., De Bujan ritiene probabile che i *cognati* potessero attaccare il testamento come inofficioso indipendentemente dall'esistenza di un vincolo agnatizio con il *de cuius*, circostanza che sembrerebbe dedursi dallo studio di alcune fonti letterarie (Val. Max. 7.8.4; 7.7.5; 7.7.2; Cic. *part. or.* 19-66)²⁷⁶. D. 5.2.1 (Ulp. 14 *ad ed.*) confermerebbe, inoltre, a giudizio di De Bujan, che la prassi del tribunale centumvirale aveva riconosciuto, alla fine della repubblica, la legittimazione ad esperire la *q.i.t.* ai *cognati* in generale, sulla base del solo legame di sangue²⁷⁷. Una limitazione in tal senso sarebbe giunta solo con la costituzione di Costantino (C. Th. 2.19.1) che autorizza all'esercizio della *q.i.t.* i soli fratelli germani *durante agnatione*, limitazione che scompare nel codice giustiniano (C. 3.28.27) con il quale, dunque, si torna al riconoscimento dell'importanza della parentela naturale o cognatizia esistente alla fine della repubblica²⁷⁸. In merito ad un'eventuale distinzione ai fini dell'impugnativa d'inofficiosità tra fratelli germani, consanguinei ed uterini, non si trova alcuna menzione nelle fonti letterarie né nei testi giurisprudenziali contenuti nel Digesto [D. 5.2.1 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.8.5 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.24 (Ulp. 48 *ad Sab.*)]²⁷⁹. Una limitazione in tal senso sarebbe stata isolatamente introdotta da Costantino, con la

²⁷⁵ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 109.

²⁷⁶ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 109 ss.; 110 nt. 48 e 49.

²⁷⁷ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 111.

²⁷⁸ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 111 ss.

²⁷⁹ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 113.

ben nota e già richiamata costituzione che rompe con la tradizione precedente (C. Th. 2.19.1) ed impedisce agli uterini i esercitare l'azione d'inofficiosità²⁸⁰. La norma non viene conservata da Giustiniano che stabilisce nella Novella 118 (a. 543) la definitiva equiparazione tra fratelli e sorelle consanguinei ed uterini. In merito al requisito, ai fini dell'esperimento della *q.i.t.* da parte dei fratelli e delle sorelle, dell'istituzione di una persone *turpe*, De Bujan sostanzia – in seguito all'analisi di alcuni frammenti giurisprudenziali²⁸¹ – che “no consta expresamente hasta la constitución de Constantino, la existencia de una limitación legal al ejercicio de su derecho a impugnar el testamento, por lo que me parece acertada la opinión de La Pira, conforme a la cual, antes la constitución de Constantino, también los hermanos y hermanas uterinos y no agnados en general podían, *auxilio praetoris*, intentar la *q.i.t.* contra todos los herederos instituidos, sin distinguir, como se hizo después, entre personas *turpe* y *non turpe*”²⁸².

20. Ribas-Alba²⁸³ affronta il tema della *q.i.t.* con circoscritti intendimenti, individuati nella precisazione dei fondamenti storici e del regime classico dell'azione, limitandosi – con riferimento a quest'ultimo punto – ad una disamina relativa alla natura e funzione dell'*iniuria* e del *color insaniae*²⁸⁴, della legittimazione

²⁸⁰ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 114.

²⁸¹ Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 117 ss.

²⁸² Fernandez De Bujan, *La legitimacion* cit. 121.

²⁸³ J. M. Ribas-Alba, *La desheredación injustificada en derecho romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico* (Granada 1998) 1 ss.

²⁸⁴ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 175 ss.

attiva²⁸⁵ e della determinazione della quota nella *q.i.t*²⁸⁶. L'esposizione inizia con un esame dello stato della dottrina e del titolo del Digesto riguardante il testamento inofficioso (D. 5.2)²⁸⁷, comprensiva di un'indicazione dettagliata dei giureconsulti i cui frammenti sono stati impiegati dai Compilatori per costruire il titolo relativo al testamento inofficioso²⁸⁸. Di ciascuno, Ribas-Alba precisa l'opera da cui il passo è tratto e giunge²⁸⁹, infine, a distinguere all'interno del titolo la presenza della massa edittale (fr. 1-12, con eccezione del 2 e del 7), della massa papiniana (fr. 13-23 e 32) e di quella sabiniana (fr. 24-31, 2 e 7). All'interno della massa edittale, vi sarebbero frammenti afferenti alla legittimazione attiva [D. 5.2.1 (Ulp. 14 *ad ed.*), 5.2.6 pr.-2 (Ulp. 14 *ad ed.*), 5.2.8 (Ulp. 14 *ad ed.*), 5.2.8.5 (Ulp. 14 *ad ed.*), 5.2.8.7 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.5 (Marcell. 3 *dig.*); D. 5.2.7 (Paul. *l. s. de sept. iud.*)], alle condizioni di ammissibilità della *querela* [D. 5.2.8.1-4, 5.2.8.12, 5.2.8.13 e 5.2.8.15 (Ulp. 14 *ad ed.*)], alla esclusione dalla *querela* per avvenuto riconoscimento della volontà del testatore [D. 5.2.8.10 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.10.1 (Marcell. 3 *dig.*); D. 5.2.12.1-3 (Mod. *l. s. de praescript.*)], agli effetti della sentenza [D. 5.2.8.14, 5.2.8.16, 5.2.8.17 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.9 (Mod. *l. s. de inoff. test.*); D. 5.2.10 pr. (Marcell. 3 *dig.*); D. 5.2.11 (Mod. 3 *resp.*)], alla *portio debita* [D. 5.2.8.6, 5.2.8.8, 5.2.8.9, 5.2.8.11 (Ulp. 14 *ad ed.*)], alla descrizione della *querela* [D. 5.2.2 (Marcian. 4 *inst.*); D. 5.2.3 (Marcell. 3 *dig.*);

²⁸⁵ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 203 ss.

²⁸⁶ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 256 ss.

²⁸⁷ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 25 ss.

²⁸⁸ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 70 ss.

²⁸⁹ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 80 ss.

D. 5.2.4 (Gai. *l. s. ad legem Glitiam*). I contenuti principali della massa papiniana sarebbero, invece, relativi alla “*pluralidad de acciones simultáneas o sucesivas*”²⁹⁰ [D. 5.2.14, 5.2.15.2 (Papin. 5 *quaest.*); D. 5.2.16 pr.-1 (Papin. 2 *resp.*); D. 5.2.17 pr., 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*); D. 5.2.20 (Scaev. 2 *quaest.*); D. 5.2.21 pr., 5.2.21.1 (Paul. 3 *resp.*); D. 5.2.23, 5.2.23.2 (Paul. *l. s. de inoff. test.*)], agli effetti della sentenza [D. 5.217.1 (Paul. 2 *quaest.*); D. 5.2.18 (Paul. *l. s. de inoff. test.*); D. 5.2.22.1-3 (Tryph. 17 *disp.*)], alla legittimazione attiva [D. 5.2.15 pr., 5.2.15.1 (Papin. 14 *quaest.*)], al riconoscimento della volontà del testatore [D. 5.2.22 pr. (Tryph. 17 *disp.*); D. 5.2.23.1 (Paul. *l. s. de inoff. test.*)]. In merito, infine, ai contenuti della massa sabiniana, l'autore distingue i frammenti riguardanti la legittimazione passiva [D. 5.2.24 (Ulp. 48 *ad Sab.*); D. 5.2.25.1, 5.2.27.4 (Ulp. 2 *disput.*); D. 5.2.28, D. 5.2.31.1 (Paul. *l. s. de sept. iud.*); D. 5.2.29 pr., 5.2.29.1, 5.2.29.3, 5.2.29.4 (Ulp. 6 *opin.*); D. 5.2.30 pr. (Marcian. 4 *inst.*)], al riconoscimento della volontà del testatore [D. 5.2.31.2, 5.2.31.3, 5.2.31.4 (Paul. *l. s. de sept. iud.*); D. 5.2.32 pr., 5.2.32.1 (Paul. *l. s. de inoff. test.*)], alla legittimazione attiva [D. 5.2.27.1 (Ulp. 8 *disp.*); D. 5.2.31 pr. (Paul. *l. s. de sept. iud.*)], alla transazione [D. 5.2.27 pr. (Ulp. 8 *disp.*); D. 5.2.29.2 (Ulp. 6 *opin.*)], agli effetti della sentenza [D. 5.2.26 (Ulp. 8 *disp.*); D. 5.2.30.1 (Marcian. 4 *inst.*)], all'appello [D. 5.2.27.3 (Ulp. 8 *disp.*)], alle condizioni di ammissibilità della *querela* [D. 5.2.27.2 (Ulp. 8 *disp.*)]. Lo studioso desume, dall'architettura del titolo, un'intenzionale distribuzione della materia che si occuperebbe, nelle diverse masse, di aspetti specifici della

²⁹⁰ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 85.

disciplina della *querela*. Così, la massa edittale tratterebbe prevalentemente della legittimazione attiva, la massa papiniana delle *acciones sucesivas* e la massa sabiniana della legittimazione passiva. Il secondo capitolo²⁹¹ del lavoro di Ribas-Alba si propone di trattare l'evoluzione storico-giuridica che ha condotto alla nascita del tribunale centumvirale, precisando alcuni aspetti di quest'ultimo che aiutano a comprendere le cause storiche dell'apparizione della *q.i.t.* L'autore afferma preliminarmente che l'impugnazione del testamento inofficioso viene, generalmente, ritenuto dalla dottrina come l'anello finale del processo evolutivo indirizzato alla limitazione dell'assoluta libertà testamentaria del *paterfamilias*, tesi fondata sulla teoria del potere unitario del medesimo *pater* nell'epoca più antica. In realtà, precisa Ribas-Alba, la tesi della originaria libertà di testare non è collocata temporalmente in maniera precisa, consentendo di retrodatare alcuni aspetti problematici – esprimenti una concezione familiare dell'eredità – non armonizzabili con il principio dell'assoluta libertà testamentaria. L'autore si propone, pertanto, attraverso lo studio proposto, di ricostruire il vuoto emergente fra la successione arcaica e l'ultima repubblica, di delimitare l'ambito della libertà testamentaria dell'epoca classica e, infine, di ricostruire un impianto teorico della *querela*²⁹² che spieghi la confluenza, al suo interno, di elementi economici, religiosi e filosofici. Dopo aver ricordato la tesi di Bonfante sulla *familia*, ritenuta dall'autore superata, Ribas-Alba prosegue la sua indagine relativa al rapporto tra *familia* e *hereditas* concentrandosi

²⁹¹ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 93 ss.

²⁹² Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 98.

sull'epoca delle XII Tavole, con il dichiarato intendimento di dimostrare che il testo decemvirale rifletteva un concetto di eredità nel quale era assente il principio della libertà testamentaria. Lo studioso evidenzia la rilevanza giuridica del culto familiare, legato al diritto successorio romano che di esso si fa strumento di perpetuazione nel tempo. La *querela* – a giudizio dell'autore – recupera alcuni elementi di questo modo di intendere l'eredità, come l'*officium pietatis*, principio complesso nel quale si aggiungono alla componente religiosa, elementi etico-giuridici di origine filosofica²⁹³. Tale concezione religiosa, come entità che riunisce i vivi e i morti, si proietta – sostiene Ribas-Alba – in ambito patrimoniale nella comproprietà che si stabilisce tra i *sui heredes* nel *consortium erecto non cito*, ulteriore conferma del carattere familiare dell'eredità nel secolo V a.C. e un indizio della impossibilità di nominare eredi al di fuori della cerchia parentale. Parimenti, la limitazione della capacità di disposizione del *paterfamilias* sarebbe confermata anche per i negozi *inter vivos* dall'istituto della prodigalità, contrastante – a giudizio dell'autore – con l'assoluta libertà di testare.

In merito alla disciplina decemvirale²⁹⁴, Ribas-Alba ritiene che non si possa ricondurre al tenore letterale della nota norma di tab. V, 3 un'assoluta libertà di testare, escludendo – tra l'altro – che il verbo *legare* che in essa compare possa riferirsi all'istituzione di erede: la norma avrebbe permesso esclusivamente di disporre a titolo particolare dei beni attraverso il legato. Per l'epoca successiva alle XII Tavole, l'autore sostiene l'ulteriore sopravvivenza della successione necessaria,

²⁹³ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 107.

²⁹⁴ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 115.

conservandosi il carattere familiare dell'eredità arcaica. Conferme alla tesi sarebbero rappresentate dal regime dei *sepulchra familiaria*, dalla disciplina della successione del liberto (i cui beni, in assenza di *sui* o *liberi*, passano al patrono), da quella del fedecommesso di famiglia e dal regime dell'*adoptio* e dell'*adrogatio* rispetto alle quali Ribas-Alba stabilisce un legame esplicito con la *q.i.t.*, poiché “en ambos casos, las consecuencias objeto de valoración son de orden sucesorio. En l'adopción se produce una degradación de las expectativas hereditarias de los hijos naturales. Tanto en una como en otra figura le revisión se encamina a determinar si hay un motivo razonable, una justa causa, que haga aceptable la decisión del disponente”²⁹⁵. In epoca successiva²⁹⁶, con la patrimonializzazione dell'eredità, sarebbe sorto il *testamentum per aes et libram*, in seguito a cambiamenti sociopolitici, economici e religiosi determinando l'affermarsi della libertà testamentaria. La nascita della *q.i.t.* si situerebbe, pertanto, all'interno dello sforzo di equilibrare gli antichi elementi comunitari e il nuovo ordine, fondato sul predominio dell'iniziativa individuale nella sfera politica ed economica. Lo studioso prosegue la sua indagine rintracciando le origini del tribunale centumvirale²⁹⁷, previa disamina e critica delle tesi sostenute in precedenza. Preliminarmente, ricorda l'opinione di F. La Rosa²⁹⁸ che depona per un'originaria identificazione di tale organo giudicante con il senato, tesi ritenuta dall'autore inverosimile per l'ine-

²⁹⁵ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 134.

²⁹⁶ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 134 ss.

²⁹⁷ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 144 ss.

²⁹⁸ F. La Rosa, «Decemvir» e «Centumvir», in *Labeo* 4 (1958) 14 ss.

sistenza di fonti giuridiche e letterarie che possano corroborare l'assunto. Parimenti non accoglibili – a giudizio dell'autore – sono le tesi sostenute da Kunkel²⁹⁹ e Kelly³⁰⁰, poiché la prima, che sostiene l'originaria competenza del tribunale centumvirale a giudicare dei delitti comuni tramite applicazione della *legis actio sacramento* nel processo primitivo, “no cuenta con apoyos textuales, que permitan fechar en época arcaica el tribunal centumviral” e la seconda perché nel passo di Aulo Gellio (16.10.8), addotto da Kelly a sostegno della sua ipotesi, non si stabilisce alcun legame tra la legge delle XII Tavole e il tribunale centumvirale, come vorrebbe sostenere lo studioso inglese. Wlassak³⁰¹, per il quale l'organo giudicante sarebbe stato introdotto con la *lex Aebutia*, appoggiandosi – nel sostenere tale tesi – al medesimo testo di Aulo Gellio sopra citato, rivela la stessa fragilità mostrata da Kelly, poiché “creemos que tampoco a estos efectos es útil el pasaje de Aulo Gelio”³⁰². Rispetto alla tesi di G. I. Luzzatto³⁰³, invece, che ritiene che il tribunale sia sorto anteriormente alle leggi *Silia* e *Calpurnia* e, dunque, tra la fine del IV e gli inizi del III sec. a.C., Ribas-Alba osserva che la datazione delle leggi citate non è sicura e che, pertanto, nessuna conclusione sembra formulabile. Infine, mentre la tesi di Behrends³⁰⁴ si concentra – a giudizio dell'autore –

²⁹⁹ W. Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahren in vorsullanischer Zeit* (München 1962) 115 ss.

³⁰⁰ J. M. Kelly, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic* (Oxford 1976) 1 ss.

³⁰¹ Wlassak, s. v. «Centumvirò» cit. 1935.

³⁰² Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 148.

³⁰³ G. I. Luzzatto, *Procedura civile romana II* (Bologna 1948) 240 ss.

³⁰⁴ O. Behrends, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung* (Göttingen 1970) 103 ss.

eccessivamente sulla questione numerica, la tesi di Bozza³⁰⁵ è quella che meglio si adatterebbe alle fonti, collocando l'apparizione del tribunale alla metà del III sec. a.C. Ribas-Alba ritiene, infatti, che le ragioni che spiegano l'apparizione dei centumviri risiedano – come precedentemente esposto – nel consolidamento nel III sec. a.C. della libertà di testare, fenomeno particolare all'interno dell'ambito successorio³⁰⁶, che determina la necessità di un nuovo organo giudiziario che si occupi di materia ereditaria, rilevantisima da un punto di vista pubblico, tanto da determinare la natura collegiale del medesimo. In merito ai rapporti tra *hereditatis petitio* e *q.i.t.*³⁰⁷, Ribas-Alba precisa che la prima veniva esercitata dall'erede civile che reclamava il patrimonio contro i possessori dei beni ereditari, mentre la *q.i.t.* era l'azione proposta da un parente del *de cuius*, che poteva anche non essere erede civile, con cui si impugnava la istituzione di erede contenuta nel testamento e si chiedeva la rescissione del medesimo limitatamente all'istituzione attaccata. Alla luce di queste differenze, preliminarmente indicate, non sembra – a giudizio dell'autore – sostenibile l'ipotesi di una *querela* come incidente dell'*hereditatis petitio*. Lo studioso ritiene, infatti, che la *querela* fosse perorata autonomamente dinanzi al tribunale dei centumviri³⁰⁸ mediante una *legis actio per sponsionem*, mentre – a partire dal Principato – la *querela* poteva essere proposta anche in sede di una *cognitio extra ordinem*. Infine, lo studioso rileva l'esistenza della

³⁰⁵ F. Bozza, *Sulla competenza dei centumviri* (Napoli 1928) 1 ss.

³⁰⁶ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 155 ss.

³⁰⁷ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 160 ss.

³⁰⁸ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 165 ss.

q.i.t. sin dal I sec. a.C., secondo quanto si apprende da Cic. *Verr.* 2.1.107 e l'azione sarebbe, pertanto, anteriore alla *bonorum possessio* classica³⁰⁹. Nel terzo capitolo³¹⁰, dedicato al regime classico dell'azione di inofficiosità, Ribas-Alba svolge un'indagine relativa al concetto giuridico di *querela* e alla sua relazione con l'*iniuria*, sostenendo che il primo “se utiliza en la gran mayoría de los casos para hacer referencia a reclamaciones surgidas en el ámbito familiar”³¹¹ e la cui base è “una *iniuria* en sentido amplio, que se produce predominantemente entre personas que integran el círculo familiar”. Ugualmente pregnante ai fini della ricostruzione della disciplina dell'istituto è l'analisi del *color insaniae*, categoria retorica di origine greca e rilevanza giuridica³¹², che Ribas-Alba non vede in contrasto con l'*iniuria* quale elemento costitutivo dell'azione d'inofficiosità. Rileva l'autore che coloro i quali si sono occupati di questo problema hanno optato per selezionare come predominante una delle due categorie, ponendo la rimanente su di un piano subalterno. Alcuni autori³¹³ hanno, infatti, individuato l'*iniuria* come fondamento dell'azione, altri³¹⁴ il *color insaniae* e altri ancora³¹⁵ si sono riferiti ad entrambe le categorie, ma come elementi separati (ad es. Eisele che, come ampiamente ricordato, sosteneva l'esistenza di due tipi di *querela*, con fondamento e disciplina

³⁰⁹ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 172.

³¹⁰ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 175 ss.

³¹¹ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 181 ss.

³¹² Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 182 ss.

³¹³ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 185 ss.

³¹⁴ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 186.

³¹⁵ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 187.

diversi). In particolare, Ribas-Alba individua un difetto fondamentale nella teoria elaborata nel corso degli anni sul concetto di *color insaniae*, cioè che il centro di gravità sia stato focalizzato sul *color* piuttosto che sull'*insania* e che il concetto di demenza in nulla differisca da quello generale³¹⁶. La tesi non sembra verosimile all'autore, poiché in tal caso, se il testamento fosse stato redatto da un pazzo – si sostiene –, non sarebbe stata necessaria la *q.i.t.* In ragione di ciò, il *color insaniae* non deve riferirsi alla infermità mentale, bensì ad una condotta suscettibile di essere qualificata come irrazionale. Questo è quanto sembra emergere da alcuni brani analizzati dallo studioso (Sen. *contr.* 2.3.6; 2.3.14; 10.3.7-8) nei quali l'*insania* è una conseguenza, non una causa: “la *iniuria*, por su parte, es el reflejo o manifestación que conduce a calificar la conducta como propia de un demente”³¹⁷. Alla luce di ciò, Ribas-Alba ritiene che il fondamento della *querela*, ancorché complesso, sia unico: la doglianza è conseguenza di una *iniuria* (l'esclusione dal testamento, integrante la trasgressione dell'*officium pietatis*) che è, al contempo, manifestazione di una condotta irrazionale (*color insaniae*). L'autore prosegue con un'indagine concernente la finalità dell'azione d'inofficiosità, individuata nell'impugnazione dell'istituzione di erede e non del testamento come tale, “puesto que est opción hubiera frustado su carácter relativo”³¹⁸. In merito alla legittimazione attiva, Ribas-Alba precisa che la categoria degli eredi necessari non coincide con quella

³¹⁶ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 188.

³¹⁷ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 190.

³¹⁸ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 203.

dei legittimati *ab intestato*³¹⁹ e, pertanto, la *querela* non si dirigeva, in diritto classico, all'apertura della successione legittima. L'autore fonda la tesi su alcuni dei risultati che ritiene raggiunti nel suo lavoro, quali il fatto che la *q.i.t.* proteggeva sin dalle origini parenti del *de cuius* che non erano eredi civili (padre naturale del figlio dato in adozione, figlio rispetto alla madre) e che la *bonorum possessio* nacque successivamente alla *querela*. Queste considerazioni portano Ribas-Alba a concludere per l'esistenza di una categoria di persone, parenti prossimi del testatore, ai quali si accordava una protezione in merito ad aspettative successorie nei confronti di un altro membro della famiglia, protezione che decadeva solo in presenza di una giusta causa all'esclusione. In tal senso questi congiunti sarebbero stati definiti eredi necessari³²⁰, mentre la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* non avrebbe avuto alcuna funzione in sede di legittimazione, essendo limitata a provocare una pronuncia sulla condizione dell'attore come *bonorum possessor*³²¹. In merito ai presupposti di ammissibilità dell'azione³²², Ribas-Alba ricorda il carattere sussidiario dell'azione, la prescrizione quinquennale, il mancato riconoscimento della volontà del testatore, non aver ricevuto la *portio debita*. La disciplina della trasmissione dell'azione³²³ si caratterizza per la coesistenza di due elementi concettualmente differenti: la trasmissibilità della *querela* sulla base della *praeparatio litis* e la vigenza della *successio*

³¹⁹ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 204.

³²⁰ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 212.

³²¹ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 218 ss.

³²² Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 227 ss.

³²³ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 245 ss.

ordinum et graduum, la cui armonizzazione discende dalla distinzione tra eredi non necessari del querelante, cui si applica la disciplina prevista da D. 5.2.6.2 (Ulp. 14 *ad ed.*) e D. 5.2.7 (Paul. *l. s. de sept. iud.*) in base alla quale l'azione si trasmetterà solo se la lite sia stata *praeeparata*, ed eredi necessari ai quali la possibilità di agire per l'invalidità del testamento si trasmette per delazione, in accordo ai principi della *successio ordinum et graduum*³²⁴. In merito alla possibilità di proporre *querelae* successive³²⁵, l'autore ritiene che ciò sia perfettamente in linea con il funzionamento della stessa azione di invalidità. La violazione dell'*officium pietatis*, infatti, esige “determinar un mejor derecho entre dos personas: la del istituído y la del que reclama” e ciò implica la necessaria determinatezza dei termini della comparazione, con inevitabile esclusione della possibilità di esercitare la *querela* contro più istituzioni di erede nel medesimo procedimento. Quel che sarà possibile, per il querelante, è agire con una azione successiva, anche contro colui il quale sia risultato vincitore in un precedente processo, non risultando – in ogni caso – violato il principio della *res iudicata*, atteso che “los papeles de actor y reo lo desempeñan personas distintas”. A sostegno della tesi assunta, Ribas-Alba propone l'analisi di D. 5.2.8.9 e D. 5.2.6.1 (Ulp. 14 *ad ed.*); quest'ultimo passo, in particolare, è interpretato nel senso di ritenere necessario, nel caso in cui un non legittimato alla *querela* sia stato erroneamente ammesso e abbia vinto, che l'erede intestato – lungi dal beneficiare automaticamente della rescissione del testamento – eserciti una seconda azione di

³²⁴ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 248.

³²⁵ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 250 ss.

inofficiosità, essendo sempre possibile che esista una giusta causa di esclusione relativamente alla sua persona³²⁶. Pertanto, Ribas-Alba ritiene che la *querela* non sia volta all'apertura della successione intestata in senso stretto, ma esprime la forma con la quale si annulla l'istituzione: "la *querela* hace intestato al *pater-familias* en el limitado y preciso sentido de que su ultima voluntad es anulada y modificada en virtud de unos criterios valorativos que operan *ab intestato*, es decir, desde fuera del testamento"³²⁷. La sentenza di inofficiosità si indirizza, sostanzialmente, a giudizio dell'autore, al riconoscimento del titolo di erede, non al conseguimento dell'eredità. La pronuncia centumvirale realizzerebbe, infatti, attraverso una comparazione tra erede istituito e querelante, un giudizio di valore tra quale dei due litiganti sia maggiormente degno di essere erede. Nell'ipotesi in cui venga riconosciuto tale l'escluso, risulterebbe contestualmente violato l'*officium pietatis* e ciò sarebbe, al contempo, manifestazione della condotta irrazionale del *de cuius*. In ragione di ciò, la *querela* non avrebbe come obiettivo la caducazione del testamento e la contestuale apertura della successione legittima, ma sarebbe attaccata solo la singola istituzione di erede e, pertanto, il querelante, caduta quella, otterrebbe la quota di eredità coincidente con l'istituzione impugnata³²⁸. In merito alla determinazione della *pars*, Ribas-Alba – dopo aver ricordato la tesi maggioritaria che ritiene la *q.i.t.* come un mezzo volto all'apertura della *successio*

³²⁶ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 254 ss.

³²⁷ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 255.

³²⁸ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 256 ss.

*ab intestato*³²⁹ e la teoria di Sanfilippo³³⁰, indipendente da essa – procede con l'analisi di alcune fonti [D. 5.2.16 pr. (Pap. 2 *resp.*); D. 5.2.24 (Ulp. 48 *ad Sab.*); D. 5.2.25.1 (Ulp. 2 *disp.*); D. 5.2.27.3 (Ulp. 8 *disp.*); D. 38.2.12.4 (Ulp. 44 *ad ed.*); D. 28.6.31 pr. (Iul. *l. s. de ambig.*); C. 3.28.13, a. 239] e, in particolare, del cruccio interpretativo di numerosi studiosi: D. 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*). In proposito, Ribas-Alba ritiene che la figlia preterita abbia agito con due azioni, sia nei confronti della sorella istituita, sia contro l'estraneo, ed abbia ottenuto una rescissione totale del testamento per l'intera quota dell'istituita. Questo risultato sarebbe stato conseguenza dell'assenza di quest'ultima dal giudizio (il fr. 19 è letto unitamente al fr. 17, dal quale sarebbe desumibile l'interpretazione proposta)³³¹. In tal guisa, la sorella istituita avrebbe perso il giudizio, ma guadagnato la legittimazione attiva ad esperirne un altro, ottenendo così la metà dell'eredità. Diversamente sarebbe stato, se lei fosse stata presente al giudizio e avesse perso: in tal caso avrebbe mantenuto esclusivamente la metà della quarta parte nella quale era stata istituita, esattamente la *portio debita*, e avrebbe perduto la possibilità di esperire a sua volta la *querela*. In ragione di ciò, Paolo si sforza di dimostrare che l'istituita in nessun modo abbia accettato la volontà della testatrice. Coerentemente, Ribas-Alba smentisce l'esistenza di una pretesa controversia tra Papiniano e Paolo, frutto di una comparazione tra testi eterogenei³³², e rileva l'esistenza di alterazioni risalenti alla

³²⁹ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 258 ss.

³³⁰ C. Sanfilippo, *Studi sull'hereditas*, in *AUPA* 17 (1937) 195 ss.

³³¹ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 281 ss.

³³² Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 284 ss.

metà del IV sec. d.C. nei passi di D. 5.2.8.8 (Ulp. 14 *ad ed.*) e D. 5.2.17 (Paul. 2 *quaest.*), limitatamente alla parte in cui è fatto coincidere l'effetto della *querela* con l'ottenimento della quota *ab intestato*³³³, poiché – sostiene l'autore – sarebbero in contraddizione con il regime classico della *querela*.

200

21. Gagliardi si confronta con il tema della *q.i.t.* nel suo ampio lavoro monografico, dedicato a fissare le origini e le competenze dei decemviri e dei centumviri³³⁴. In una prima parte, si dedica a delineare origini e competenze dei *decemviri stlitibus iudicandis*³³⁵, mentre nella seconda lo stesso impegno è volto all'inquadramento del collegio centumvirale³³⁶. È proprio in questa seconda parte che lo studioso, volendo distinguere le competenze dello *iudex unus* e dei centumviri, affronta anche il tema della *q.i.t.*³³⁷. Su questi approfonditi paragrafi concentrerò la mia attenzione. Lo studioso accoglie la natura anche petitoria, non solo rescissoria, della *q.i.t.*, così come messa in luce da Marrone e Di Lella³³⁸. La tesi sarebbe peraltro confermata da diversi passi, quali Quint. *inst. or.* 7.4.11, Plin. *ep.* 6.33.2, Val. Max. 7.7.2, D. 5.2.8.8 (Ulp. 14 *ad ed.*), D. 5.2.8.13 (Ulp. 14 *ad ed.*), D. 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*), dai quali si ricava che “la sentenza che giungeva al

³³³ Ribas-Alba, *La desheredación injustificada* cit. 287 ss.

³³⁴ L. Gagliardi, *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze* (Milano 2002) 1 ss. Si veda, peraltro, più specificamente sul tema del funzionamento del collegio centumvirale: Id., *La divisione in 'consilia' del collegio centumvirale e la 'basilica Iulia'*, in *BIDR* 101-102 (1998-1999) 385 ss.

³³⁵ Gagliardi, *Decemviri* cit. 3 ss.

³³⁶ Gagliardi, *Decemviri* cit. 99 ss.

³³⁷ Gagliardi, *Decemviri* cit. 258 ss.

³³⁸ Gagliardi, *Decemviri* cit. 258 ss.

termine di una causa d'inofficiosità, pronunciava anche in merito all'appartenenza dei beni"³³⁹. Le origini dell'azione non deriverebbero dalla *bonorum possessio contra tabulas* (come sostenuto da Wlassak³⁴⁰), come dimostrerebbero alcune fonti giuridiche e letterarie [D. 37.4.8 pr. (Ulp. 40 *ad ed.*); Val. Max. 7.7.5], dalle quali Gagliardi deduce che il pretore pur potendo erigere "una costruzione alternativa a quella delle successioni testamentarie di *ius civile*, concedendo sistematicamente la *bonorum possessio cum re* seguita da *denegatio actionis*, vi rinunciò, lasciando che la materia fosse sistematicamente gestita dai *centumviri* (in questo senso D. 37.4.8 pr.). Solo episodicamente egli intervenne [...]: ma tali rimasero fatti memorabili (in questo senso, Val. Max. 7.7.5)"³⁴¹. Gagliardi si mostra certo che le cause d'inofficiosità siano anteriori alla *bonorum possessio contra tabulas*: essa giunse in un secondo momento, "quando ormai i giudizi centumvirali sull'inofficiosità dei testamenti erano diventati l'anima dell'evoluzione del diritto ereditario romano"³⁴². Tuttavia, precisa l'autore, la circostanza di negare una diretta discendenza della *querela* dalla *b.p.c.t.* non implica disconoscere il ruolo significativo svolto dal pretore: presso di lui si svolgeva la fase *in iure* del procedimento ed era proprio lui ad ammettere il querelante all'azione dinanzi il collegio centumvirale ed a consentire, quindi, all'organo collegiale di emettere le sue innovative sentenze³⁴³. Ciò confermerebbe il legame

³³⁹ Gagliardi, *Decemviri* cit. 260.

³⁴⁰ Gagliardi, *Decemviri* cit. 261.

³⁴¹ Gagliardi, *Decemviri* cit. 266.

³⁴² Gagliardi, *Decemviri* cit. 268.

³⁴³ Gagliardi, *Decemviri* cit. 269.

esistente tra *q.i.t.* e tribunale centumvirale, legame che trovava il suo fondamento “negli illimitati poteri che i *centumviri* avevano”³⁴⁴. In proposito, Gagliardi sottolinea come l’organo giudicante aveva il potere di derogare al *ius civile*: i *centumviri*, infatti, annullavano un testamento valido per il diritto civile³⁴⁵. L’uso di questi poteri non era nuovo ai centumviri che, a dire di Giustiniano, avrebbero introdotto la necessità della diseredazione nominativa [C. 6.28.4.2 (a. 531)]³⁴⁶ ed anticipato il contenuto dispositivo del senatoconsulto Orfiziano, ammettendo i figli a succedere alla madre con precedenza rispetto agli agnati di lei³⁴⁷. È in questo contesto, sostiene l’autore, che va inquadrata la nascita della *q.i.t.*, nel corso della quale i centumviri non si sarebbero limitati ad aprire la successione intestata, ma avrebbero deciso anche in merito alla titolarità dei beni, stabilendo chi dovesse divenire erede del *de cuius*³⁴⁸. In particolare, “i centumviri, dopo aver annullato un testamento, non aprivano la successione intestata secondo le regole del *ius civile*, bensì aprivano una successione basata su regole particolari, nuove, diverse. Addirittura si osserva che il collegio centumvirale coglieva l’occasione delle contese testamentarie per aprire la successione intestata e anche lì impone quegli stessi principi che andavano imponendo nelle contese ereditarie che già in partenza si presentavano come *ab intestato*. Sorgeva e compariva per la prima volta in questa formula non codificata, ma affidata al

³⁴⁴ Gagliardi, *Decemviri* cit. 271.

³⁴⁵ Gagliardi, *Decemviri* cit. 271.

³⁴⁶ Gagliardi, *Decemviri* cit. 272.

³⁴⁷ Gagliardi, *Decemviri* cit. 275 ss.

³⁴⁸ Gagliardi, *Decemviri* cit. 278.

completo arbitrio e alla libertà centumvirali, il principio moderno, che non si considera classico, della successione necessaria materiale e quello della quota di riserva dell'eredità³⁴⁹. In altri casi, invece, i centumviri avrebbero attribuito l'eredità in conformità a regole diverse da quelle da loro stessi codificate, come avveniva quando tutelavano le aspettative successorie dei *cognati*, rispetto ai quali contemperavano la considerazione dell'officiosità con la volontà dell'ereditando tramite un confronto comparativo tra l'erede istituito e il querelante (Quint. *inst. or.* 3.10.3). Approfondendo il tema relativo alle ragioni che dovettero sorreggere all'inizio "pronunce così rivoluzionarie"³⁵⁰, Gagliardi nega risalente rilevanza al *color insanaie*, di cui evidenzia, peraltro, l'assenza di fonti per il periodo tardo-repubblicano e di dibattito tra letterati e giuristi. Inoltre, giacché i centumviri non si limitavano ad annullare il testamento e ad aprire la successione *ab intestato* secondo le regole del diritto civile, "ma individuavano autonomamente quali soggetti e in quale misura dovessero essere eredi attraverso una comparazione di dignità"³⁵¹, non potevano limitarsi a dichiarare il *de cuius* insano di mente: avrebbero fatto questo solo quando volevano aprire la semplice successione *ab intestato*, non quando volevano derogare alle regole del diritto civile³⁵². In seguito, a mano a mano che le regole indicate dai centumviri venivano recepite dal diritto civile ed aumentavano i casi in cui non dovevano indicare loro stessi i successori *ab intestato*, si limi-

³⁴⁹ Gagliardi, *Decemviri* cit. 279.

³⁵⁰ Gagliardi, *Decemviri* cit. 283.

³⁵¹ Gagliardi, *Decemviri* cit. 285 s.

³⁵² Gagliardi, *Decemviri* cit. 286.

tarono a rilevare l'*insania* del testatore³⁵³. Il *color insaniae* non sarebbe stato, dunque, a giudizio di Gagliardi, un elemento originario della *q.i.t.*: l'equità avrebbe indotto il collegio centumvirale a ritenere inofficiosi i testamenti nei quali erano stati esclusi i più stretti congiunti³⁵⁴. Lo studioso passa poi ad affrontare il tema della procedura seguita nella *q.i.t.*, funzionale alla comprensione della distinzione tra la competenza dei centumviri e quella del giudice unico in materia ereditaria³⁵⁵. Gagliardi centra subito uno degli aspetti più problematici dell'intera vicenda: la legittimazione attiva da parte dei meri cognati all'esperimento della *q.i.t.*, non potendo vantare sull'eredità alcuna pretesa *iure civili*. Originale gli appare, in proposito, la tesi prospettata da Marrone³⁵⁶, che distingueva due casi: a) i cognati possono sollevare l'incidente d'inofficiosità nel corso di una *hereditatis petitio* a partire dall'età del principato, quando la *legis actio sacramento in rem* viene sostituita (anche dinanzi al collegio centumvirale) dalla *legis actio per sponsionem*. Nella struttura di questa azione, infatti, "la *sponsio praeiudicialis* avrebbe addossato alla parte attrice l'onere della prova della titolarità della cosa in contestazione, mentre finalmente il prossimo parente avrebbe potuto opporre all'eredetestamentariol'inofficiositàdeltestamento"³⁵⁷; b) per quanto riguarda i casi in cui i cognati avessero dovuto essere attori, Marrone ritiene che il *cognatus* che volesse agire per l'inofficiosità, avrebbe chiesto

³⁵³ Gagliardi, *Decemviri* cit. 286.

³⁵⁴ Gagliardi, *Decemviri* cit. 287 ss.

³⁵⁵ Gagliardi, *Decemviri* cit. 288.

³⁵⁶ Gagliardi, *Decemviri* cit. 290.

³⁵⁷ Gagliardi, *Decemviri* cit. 290 s.

preliminarmente al pretore la c.d. *bonorum possessio litis ordinandae gratia* (saldamente attestata nelle fonti³⁵⁸), la cui concessione implicava la necessità – per l’erede scritto – di esercitare la *vindicatio hereditatis* nelle forme della *legis actio in rem per sponsionem*: “se la *querela* del *cognatus* fosse stata accolta, la sua *bonorum possessio* da *sine re* si sarebbe tramutata in *cum re*”³⁵⁹. Gagliardi condivide il punto di partenza di Marrone, cioè che la *q.i.t.* nasce come incidente della petizione d’eredità: per il resto solleva dei rilievi³⁶⁰. Nell’ipotesi dei cognati possessori dei beni ereditari e, dunque, convenuti in un giudizio di da parte degli eredi testamentari, l’autore concorda con Marrone nel ritenere che fosse l’esercizio della *legis actio in rem per sponsionem* a consentire loro di sollevare l’incidente d’inefficienza nel corso di una petizione d’eredità, ma che questo fu possibile grazie all’azione del pretore che costringeva le parti (nella fase *in iure*) ad instaurare la *legis actio per sponsionem*: la *legis actio sacramento in rem* non sarebbe stata, infatti, funzionale ai cognati i quali, non essendo eredi *ab intestato*, non avrebbero potuto *contravindicare* e non avrebbero potuto giungere alla fase *apud centumviros*³⁶¹. Gagliardi, dunque, a differenza di Marrone non ritiene che all’esercizio della *legis actio in rem per sponsionem* si sia giunti in seguito ad una caduta in desuetudine della *legis actio sacramento in rem*, ma che fu il pretore a ‘forzare’ le parti in tal senso³⁶². Per quanto concerne, invece, l’ipotesi dei cognati non possessori

³⁵⁸ D. 5.2.8 pr. e D. 5.2.6.2 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.2.7 (Paul. *l. s. de sept. iud.*).

³⁵⁹ Gagliardi, *Decemviri* cit. 291.

³⁶⁰ Gagliardi, *Decemviri* cit. 292 ss.

³⁶¹ Gagliardi, *Decemviri* cit. 293 ss.

³⁶² Gagliardi, *Decemviri* cit. 296.

dei beni ereditari e quindi necessariamente attori, fu lo strumento della *bonorum possessio litis ordinandae gratia* a svolgere un ruolo fondamentale³⁶³. La funzione di questo istituto Gagliardi la ricava dall'esegesi di D. 5.2.8 pr. (Ulp. 14 *ad ed.*), D. 5.2.6.2 (Ulp. 14 *ad ed.*), D. 5.2.7 (Paul. *l. s. de sept. iud.*), D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*), C. Th. 2.19.1, C. 3.28.2 (a. 196): la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* sarebbe stata obbligatoria solo “per coloro che volessero intentare una *q.i.t.*, ma non potessero vantare un titolo di eredi *ab intestato* nei confronti del testatore di cui si voleva rescindere il testamento; chi la otteneva non acquisiva il reale possesso dei beni ereditari, che restava agli eredi testamentari”³⁶⁴. Il suo scopo sarebbe stato quello di “rendere la posizione del *cognatus* querelante *de inofficioso*, analoga a quella dell'*heres legitimus* querelante *de inofficioso*, attribuendogli uno *status* che gli avrebbe consentito di agire per far valutare inofficioso il testamento e per pretendere dinanzi ai centumviri la propria condizione di erede”³⁶⁵. Gagliardi ritiene che tale *b.p.* altro non fosse che una *species* della *bonorum possessio ab intestato unde cognati*: in caso di rescissione del testamento, si sarebbe trasformata in *b.p. cum re*. Dopo aver, dunque, affrontato il tema della *q.i.t.*, Gagliardi prosegue l'indagine concernente la distinzione della competenza dei *centumviri* e del *iudex unus* in materia ereditaria³⁶⁶, che tuttavia esula dallo specifico intento del mio contributo.

³⁶³ Gagliardi, *Decemviri* cit. 297.

³⁶⁴ Gagliardi, *Decemviri* cit. 302.

³⁶⁵ Gagliardi, *Decemviri* cit. 304.

³⁶⁶ Gagliardi, *Decemviri* cit. 308 ss.

22. Arcaria ha, invece, sviluppato un interessante lavoro sulla giurisdizione *septemvirale*³⁶⁷. La menzione di quest'organo giurisdicente è contenuta in tre frammenti conservati nel titolo *de inofficioso testamento* del Digesto (5.2.), escerpiti a loro volta da un'opera di Paolo, *liber singularis de septemviralibus iudiciis*. Arcaria evidenzia gli interrogativi ancora aperti con riguardo all'organo giudicante: origine, competenza giudiziaria, natura dei giudizi che si svolgevano dinanzi ad esso e rapporti con gli altri collegi giudicanti in materia d'inofficiosità³⁶⁸. Esclusa l'ipotesi dell'inesistenza dei *septemviri*³⁶⁹, l'autore concentra la sua attenzione sulla natura dei giudizi che si svolgevano dinanzi ad essi³⁷⁰, ricordando le ipotesi formulate in proposito dalla dottrina: si è pensato fossero giudici operanti all'interno dello stesso collegio centumvirale³⁷¹, scelti tra i centumviri per giudicare *extra ordinem* le cause di minor valore³⁷², nonché un tribunale introdotto con la *lex Glitia* e composto dal pretore urbano e dai sei tribuni *plebis*³⁷³. Il Lefèvre ed il Boyé³⁷⁴ avevano, invece, ritenuto che i *septemviri* fossero un collegio giudicante presieduto da uno dei tanti pretori speciali, l'*hastarius*

³⁶⁷ F. Arcaria, «*Septemviralia iudicia*». Contributo alla storia della *querela inofficiosi testamenti* in età classica, in *Studi in onore di A. Metro* I (Milano 2009) 51 ss.

³⁶⁸ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 52.

³⁶⁹ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 53 ss.

³⁷⁰ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 54.

³⁷¹ R. Leonhard, s.v. «*Septemvir*», in *PWRE* II.A2 (Stuttgart 1923) 1552.

³⁷² M. Wlassak, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse* (Wien 1921) 192 nt. 17.

³⁷³ Eisele, *Zur querela* cit. 282 ss.

³⁷⁴ E. Lefèvre, *Du rôle des Tribuns de la Plèbe en procédure civile* (Paris 1910) 264; A. J. Boyé, *La «denuntiatio» introductive d'instance sous le Principat* (Bordeaux 1922) 221 ss.

od il *fideicommissarius*, mentre Marrone e Gagliardi lo ritengono un organo autonomo di creazione imperiale e giudicante *extra ordinem*³⁷⁵. La possibilità di eccepire fondatamente le varie ipotesi formulate spinge Arcaria ad approfondire l'esegesi dei frammenti tratti dal *liber singularis de septemviralibus iudiciis*³⁷⁶, il primo dei quali è D. 5.2.7. L'esame del passo induce Arcaria a ritenere che Paolo si riferisse alla *querela* cognitoria, sulla base di quattro motivi fondamentali³⁷⁷: a) Paolo non fa esplicita menzione della *q.i.t.*, bensì di *actio* e di *accusatio*, termini che in altri luoghi³⁷⁸ designano – a giudizio dell'autore – la *querela-cognitio*; b) il principio enunciato da Paolo nel frammento, cioè la necessità – ai fini della trasmissione agli eredi della *q.i.t.* – della *praeparatio litis* era compatibile solo con un giudizio *extra ordinem*, poiché la *querela* centumvirale (incidente di una *vindicatio hereditatis*) sarebbe stata trasmissibile per il solo fatto che il querelante fosse divenuto erede: con l'apertura della successione per l'*heres suus*, con l'adizione per l'*heres extraneus*³⁷⁹; c) Paolo ammette la trasmissibilità dell'azione “indipendentemente o, in ogni caso, prima di una *litis contestatio*, il che era contrario ai principi dell'*ordo iudiciorum*”³⁸⁰; d) infine, v'è menzione nel frammento della *denuntiatio* e della

³⁷⁵ M. Marrone, s.v. «*Septemviri*», in *ANDI* XVII (1970) 42; Gagliardi, *Decemviri* cit. 353 ss.

³⁷⁶ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 57.

³⁷⁷ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 58.

³⁷⁸ Le fonti indicate dall'autore sono: D. 5.2.6.2 (Ulp. 14 *ad ed.*), 5.2.22 pr. (Tryph. 17 *disp.*); 5.2.27 pr. e 3 (Ulp. 48 *ad Sab.*); 5.2.29.2 (Ulp. 5 *opin.*); 5.2.32 (Paul. *l. s. de sept. iud.*); C. 3.28.1 (a. 193); C. 3.28.11 (a. 224). Cfr. Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 58 nt. 39.

³⁷⁹ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 59 ss.

³⁸⁰ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 60.

datio libelli, istituti processuali estranei al sistema dell'*ordo* e tipici della *cognitio extra ordinem*. Queste considerazioni inducono Arcaria a ritenere che il frammento di D. 5.2.7 si riferisse alla *querela* esercitata nella forma della *cognitio extra ordinem* da intentarsi a Roma³⁸¹. Altro frammento particolarmente controverso sarebbe rappresentato da D. 5.2.28, sempre tratto dal *liber singularis de septemviralibus iudiciis*³⁸² in cui Paolo illustra il caso, già ricordato, di una madre che, convinta della morte del figlio soldato, istituisce eredi nel testamento degli estranei. Il figlio torna e, ricorrendo direttamente all'imperatore Adriano, ottiene l'eredità: il *decretum* imperiale stabilisce, però, che il *filius* presti le libertà e i legati disposti nel testamento. La decisione è sottolineata dal giureconsulto, in ragione del fatto che *cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*³⁸³. Arcaria rammenta la disputa tra coloro i quali ritenevano che il frammento illustrasse semplicemente un caso di errore sui motivi e coloro i quali, al contrario, lo ritenevano un vero e proprio caso d'inofficiosità. Secondo il nostro autore, tre considerazioni confermano l'afferenza della vicenda al regime dell'inofficiosità³⁸⁴. In primo luogo ricorda la circostanza che il figlio preterito (che in età adrianea non aveva alcun diritto successorio né civile né pretorio) aveva l'unica possibilità di esperire la *q.i.t.*; in secondo luogo, Paolo discorre di *inofficiosum testamentum*; infine, il frammento è inserito dai Compilatori proprio nel titolo del Digesto dedicato al testamento inofficioso

³⁸¹ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 61.

³⁸² Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 61.

³⁸³ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 62.

³⁸⁴ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 63.

(D. 5.2)³⁸⁵. Anche questo frammento, dunque, riguarderebbe la *q.i.t.* esperibile *extra ordinem*. Il terzo frammento escerpito dal *liber singularis* di Paolo è D. 5.2.31: anche in questo passo Arcaria trae due indizi che lasciano pensare che il giureconsulto si stesse occupando della *q.i.t.* cognitoria. In primo luogo, torna l'impiego del termine *accusatio* che lo studioso aveva già collegato – per mezzo di altre fonti – alla *querela cognitoria*; in secondo luogo, accoglie la tesi di Marrone che ha, a suo giudizio, dimostrato che il principio della decadenza dalla *q.i.t.* di chi avesse riconosciuto le disposizioni testamentarie apparteneva esclusivamente alla *querela cognitio*³⁸⁶. Arcaria riesce, in tal modo, a ricollegare tutti e tre i frammenti tratti dal *liber singularis* alla *querela cognitio*, deducendo da ciò che i settemviri fossero un collegio giudicante *extra ordinem* in materia d'innocuità testamentaria operante in Roma³⁸⁷. Giunto a queste conclusioni, Arcaria si confronta necessariamente con tutti i risvolti problematici connessi all'origine e al funzionamento dell'organo giudicante³⁸⁸, cui cerca di dare risposta analizzando un brano di Svetonio (*Vesp.* 10). La fonte descrive come, all'epoca di Vespasiano, la quantità delle controversie fosse cresciuta *ubique* e l'imperatore avesse istituito due commissioni, con la funzione di restituire i beni trafugati durante la guerra e definire *extra ordinem* le cause di competenza dei centumviri³⁸⁹. La creazione di questi organi e, in particolare, di quello chia-

³⁸⁵ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 64.

³⁸⁶ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 66 ss. Cfr. Marrone, *Sulla natura* cit. 110 ss.

³⁸⁷ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 67.

³⁸⁸ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 68.

³⁸⁹ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 69.

mato a dirimere le cause ereditarie, aveva lo scopo di alleggerire il carico di lavoro del tribunale centumvirale, ciò che potrebbe far pensare ad un'identificazione della commissione istituita da Vespasiano proprio con i settemviri, organo collegiale che ben avrebbe potuto decidere *extra ordinem* delle cause d'inofficiosità³⁹⁰. Arcaria, tuttavia, sembra escludere questa possibilità in ragione del carattere eccezionale delle commissioni istituite da Vespasiano, che non sopravvissero oltre il suo principato³⁹¹. Con maggiore verosimiglianza, lo studioso colloca la nascita del collegio settemvirale alla metà del II sec. d.C., all'età degli Antonini³⁹²: proprio un rescritto di Antonino Pio ricordato in D. 5.2.7 disciplinerebbe alcuni momenti della *q.i.t.* esperita nelle forme della *cognitio extra ordinem*³⁹³. Ulteriore conferma della possibile origine del collegio settemvirale sotto il principato di Antonino Pio giunge dallo studio di due fonti letterarie, Gell. *noct. Att.* 9.15.1-8 e Ps. Quint. *decl. min.* 365 pr.-1, che menzionano l'esistenza di un organo collegiale composto da sette giudici e si pongono il problema di come si formi al suo interno la maggioranza nel caso in cui sussistano tre opinioni difformi³⁹⁴. Entrambe le opere risalgono alla metà del II sec. d.C. e sono, peraltro, collegate dall'autore ad un frammento di Marcello [D. 5.2.10 (Marc. 3 *dig.*)], concernente il problema dell'eventuale disparità di sentenze relativa-

³⁹⁰ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 71.

³⁹¹ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 72 ss.

³⁹² Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 75.

³⁹³ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 76.

³⁹⁴ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 77.

mente al medesimo testamento inofficioso³⁹⁵. Arcaria argomenta a favore dell'identificazione dei giudici menzionati da Marcello con i settemviri e non con i centumviri, giungendo in tal modo a confermare l'ipotesi dell'istituzione del collegio settemvirale durante il principato di Antonino Pio³⁹⁶. Collocata temporalmente la nascita del collegio dei settemviri, lo studioso si concentra su altri due temi altrettanto spinosi: il grado di giudizio svolgentesi dinanzi a detto tribunale e la concorrenza con gli altri giudici competenti a conoscere delle cause d'inofficiosità *extra ordinem*³⁹⁷. Con riguardo alla prima questione, Arcaria rinviene la menzione dell'istituzione di un giudice monocratico competente *extra ordinem* in tema d'inofficiosità nel II sec. d.C., sotto il principato di Adriano, deducibile dalla lettura di tre frammenti di Ulpiano [D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 5.3.7.1 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 49.1.14 pr. (Ulp. 14 *ad ed.*)]. In merito alla competenza, rimane aperta, a giudizio di Arcaria, una possibilità, cioè “che entrambi gli organi (giudice monocratico e settemviri) non giudicassero nella medesima istanza, ma in gradi diversi: il *iudex* singolo in primo grado ed i *settemviri* in appello”³⁹⁸. A fondamento di questa ipotesi è la circostanza che fu proprio Antonino Pio ad introdurre la possibilità di appello in materia di *q.i.t.*: Arcaria immagina, dunque, che competenti a conoscere in sede di appello le sentenze emanate dai centumviri fossero proprio i settemviri, mentre il giudice monocratico sarebbe stato compe-

³⁹⁵ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 80 ss.

³⁹⁶ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 85 ss.

³⁹⁷ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 87 ss.

³⁹⁸ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 93.

tente *extra ordinem* in primo grado³⁹⁹ con possibilità di riformare la sentenza direttamente presso l'imperatore. In ragione delle esposte considerazioni, Arcaria ritiene che la scomparsa dei *septemviri* sia avvenuta in concomitanza con quella dei *centumviri*, nel corso del III sec. d.C.⁴⁰⁰.

23. Di recente anche Gulina si è occupato di *q.i.t.*⁴⁰¹. Nel primo contributo apparso, l'autore ha finemente analizzato una lettera di Plinio il Giovane (*ep.* 5.1), ricavando dal suo studio alcune significative ipotesi relative all'azione d'inefficienza. Plinio era stato istituito erede (insieme ad altri) da una certa Pomponia Galla, la quale aveva contestualmente diseredato il figlio, Asudio Curiano⁴⁰². Quest'ultimo si reca da Plinio e, con lo scopo di preconstituersi un *praeiudicium* che gli giovasse⁴⁰³ in un'eventuale causa d'inefficienza promossa contro gli altri coeredi, chiede al noto oratore ed avvocato di donargli simulatamente la quota di eredità attribuitagli dalla madre. Plinio rifiuta e propone, al contrario, di cedere la propria quota, a condizione che – previa indagine – sia verificata l'in-

³⁹⁹ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 94 ss.

⁴⁰⁰ Arcaria, «*Septemviralia iudicia*» cit. 99.

⁴⁰¹ G. Gulina, *La querela inefficaci testamenti nella testimonianza di Plinio il Giovane*, in *SDHI* 75 (2009) 261 ss.; Id., *Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della querela inefficaci testamenti (Plin. ep. 6.33.2-6 e 9)*, in *Scritti in onore di G. Melillo II* (Napoli 2009) 555 ss.; Id., *Il pretore «qui centumviralibus praesidet» in Plin. epist. 5.9.1-5*, in *Studi in onore di A. Metro III* (Milano 2010) 21 ss.

⁴⁰² Gulina, *La querela inefficaci* cit. 263 ss.

⁴⁰³ Cfr. Gulina, *La querela inefficaci* cit. 290 ove l'autore ritiene che l'efficacia del *praeiudicium* sarebbe stata meramente fattuale ed il giudice pienamente libero di discostarsene.

giustizia della diseredazione⁴⁰⁴. Plinio e Asudio si accordano nel senso che Plinio stesso avrebbe indagato circa l'eventuale inofficiosità del testamento di Pomponia Galla e ciò fece, avviando un'indagine informale che vede, in ogni caso, in opera un giudice collegiale, un'istruttoria svolta in contraddittorio con il postulante, una decisione assunta in camera di consiglio e una sentenza pronunciata in udienza⁴⁰⁵. Dinanzi al collegio parlò per primo Asudio Curiano, cui replicò Plinio in qualità di presidente del collegio; la circostanza impronta il rito – a giudizio di Gulina – a un modello inquisitorio, “che vuole una delle due ragioni – in questo caso quello della resistenza – affidate alla cura del giudice e non invece della parte interessata o comunque portatrice dell'interesse contrapposto”⁴⁰⁶. Il modello inquisitorio potrebbe, dunque, essere stato impiegato forzatamente, non potendosi mutuare una forma di tipo accusatorio. Dell'attività del *paucis respondere* Plinio si sarebbe fatto carico in via suppletiva, non essendoci altri deputati allo scopo: “l'interesse [...] suppletivamente curato d'ufficio, è riferito ad uno specialissimo titolare e portatore, che è Pomponia”⁴⁰⁷. L'indagine informale si conclude a danno di Curiano, poiché Plinio ritiene che Pomponia “*iustas habuisse causas irascendi*” nei confronti del figlio⁴⁰⁸. Asudio non si perde, però, d'animo e promuove la *q.i.t.* nei confronti degli altri coeredi, Plinio escluso, avviando, secondo Gulina,

⁴⁰⁴ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 264 ss.

⁴⁰⁵ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 293.

⁴⁰⁶ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 294.

⁴⁰⁷ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 294 ss.

⁴⁰⁸ Plin. *ep.* 5.1.6.

tanti procedimenti quanti erano gli istituiti⁴⁰⁹. Con la *querela*, infatti, sostanzia l'autore, il ricorrente intendeva ottenere l'annullamento del testamento viziato da inofficiosità: "il procedimento non avrebbe potuto portare alla rescissione di esso *erga omnes*, ma avrebbe consentito – entro certi limiti – il superamento del testamento nei confronti della sola e unica parte chiamata a resistere nel procedimento, senza che si potesse tentare un esperimento congiunto, avente efficacia verso più coeredi"⁴¹⁰. Con l'annullamento del testamento, afferma Gulina, si apre la successione legittima di diritto civile, oppure di quello onorario, "se taluno dei successibili edittali richiede la *possessio* dell'asse relitto: Asudio, per esempio, ove avesse ottenuto l'annullamento del testamento materno, avrebbe potuto poi chiedere al pretore l'assegnazione del possesso sulla parte dell'eredità assegnata ai coeredi nei cui confronti egli aveva esperito vittoriosamente la *querela*"⁴¹¹. Nel caso in questione, però, i coeredi temono il giudizio promosso da Curiano e tentano una soluzione stragiudiziale affidata a Plinio stesso: l'avvocato propone al diseredato di accettare la quarta parte dei beni ereditari, compresa la quarta parte dei beni di Plinio, anche se quest'ultimo aveva ormai definitivamente acquisito la proprietà sulla sua quota⁴¹². La promozione della *q.i.t.* determina, infatti, l'interruzione del termine di usucapione da parte degli eredi scritti: Plinio, nei confronti del quale l'azione non è

⁴⁰⁹ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 295 ss.

⁴¹⁰ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 297.

⁴¹¹ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 297.

⁴¹² Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 298 ss.

promossa, ha usucapito i beni relitti, i coeredi no⁴¹³. Tra le conclusioni cui Gulina giunge al termine del suo studio sull'epistola pliniana, vi sono alcune considerazioni relative alla struttura processuale della *q.i.t.* che occorre, a questo punto, ricordare. Lo studioso ritiene che Plinio, nella sua indagine concernente l'invalidità del testamento di Pomponia Galla, abbia mutuato un modello processuale di riferimento, cioè quello della *q.i.t.*⁴¹⁴, dal che ricava che nel modello formale di riferimento non doveva esservi un ruolo significativo e necessario dell'erede scritto e che "la resistenza alla iniziativa del ricorrente era affidata d'ufficio allo stesso collegio giudicante: e infatti, nel modello informale, il presidente del collegio difende il testamento perché altrimenti non c'era chi lo facesse"⁴¹⁵. Con riguardo, invece, specificamente, alla richiesta avanzata da Curiano a Plinio di procedere con una donazione simulata al fine di costituire un *praeiudicium* che gli fosse favorevole nel giudizio d'invalidità e la controproposta pliniana di cessione della quota, Gulina conclude rilevando un difetto di causa in entrambe le soluzioni⁴¹⁶: manca la causa nella cessione perché il diseredato, prima della dichiarazione d'invalidità del testamento "non vanta la situazione giuridica idonea al titolo presupposto nella cessione"⁴¹⁷; manca nella donazione perché Plinio si è offerto di cedere non di donare la propria quota, previo accertamento dell'invalidità del testamento.

⁴¹³ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 303.

⁴¹⁴ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 311.

⁴¹⁵ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 312.

⁴¹⁶ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 325 ss.

⁴¹⁷ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 326.

Inoltre, osserva l'autore, la soluzione pliniana avrebbe, potenzialmente, complicato il quadro giudiziario, qualora avesse accertato l'invalidità del testamento: "la cessione non sarebbe stata procedibile, perché il compiuto accertamento informale non aveva l'attitudine costitutiva propria del giudizio centumvirale in punto di formazione della causa di attribuzione definitiva al cessionario della quota ereditaria trasferitagli"⁴¹⁸. In ogni caso, termina Gulina, sarebbe sbagliato ritenere che la soluzione pliniana non avrebbe potuto, qualora si fosse conclusa con il riconoscimento informale dell'invalidità del testamento e la cessione della quota ereditaria, costruire quel *praeiudicium* richiesto da Curiano: "la materialità dell'effetto pregiudiziale ricercato avrebbe potuto soddisfarsi di circostanze meramente materiali, come sarebbe stata una pur brutale cessione secca dei beni di Pomponia operata dall'erede di lei in favore del figlio diseredato"⁴¹⁹. Altra parte dell'indagine svolta da Gulina è contenuta in un contributo⁴²⁰ dedicato ad una nota epistola pliniana, 6.33.2-6 e 9, nella quale l'oratore racconta all'amico Voconio Romano una causa, da lui perorata, che aveva suscitato un generale interesse⁴²¹. L'assistita di Plinio è Attia Viriola, diseredata dall'ottuagenario padre a favore della sua nuova e giovane moglie: Attia attacca il testamento paterno, lamentandone – evidentemente – l'invalidità. Indicative, agli occhi di Gulina, sono la circostanza del quadruplice giudizio intentato dalla ricorrente (uno

⁴¹⁸ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 326.

⁴¹⁹ Gulina, *La querela inofficiosi* cit. 329 ss.

⁴²⁰ Gulina, *Ancora sulla testimonianza pliniana* cit. 555 ss.

⁴²¹ Gulina, *Ancora sulla testimonianza pliniana* cit. 556 ss.

per ogni erede istituito in sua vece) e che ella *repetebat i bona paterna*⁴²². Questo verbo imprimerebbe all'azione un significato reipersecutorio, "di ricostituzione di una situazione precedente turbata dallo spostamento patrimoniale cui l'esperimento così qualificato intendeva riparare"⁴²³. L'esito della causa è parzialmente favorevole, poiché Attia vince contro la matrigna e un certo Suburano (sulla cui dignità a succedere in luogo di Attia esistevano seri dubbi, essendo stato diseredato dal proprio padre), perdendo il giudizio contro gli altri due istituiti dei quali, peraltro, nulla è detto⁴²⁴. Lo studio della fonte conferma per Gulina la necessità che la *q.i.t.* fosse promossa nei confronti di ciascuno degli eredi scritti e non verso tutti in solido; che il giudizio centumvirale era avviato con *subscriptio* e non con *legis actio* (Plin. *ep.* 5.1.6 e 6.33.2 e 5)⁴²⁵; che il rischio di giudicati difformi era calmierato da una trattazione parallela dei procedimenti; che alla pronuncia centumvirale doveva far seguito (salvo casi di eccezionale semplicità) un *privatum iudicium* volto a definire i profili petitori: la sentenza centumvirale avrebbe sciolto una questione pregiudiziale, prope-deutica alla cognizione di una pretesa petitoria⁴²⁶. Gulina affronta il tema della *q.i.t.* anche in un contributo afferente l'epistola pliniana 5.9⁴²⁷, dalla quale emergerebbe l'esistenza del c.d. pretore *qui centumviralibus praesidet*. Dopo aver analizzato il caso esposto

⁴²² Gulina, *Ancora sulla testimonianza pliniana* cit. 558.

⁴²³ Gulina, *Ancora sulla testimonianza pliniana* cit. 559.

⁴²⁴ Gulina, *Ancora sulla testimonianza pliniana* cit. 560.

⁴²⁵ Gulina, *Ancora sulla testimonianza pliniana* cit. 571 ss.

⁴²⁶ Gulina, *Ancora sulla testimonianza pliniana* cit. 572 ss.

⁴²⁷ Gulina, *Il pretore «qui centumviralibus praesidet»* cit. 233 ss.

nella fonte citata, il frammento di Gai. 4.31 e il caso di Carseolano descritto da Valerio Massimo (7.7.2), Gulina trae delle conclusioni in relazione alla struttura processuale della *q.i.t.*⁴²⁸. L'azione sarebbe stata proponibile sia incidentalmente, nel corso di un procedimento petitorio, sia in via principale. La prima procedura a comparire sarebbe stata quella in via principale, promossa al di fuori dell'iniziativa petitoria: è il caso, a giudizio di Gulina, del giovane Carseolano in Val. Max. 7.7.2, che attacca il testamento *apud centumviros*, senza coinvolgere nel rito gli eredi scritti⁴²⁹. L'attribuzione del patrimonio sarebbe, d'altra parte, naturalmente conseguita alla pronuncia centumvirale d'inofficiosità e all'apertura della successione *ab intestato*, anche se nel caso specifico più propriamente dovrebbe parlarsi di chiamata onoraria, essendo Carseolano legato al padre esclusivamente dal vincolo di parentela naturale per via del suo stato di adozione presso altri⁴³⁰. Anche il caso esposto da Plinio 5.1 sarebbe un esempio di *querela* esercitata in via principale; nel caso descritto (ricorrente Asudio Curiano) compare la *subscriptio*, con la quale l'erede scritto è, al tempo di Plinio, "coinvolto nello svolgimento della *querela* principale [...]. Con ciò si dovettero temperare gli inconvenienti dovuti alla non partecipazione del controinteressato, al giudizio pubblico di inofficiosità"⁴³¹. La proposizione della *querela* in via incidentale sarebbe deducibile da Gai. 4.31 e da Plin. 6.33.2; le fasi di cui si compone sarebbero così sinte-

⁴²⁸ Gulina, *Il pretore «qui centumviralibus praesideb»* cit. 268 ss.

⁴²⁹ Gulina, *Il pretore «qui centumviralibus praesideb»* cit. 274.

⁴³⁰ Gulina, *Il pretore «qui centumviralibus praesideb»* cit. 274 nt. 82.

⁴³¹ Gulina, *Il pretore «qui centumviralibus praesideb»* cit. 275.

tizzabili: l'incidente sarebbe stato introdotto da una *legis actio* svolta *apud praetorem urbanum vel peregrinum*, cui sarebbe seguito l'incidente centumvirale finalizzato all'accertamento dell'inofficiosità del testamento. Sciolta la questione pregiudiziale, sarebbe seguita una fase *apud iudicem privatum* volta alla definizione del quesito petitorio⁴³². I due modelli, principale e incidentale, si sarebbero succeduti e sovrapposti per un certo periodo, sino al definitivo affermarsi della nuova procedura incidentale⁴³³.

⁴³² Gulina, *Il pretore «qui centumviralibus praesideb»* cit. 271.

⁴³³ Gulina, *Il pretore «qui centumviralibus praesideb»* cit. 278.

indice generale

toccare i libri tra bibliografia e autobiografia di massimo gatta	7
per giuliano bonfanti, libraio antiquario, bibliografo e storico del diritto di oliviero diliberto	13
due generazioni in libreria di luigi bonfanti	19
incunaboli 'italiani' di diritto canonico di mario ascheri	23
i <i>fata iuris romani</i> e l'antiumanesimo del nazionalsocialismo di ugo bartocci	33
destini di discorsi demostenici di luciano canfora	75
una bibliografia ragionata in tema di <i>querela inofficiosi testamenti</i> : schede di lettura di daniela di ottavio	81

	<i>edictum theoderici</i> ovvero del pithou scomparso una vicenda tra storia e mito di orazio licandro	221
	contributo alla storia della trasmissione del <i>tractatus super instrumentis</i> di niccolò matarelli di francesca macino	257
	appunti bio-bibliografici su borgnino cavalcanti da fivizzano (1533-1607) di paola maffei	267
354	un nuovo progetto di revisione dell' <i>ordonnance</i> sul commercio di laura moscati e ugo petronio	283
	una raccolta di <i>consilia</i> (firenze, biblioteca nazionale centrale, <i>landau finaly 98</i>) di giovanna murano	299
	l'autore del <i>pandectum legis duodecim tabularum</i> : umanista o giurista? di maria virginia sanna	319
	le opere di andrea da isernia e l'edizione napoletana del commento del liparulo di giancarlo vallone	339

biblohaus edita libri e non solo

un laboratorio progettuale
dal quale nascono idee
legate al concetto stesso di libro
al suo passato al suo futuro

biblohaus nasce dall'incontro
di persone che hanno messo
in comune idee sul libro, la lettura,
la bibliografia.

biblohaus rappresenta un tempo
di riflessione su cosa sia editoria,
tipografia, bibliografia, lettura;
fermarsi a pensare per avanzare,
avanzare ogni giorno.

biblohaus è un luogo di incontro,
un prototipo su come potrebbero
diventare le culture editoriali e
tipografiche.

biblohaus privilegia
l'approfondimento saggistico,
è un tentativo di creare eventi
bibliografici, situazioni da
condividere.

Finito di stampare
nel mese di febbraio 2012
da www.stampalibri.it

I cataloghi di Bonfanti, per quanti non li conoscessero, non sono solo cataloghi. Sono viceversa volumetti da compulsare e conservare: descrizioni e schede dei volumi precisissime, bibliografia di riferimento, riproduzione del frontespizio o qualche carta o immagini del libro posto in vendita. Insomma, si tratta di cataloghi che fanno il mercato, ma anche da citare nelle note di un saggio scientifico: perché essi stessi sono, a modo loro, piccoli, preziosi studi scientifici di bibliografia di storia del diritto.

dal contributo di Oliviero Diliberto

978-88-95844-20-6



9 788895 844206