

L'età romana classica

Funzione notarile e giuristi

Francesca Pulitanò

Università degli Studi di Milano

ORCID 0000-0002-4908-0211

Abstract: Nell'età arcaica del diritto romano, il rispetto delle forme è necessario e sufficiente per produrre l'effetto giuridico, mentre in età classica si dà maggiore spazio all'indagine sulla volontà. Il saggio considera, in particolare, il *cavere* dei giuristi romani relativo ai legati: il consiglio sulla forma più idonea a produrre effetti conformi al diritto e, contemporaneamente, aderenti alla volontà dei singoli può essere visto, pur con le cautele del caso, come prefigurazione della funzione notarile modernamente intesa.

In the archaic age of Roman law, the respect of formal scheme is necessary and sufficient to produce the legal effect, while in the classical age more space is given to the investigation of the will. The essay considers, in particular, the *cavere* of the Roman jurists relating to legacies: the advice on the scheme most suitable to produce effects in accordance with the law and at the same time adhering to the individual will of the can be seen, albeit with the necessary precautions, as a prefiguration of the function notarial modernly understood.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La parola e il diritto – 3. L'intervento del giurista: la redazione di atti negoziali – 4. L'intervento del giurista: il consiglio cautelare – 4.1 Questo o quello? – 4.2 Il lascito separato di usufrutto e nuda proprietà – 4.3 Il lascito costituito da singole annualità – 4.4 La servitù 'per destinazione del padre di famiglia' – 4.5 Il legato del fondo e dell'attrezzatura – 4.6 La stipulazione di garanzia dell'usufruttuario: capitale e interessi – 5. Il giurista-notaio tra interpretazione e consiglio

1. Premessa

In un precedente studio, si era già avuto modo di sottolineare come non sia appropriato, nel diritto romano considerato nella sua completa estensione temporale, ritenere che sia esistita un'unica figura di mediatore istituzionalmente deputato all'attribuzione di una rilevanza pubblica agli atti dei privati¹.

È, invece, più consono alla realtà di quell'esperienza giuridica affermare che in essa si possano riconoscere variegata 'forme di mediazione', che si attecchiano

¹ Pulitanò 2022, 5 ss.

diversamente attraverso le epoche, secondo specifiche linee di tendenza: solo per limitarsi a qualche esempio, in età arcaica si potrebbe definire ‘mediatore’ non un soggetto, ma lo stesso formalismo esasperato del *ius civile*, fatto di parole solenni, gestualità predefinita, requisiti soggettivi e presenza di testimoni. In epoca classica, limitando per il momento il discorso al piano processuale, rileva notevolmente il ruolo del pretore, la cui mediazione si manifesta nella creazione di schemi formulari idonei alla tutela di situazioni non previste dal *ius civile*, o, per altro verso, nella formazione del sistema successorio legato alla concessione della *bonorum possessio*.

Nella medesima epoca classica comincia a farsi strada la prassi del documento scritto, da cui originerà (ma bisogna attendere il II-III sec. d.C.) l’attività dei *tabelliones*, che Amelotti ha definito «come una classe professionale di redattori privati di documenti, faticosamente risultata da una precedente caotica attività di scrivani, più o meno competenti o incompetenti»². Solo in epoca postclassica e giustiniana si forma un vero e proprio ceto notarile, che opera all’interno di un sistema definito di regole di redazione e di prova dei documenti, ai quali progressivamente si arriva ad attribuire una rilevanza accostabile alla nostra nozione di ‘pubblica fede’. Non è estraneo a questo processo l’accentramento nelle mani imperiali del sistema delle fonti del diritto. Non a caso, infatti, è proprio l’età giustiniana il momento a partire dal quale le pronunce imperiali si strutturano in modo più organico e portano alla formazione di un complesso di norme che – *mutatis mutandis* e con tutte le cautele imposte dalla comparazione storica – prefigurano alcuni principi ancora vigenti nell’odierna legge notarile.

Ciò posto, non si può trascurare il fatto che, in ciascuna delle epoche sopra ricordate, è la classe dei giuristi che funge, per così dire, da collante tra le norme stesse, i magistrati e i privati, fornendo la propria opera consultiva e interpretativa, nella veste qualificata di fonte del diritto.

Per questa ragione, è proprio sui giuristi che si intende, in questa sede, focalizzare l’attenzione, partendo dal presupposto che la funzione notarile sia nata e si sia sviluppata nel tempo con il sostanziale obiettivo di conferire certezza di contenuto e di effetti, sul piano giuridico, alle manifestazioni della volontà umana.

Conviene allora avviare lo studio richiamando, in lettura combinata, due norme della legge notarile vigente. Innanzi tutto, l’art. 1, che dà una definizione di notaio ed enuncia alcune delle sue attività³, e, a seguire, l’art. 47 c. 2, che ne identifica uno dei compiti, appunto, con l’indagine sulla volontà delle parti:

Art. 1: *i notari sono ufficiali pubblici istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti.*

2 Amelotti 1978; cfr. anche Amelotti, Costamagna 1975, che tuttora rappresenta l’opera forse più completa in tema di precedenti romanistici del notariato.

3 Non si ritiene utile riportare l’intera norma, il cui contenuto è noto, trattandosi di diritto ancora vigente. Si riproduce, invece, soltanto la parte che interessa ai nostri fini.

Art. 47 c. 2: *il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto.*

Da questa seconda norma, in particolare, si ritiene utile prendere le mosse per cercare di avvicinarsi a quello che si potrebbe definire come il 'cuore storico' della funzione notarile. Assodato che l'approccio che si intende privilegiare è quello che si sofferma sulla questione, ancora oggi centrale, della relazione tra forma e volontà, o, più precisamente, dell'attribuzione alla volontà di una forma giuridica riconosciuta e accettata dall'ordinamento, si guarderà a questi temi, come anticipato poco sopra, dall'angolo visuale del ruolo dei giureconsulti.

La domanda da rivolgere alle fonti è allora la seguente: possiamo sostenere che – perlomeno sotto alcuni aspetti – i giuristi romani siano stati 'precursori' dei notai? Rispondere a questa domanda significa, innanzi tutto, andare alla ricerca dell'identità e del ruolo dei giuristi stessi attraverso epoche diverse, operazione che in questa sede non potrà che essere compiuta sinteticamente e in funzione del discorso che si intende condurre.

2. La parola e il diritto

Compiute queste premesse, e tenuto sempre presente il dato della distanza cronologica, onde evitare di incorrere nell'errore di trapiantare acriticamente l'antico nell'attuale, è imprescindibile iniziare con qualche notazione sull'età arcaica: risultano particolarmente pregnanti, a questo scopo, alcune frasi di Natalino Irti, nelle quali appare sintetizzato – sebbene ad altro proposito – l'atteggiarsi del diritto romano più antico: «il formalismo assoluto, dal tempo storico in cui il diritto è consegnato alla parola dell'uomo, si determina come linguisticità assoluta»; «tutto nel diritto è parola»⁴.

In effetti, nel peculiare assetto della pratica negoziale nel mondo romano arcaico, la forma, secondo il filone interpretativo più rigoroso, incorporava la volontà senza possibilità di discussione. In un quadro simile, gli 'attori' principali erano le norme di *ius civile*, per un verso, e, dal lato soggettivo, i testimoni, ai quali veniva chiesto di assistere ad un rito predefinito, la cui corretta esecuzione fondava la produttività dell'effetto giuridico, mentre, viceversa, l'errore diventava causa di nullità o, meglio, di 'non esistenza'.

Si trattava di una forma fatta per lo più di parole solenni. Per seguire quanto osservato da Corbino, la parola assumeva questa forza creatrice solo se era la parola 'adatta', cioè quella che l'esperienza consolidata permetteva di considerare idonea al risultato desiderato⁵. Corbino aggiunge che il problema dell'assorbimento totale della volontà nella forma si poneva, in realtà, esclusivamente

4 Irti 2020, 20 e 81.

5 Corbino 2006, 56.

per quegli atti che richiedessero anche un apparato rituale, fatto non soltanto di parole, ma anche di gesti. Il riferimento è da intendersi prevalentemente dedicato ai due negozi-cardine del *ius civile*, *mancipatio* e *sponsio*.

La *mancipatio* è certamente uno degli esempi più evidenti della ‘sicurezza giuridica’ data dalla forma, e, contemporaneamente, dell’evolversi della forma in base alle esigenze concrete. In questo ambito, gioca un ruolo determinante la figura dei Pontefici, primi giuristi e interpreti esclusivi del diritto, ai quali si deve l’adattamento del formulario della *mancipatio* stessa alla realizzazione di vari interessi e l’individuazione di modalità di combinazione di negozi esistenti per realizzare scopi nuovi (*adoptio*, *emancipatio*, testamento). Questo processo interpretativo, assai noto ai romanisti, è stato recentemente richiamato da Arces in termini di «sperimentazione creativa» da parte dell’antica giurisprudenza, concretantesi nella «torsione» del rigido formalismo proprio degli atti del più antico diritto romano e nell’«innovativo intervento sul formulario negoziale da parte della giurisprudenza»⁶. In dottrina si è parlato, a tale proposito, di ‘tecnologia della parola’, intendendosi con questa espressione la capacità di adattamento dello schema rigido alla produzione di effetti nuovi⁷.

Non si può non ricordare, da questo punto di vista, la metamorfosi della *mancipatio* a scopo testamentario: alla concreta realizzazione della *mancipatio familiae* (un rito, tra l’altro, *inter vivos*)⁸, si sostituisce, già in età classica, lo ‘svuotamento’ della materialità del rito stesso. Ciò avviene con l’inserimento del richiamo all’avvenuta *mancipatio* in una clausola di stile, contenuta nelle battute finali dei testamenti (sulle cui modalità di redazione torneremo a breve)⁹.

In questi esempi la volontà è ancora ‘ingabbiata’ in schemi formali, anche se si coglie perfettamente l’indirizzarsi di essa verso molteplici direzioni, grazie all’aiuto di un ceto di intermediari (i Pontefici, appunto) che, di fatto, declina le forme esistenti al servizio di volontà ‘nuove’.

Lo stesso accade, nell’ambito dei contratti verbali, per la *sponsio* e per la *stipulatio*: esempi ne sono l’*agere per sponsionem*, che permette di litigare sui diritti reali

6 Arces 2015, 143 e 144.

7 Ong 2014.

8 Gai. 2.102: *accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur [...].* La *mancipatio familiae*, come detto, si svolgeva *inter vivos*, attraverso la cessione del patrimonio a un fiduciario, il quale si incaricava di distribuirlo agli eredi indicati oralmente dal testatore. Cfr. Voci 1967, 87 ss. Solo nella sua evoluzione in testamento *per aes et libram* si viene delineando la tipica funzione *mortis causa* del negozio testamentario.

9 Testamento di Antonio Silvano (FIRA, 3, 129): *Familiam pecuniamque t(estamenti) f(aciendi) c(ausa) e(mit) Nemonius dupl(icarius) tur(mae) Mari, libripende M. Iulio Tiberino sesq(ui)pl(icario) tur(mae) Valeri, antestatus est Turbinium sig(niferum) tur(mae) Proculi*. Formula analoga si trova anche nel testamento di Caio Longino Castore, in FIRA, 3, cit., 150.

usando un'azione personale e la *stipulatio Aquiliana*, che serve alla rimessione delle obbligazioni anche non contratte *verbis*. Peraltro, ponendosi da un ulteriore angolo visuale, l'obbligazione contratta *verbis* rappresenta il campo in cui la dialettica tra forma e volontà gioca un ruolo particolarmente evidente: essa, tipicamente astratta, sul piano dello stretto diritto antico (*ius civile*) nasce, per così dire, automaticamente dalla pronuncia di domanda e risposta congruenti. Per far emergere la reale volontà occorre, da un lato l'attività del pretore, che si esplica essenzialmente sul piano processuale, attraverso, ad esempio, la concessione di eccezioni al convenuto, dall'altro, di nuovo, quella dei giuristi, che in molti testi si interrogano se in alcuni casi dubbi debba prevalere l'interpretazione letterale o quella fondata, appunto, sulla reale *voluntas*.

Ma con queste osservazioni ci si affaccia già all'età classica, epoca nella quale vuole concentrarsi il nucleo del presente scritto e rispetto alla quale l'approccio più stimolante risulta quello di lasciare la parola direttamente alle fonti.

3. L'intervento del giurista: la redazione di atti negoziali

Si va dunque alla ricerca della funzione notarile, con due domande che rappresentano il corollario di quella con cui abbiamo iniziato: 1) i giuristi redigevano materialmente gli atti negoziali? 2) essi svolgevano un ruolo attivo nel determinare la corretta forma in cui riversare la volontà?

Per quanto riguarda il primo quesito, quello dell'apporto concreto del giureconsulto alla redazione degli atti, occorre prima di tutto ricordare che i documenti contrattuali erano probabilmente redatti da scribi, sulla base di formulari preesistenti, il che rendeva sostanzialmente irrilevante il grado di preparazione giuridica degli estensori.

Anche per gli atti di ultima volontà il ricorso agli scribi doveva essere diffuso nella prassi¹⁰; ma pure i *notarii*, cioè gli stenografi, e più tardi i *tabelliones*, pur rivestendo un ruolo già più 'professionale', svolgevano un'opera per lo più materiale di trascrizione della volontà così come veniva espressa, senza di fatto elaborarla alla luce delle regole giuridiche¹¹.

Ciò non significa, tuttavia, che essi non possedessero affatto conoscenze tecniche: un passo di Giuliano, 78 Dig. D. 34.8.1, pone la questione di che cosa accade «se, qualora uno <chiamato dal *de cuius* a scrivergli il testamento> abbia

¹⁰ Amelotti 1978, 554.

¹¹ Cfr. Spina 2012, 524. La prassi di farsi assistere da consiglieri non giuristi doveva essere piuttosto diffusa, in un arco temporale ampio, come mostrano alcune fonti, anche non giuridiche (a titolo esemplificativo, Hor. *Sat.* 2.3 r. 87; Svet., *Nero*, 32 r. 9; Amm. Marc. 28.4.26). Ancora nel 480 d.C., peraltro, una costituzione di Zenone fa riferimento a questa attività di mera redazione (C. 6.23.22 Imp. Zeno A. Sebastiano P.P.), rendendo esplicita l'esistenza della prassi di dettare testamenti e altri atti di ultima volontà. Si vedano Luzzatto 1971, 1014 s.; De Buján 2005, 389 ss.; Schulz 1968, 198 s.).

scritto disponendo una eredità o un legato in suo favore», e ritiene che «tale istituzione di erede o il legato si considerino come non scritti»¹². Il passo non dice che si trattava di giurista, perché probabilmente non era così: infatti, il parere tecnico di Giuliano subentra dopo, in fase di esecuzione della disposizione. Dal testo si possono ricavare comunque due indicazioni preziose: la prima, che ci si poteva avvalere di un terzo per scrivere il testamento; la seconda, che, anche se non giurista, l'estensore sapeva come fare¹³.

Abbiamo però nelle fonti altre testimonianze, che permettono di ritenere che fosse frequente anche l'affidamento ad un giureconsulto, il cui intervento doveva servire a garantire la correttezza delle forme e, in ultima analisi, ad evitare le controversie.

Su questo tema resta significativo un testo di Scevola, 3 *resp.* D. 31.88.17, al quale si accompagna la testimonianza di una fonte epigrafica.

Scaev. 3 *resp.* D. 31.88.17¹⁴: io, Lucio Tizio, scrissi questo mio testamento senza alcun esperto di diritto, seguendo le ragioni del mio animo piuttosto che una eccessiva e meschina diligenza, e se avrò fatto qualche cosa di poco conforme alla legge o con minore perizia, dovrà essere ritenuta come diritto legittimo la volontà di un uomo sano»; quindi, istituì degli eredi. Si è posta la questione se, essendosi chiesto il possesso dei di lui beni ereditari <come se fossero> ab intestato, si possano richiedere le porzioni aggiunte per causa di fedecommesso. Diedi il responso che, secondo quanto si è esposto, si possono richiedere.

Il testatore, Lucio Tizio, dichiara, con un certo compiacimento, di avere scritto il proprio testamento senza l'aiuto di un esperto di diritto, ma, come il giurista sottolinea, solamente seguendo le ragioni del proprio animo e dunque

12 La traduzione italiana è tratta da Petrucci, Saccoccio 2014, 161. Come si specificherà ancora *infra*, § 4, si sceglie di riportare nel testo la versione italiana dei passi giurisprudenziali, perché la si ritiene maggiormente rispondente alle finalità interdisciplinari del presente volume. L'originale latino sarà tuttavia riprodotto in nota, onde permettere a chi sia interessato di confrontarsi direttamente con la trattazione del giurista, nella consapevolezza dell'inevitabile percentuale di 'rischio' interpretativo connessa a qualsiasi traduzione, anche apparentemente letterale. Cfr., su quest'ultimo punto, le considerazioni di Procchi 2005, 3.

13 Si veda, a titolo di mera suggestione, il commento all'art. 603 c. 2 contenuto in Torrente, Schlesinger 2019, 1380, ove appare chiaramente la dialettica tra l'ausilio alla corretta formulazione della volontà e l'attività concreta della scrittura di essa: «l'espressione 'a cura del notaio' deve interpretarsi nel senso che al notaio spetta di redigere il testamento, ma la scritturazione può essere fatta, sotto la sua guida, da un amanuense o da un dattilografo, da uno dei testimoni, o dallo stesso testatore».

14 *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas: deinde heredes institui. Quaesitum est intestati eius bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt. Respondi secundum ea quae proponerentur posse.* Il passo era originariamente collocato nel libro terzo dei responsi di Scevola, titolo *De legatis et fideicommissis*. Cfr. Lenel 1889.2, 297. Per la traduzione, cfr. Petrucci, Saccoccio 2014, 311.

privilegiando questo aspetto rispetto a quella che egli definisce un'eccessiva e meschina diligenza. Lo stesso Lucio Tizio si cautela, poi, precisando che l'eventuale, scarsa perizia riscontrata potrà essere compensata da un'interpretazione che consideri l'espressione della volontà di un uomo sano alla stregua di un diritto legittimo. A questo punto, egli procede all'istituzione degli eredi¹⁵.

La questione giuridica non è di semplice ricostruzione: viene detto che si era proceduto alla richiesta di *bonorum possessio* dei beni ereditari come se fossero *ab intestato* e si domanda se si possano richiedere le porzioni aggiunte per causa di fedecommesso. Scevola fornisce una risposta positiva, ma non esplicita in modo chiaro quali fossero i presupposti dell'istanza di *bonorum possessio*, costringendo l'interprete a formulare diverse ipotesi alternative, tutte altrettanto plausibili¹⁶.

Non ci si vuole tuttavia soffermare ulteriormente sul merito del quesito, che esula dalla prospettiva di questo studio, ma, sulla scorta degli studi di Spina, si ritiene utile limitare l'analisi del testo a una breve disamina sulla precisazione *sine ullo perito*.

L'interpretazione di questo inciso può essere duplice: *a contrario* esso è idoneo a testimoniare l'esistenza di una prassi – non certo un obbligo – di assistenza dei giuristi alla redazione dei testamenti. Assistenza che, nel caso di specie, non era stata ritenuta necessaria. Per altro verso, invece, il testo mostra una sorta di diffidenza per le eccessive sottigliezze del giurista. Considerazioni di questo genere si pongono nello stesso solco di Gaio, quando il maestro dell'età degli Antonini esprime, a proposito delle *legis actiones*, l'idea che la *nimia subtilitas* fosse divenuta di ostacolo e per questo odiosa anche agli stessi romani: tale valutazione negativa, si è detto in dottrina, potrebbe senz'altro essere trasposta a quegli atti negoziali caratterizzati dalla medesima rigidità¹⁷.

Lo stesso tipo di osservazioni si potrebbe condurre rispetto ad un'iscrizione celebrativa di un certo Pomponio¹⁸, il quale per venticinque anni aveva scritto testamenti senza l'intervento di giureconsulti (*sine iuris consult...*). Da un lato, la precisazione si può interpretare come l'orgoglio di chi non si fida del giurista; dall'altro, si potrebbe intravedere in essa l'informazione che i testamenti redatti da Pomponio non avevano mai dato adito a controversie. Quest'ultima considerazione conduce direttamente alla parte più consistente del presente contributo,

15 Si vedano Guarino 1977, 269; Spina 2012, 523.

16 Spina 2012, 529 ss. riassume le diverse, possibili ricostruzioni della vicenda. Si può ipotizzare che la *bonorum possessio* fosse stata chiesta dagli stessi eredi nominati nel testamento, in relazione ad una controversia vertente sulle quote spettanti a ciascuno; non si può peraltro escludere che le quote oggetto di contestazione fossero state indicate in *codicilli*, ma non si può nemmeno essere sicuri che nella lite ereditaria non fossero coinvolti anche eredi *ab intestato* e che alcuni lasciti fossero stati concepiti nella forma del legato *per praeceptionem*, come lascerebbe intendere il contesto del passo.

17 Corbino 2006, 9. Gai. 4.30: *sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet.*

18 Cfr. CIL (*Corpus inscriptionum latinarum*) X, 4919.

cioè quella nella quale si lascerà la parola, di nuovo, direttamente ai giuristi, alla ricerca di una funzione attiva di essi, non tanto e non solo nella redazione, ma soprattutto per la vera e propria formulazione dei negozi giuridici.

4. L'intervento del giurista: il consiglio cautelare

Nel *De oratore*, Cicerone enuncia, in un passaggio assai noto, i compiti del giurista:

*Cic. De Orat. 1,48,212: sin autem quaereretur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitati uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset.*¹⁹

Se, in età arcaica, gli attori principali della consulenza giuridica erano i Pontefici, con l'avvento della giurisprudenza 'laica'²⁰ il panorama giuridico si arricchisce dell'apporto di esperti di diritto, ai quali viene attribuita, tra le altre, la prerogativa di consigliare ai privati gli strumenti più adatti alla disposizione dei propri interessi (il *cavere*). Una giurisprudenza cosiddetta 'cautelare', che non si limita ad assistere passivamente alla formazione di un negozio, ma che si fa parte attiva nel determinarne l'assetto.

Si impone, a questo punto, una precisazione metodologica, relativa alla selezione delle fonti che saranno di seguito descritte. La messe di testimonianze che il Digesto ci offre è talmente ricca, che, leggendo la sequenza di testi, così come raccolti dai compilatori, ci si imbatte frequentemente in casi di attività consulente volta alla corretta formazione dei negozi giuridici, sia sotto il profilo della forma, che dal punto di vista del contenuto. Per valorizzare questa ricchezza di spunti, nel presente studio si è voluto sperimentare di proposito un approccio poco sistematico, consistente nel passare in rassegna i libri 33-36, che sono gli ultimi in ordine di tempo dei quali sia stata edita una moderna e scorrevole traduzione italiana²¹, alla ricerca – secondo una modalità definibile 'a campione' – di elementi atti a evidenziare, all'interno dell'attività svolta dai giureconsulti romani, eventuali tracce di una funzione, in senso lato, notarile.

I passi saranno riportati, dunque, nella suddetta versione italiana (con l'originale latino in nota), ritenendosi tale scelta più consona a realizzare la finalità, qui perseguita, del dialogo con i giuristi positivi.

19 Martina, Ogrin, Torzi, Cettuzzi 1994, 259: «se invece ci chiedessimo chi mai può essere qualificato a ragione come giureconsulto, indicherei una persona esperta delle leggi e delle tradizioni che sono alla base del diritto privato, una persona capace di fornire responsi, di condurre i processi e di suggerire le corrette formule precauzionali [...]».

20 Schulz 1968, 95 ss.; Orestano 1987, 54 ss.

21 Petrucci, Saccoccio 2021.

4.1 Questo o quello?

Un lungo estratto dal libro *De ambiguitatibus*²² riguarda problematiche che si distinguono per la peculiarità di risentire dell'influsso della filosofia stoica, caratteristica affatto confermata, da un lato, dalla circostanza che la ricostruzione dello stesso libro *De ambiguitatibus* resta tuttora piuttosto misteriosa, dall'altro, dall'inserimento compilatorio dell'escerto nel titolo del Digesto *De rebus dubiis*. Non essendo, tuttavia, questa la sede per occuparsi delle questioni generali che investono la palingenesi di quest'opera, ci limitiamo alla lettura dei paragrafi che rilevano nel nostro contesto, vale a dire il 5 e il 6:

Iul. Libro unico Sulle ambiguità D. 34.5.13.5²³: se invece uno deduca in stipulazione più cose, delle quali voglia che una sola sia fatta, deve formulare così: *«prometti di fare quello o quello? se non sarà fatta nessuna di quelle cose, mi darai tanto?»*. 6. Parimenti, se un padre di famiglia abbia scritto così nel testamento: *«Se avrò generato un figlio o una figlia, mi sia erede; se non mi sarà erede un figlio o una figlia, sia erede Seio»*, non rese abbastanza chiara la sua volontà, qualora voglia che un estraneo non gli diventi erede altrimenti che se non gli siano eredi né un figlio, né una figlia; infatti, deve formulare così <l'istituzione di erede>: *«se non mi sarà erede né un figlio, né una figlia»*. Invece, a volte la formulazione sopra riportata può essere necessaria se taluno, avendo un figlio e una figlia, voglia istituire entrambi eredi, ma voglia <altresì>, se uno solo di essi gli sarà erede, metterlo insieme ad un estraneo; se invece nessuno dei due <gli sarà erede>, sostituire <ad essi l'estraneo>. Ma si deve essere propensi a dover interpretare così la disposizione del testatore, la quale, sia che questi abbia un figlio, sia che abbia una figlia, l'estraneo non sia ammesso <all'eredità>, se il testatore non ha dichiarato ciò espressamente.

Giuliano considera due casi, uno inerente alla *stipulatio* e uno relativo all'istituzione di erede. La prima pronuncia rappresenta la coda di una complessa disamina di varie formulazioni stipulatorie, che il giurista richiama sotto forma di ipotesi, riconducendo a ciascuna un articolato ragionamento interpretativo basato sul tenore letterale della promessa. In particolare, dopo aver osservato le

22 Lenel 1889.1, 317-318. Di quest'opera giuliana ci sono stati tramandati solamente tre frammenti: oltre al nostro, che è quello più consistente, formato dal *principium* e da altri sei paragrafi, sono ascrivibili al libro in questione D. 28.6.31, in tema di sostituzione testamentaria, e D. 32.62, relativo all'interpretazione di un legato di *mulī*. Si veda, per una ricognizione della bibliografia meno recente, Signorini 2014, 12 e nt. 22.

23 D. 34.5.13.5: *si quis autem plura in stipulatum deducat, quorum unum fieri velit, ita comprehendere debet: 'Illud aut illud fieri spondes? si nihil eorum factum erit, tantum dabis?'*. 6. *Item si pater familias in testamento ita scripserit: 'Si quis mihi filius aut filia genitur, heres mihi esto: si mihi filius aut filia heres non erit, Seius heres esto', non satis voluntatem suam declaravit, si non aliter extraneum heredem esse volet, quam si neque filius neque filia heres sit: hoc enim modo concipi oportet: 'si mihi neque filius neque filia heres erit'. Potest autem interdum superior scriptura esse necessaria, si quis, cum filium et filiam habeat, utrumque heredem instituere velit, sed sive alter heres futurus sit, extraneum miscere, sive neuter, extraneum substituere. Sed proclivior est sententia testatoris sic esse interpretanda, ut, sive filius sive filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit.* Petrucci, Saccoccio 2021, 156.

implicazioni ambigue di una stipulazione penale, nella quale la pena pecuniaria è subordinata, per citare letteralmente, a «non fare questo o quello»²⁴, finalmente in D. 34.5.13.5 Giuliano enuncia un vero e proprio consiglio su come concepire la *stipulatio*, qualora il disponente voglia che una sola delle attività dedotte in stipulazione venga compiuta dal promittente. Per evitare la conseguenza, non voluta, ma operante nel caso precedentemente richiamato, che la penale prenda efficacia anche nel caso in cui una sola delle due cose sia fatta, occorrerà esprimere la domanda articolandola in due frasi distinte e logicamente sequenziali: «prometti di fare quello o quello? se non sarà fatta nessuna di quelle cose, mi darai tanto?».

È questo il punto che rileva ai nostri fini, perché qui Giuliano compie l'ulteriore passo di suggerire direttamente il modo di realizzare un contenuto negoziale suscettibile di un'interpretazione non ambigua, e, dunque, a basso rischio di contenzioso²⁵.

In questo modo, egli chiude la trattazione sulla *stipulatio*, per passare a quella sull'istituzione di erede, di cui si legge nel § 6. Si tratta di una questione legata al tenore letterale dell'istituzione di erede. Il giurista è chiamato a pronunciarsi sul corretto modo di scriverla, qualora il testatore non voglia che un estraneo gli diventi erede, se non se non nel caso in cui non gli sarà erede un figlio, maschio o femmina che sia.

In questo caso, l'effetto giuridico-pratico della disposizione si gioca su una sfumatura espressiva, consistente nell'aggiungere o meno due «né» coordinati. Spiega Giuliano che la formulazione «se non mi sarà erede un figlio o una figlia, sia erede Seio», non vale ad escludere la concorrenza di un estraneo, anche

24 È quanto Giuliano espone al § 3 del medesimo frammento, cfr. Petrucci, Saccoccio 2021, 156: qualora io concepisca <la stipulazione> così: «se non sarà fatto quello o quello <sarà dato tot a titolo di penale>», si deve indagare se qualcosa non sia stato fatto; da quella <prima formulazione, riferita alla totalità>, consegue che <affinché diventi efficace la stipulazione della penale> non si faccia nessuna delle due cose; da quella <seconda formulazione, riferita ad una sola delle due cose>, consegue invece, che <affinché la stipulazione diventi efficace, non basterà che si faccia una delle due cose, ma occorrerà che> si facciano tutte e due; né in quel <primo> caso gioverà che non si faccia una delle cose, se un'altra sia stata fatta; né in questo <secondo> caso gioverà che si sia fatta una cosa, se non si faccia l'altra (3. *Utrum ita concipias stipulationem 'si illud aut illud factum non erit an hoc modo 'si quid eorum factum non erit, quae ut fierent, comprehensa sunt', hoc interest, quod, quamvis altero facto verum sit hoc aut illud vere factum esse, non ideo tamen verum erit hoc aut illud factum non esse. Nam simul ea possunt esse vera, quamvis inter se contraria sunt, quia cum significatio non ex universo, sed ex aliquo sumitur, si veri aliquid inde sit, veram efficit totam orationem: sicut e contrario duae orationes pugnantia continentes simul falsae sunt, veluti si qui liberorum partim puberes, partim impuberes decesserint, nam et hoc falsum erit omnes impuberes decessisse et illud omnes puberes decessisse. Id accidit, quia significatio sumitur ex universo, in quo si aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit. Animadvertendum igitur est, quid sit, de quo quaeritur. Nam cum ita concipio 'si illud aut illud non fuerit', quaeri debet, an aliquid factum non sit: illius effectus hic est, ut neutrum fiat, huius autem, ut utrumque fiat: nec in illo prodest aliquid non fecisse, si aliquid factum sit, neque in hoc aliquid fecisse, si aliquid factum non sit).*

25 Scarano Ussani 1987, 188.

nell'ipotesi in cui il testatore abbia figli, dal momento che, secondo il tenore letterale della clausola, Seio diventerebbe erede insieme al figlio maschio se mancasse una femmina, e viceversa; se, invece, la volontà effettiva del testatore fosse quella di istituire l'estraneo solo nel caso in cui nessun figlio, né maschio, né femmina, gli sia erede, essa si realizzerebbe scrivendo così: «se non mi sarà erede né un figlio, né una figlia». Anche in questo caso, Giuliano passa dal piano della semplice interpretazione di una disposizione 'data', a quello, più avanzato, del suggerimento attivo.

4.2 Il lascito separato di usufrutto e nuda proprietà

Passando ora ad una testimonianza di Modestino, risulta interessante leggere Mod. *Lib. sing. de heur.* D. 33.2.19, tratto dal titolo del Digesto *De usu et de usu fructu et redditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis* e inerente ad una disposizione a titolo particolare:

Mod. libro unico Sui rimedi <giuridici> D. 33.2.19²⁶: se il testatore abbia legato ad uno un fondo, ad un altro l'usufrutto dello stesso fondo, se lo fece con il proposito che il primo avesse la nuda proprietà, cade in errore. Infatti, detratto l'usufrutto, bisogna legargli la proprietà in questo modo: «*A Tizio lego il fondo, detratto l'usufrutto*» o «*L'erede dia a Seio l'usufrutto dello stesso fondo*». Se invece non avrà fatto ciò, il godimento dell'usufrutto spetterà congiuntamente a entrambi e si dividerà tra quelli, perché talvolta la scrittura vale più di quanto si sia compiuto in concreto.

Con un legato *per vindicationem*, un testatore ha attribuito a un legatario la proprietà del fondo, ad un secondo legatario l'usufrutto del medesimo, con l'intenzione che il primo abbia la nuda proprietà, il secondo l'usufrutto. Modestino chiarisce che un legato così concepito non è idoneo a realizzare tale volontà, ma, al contrario, avrà la conseguenza giuridica di attribuire l'esercizio dell'usufrutto congiuntamente ai due legatari. Il giurista non lo esplicita, ma ciò accade perché il primo legatario, beneficiario della proprietà, ne ottiene, in assenza di qualsiasi determinazione contraria, anche le prerogative, tra le quali rientra, appunto, l'usufrutto sul fondo. Il formalismo del legato non lascia spazi ulteriori, come si ricava dall'osservazione, enfaticamente posta a chiusura del caso, *plus valet scriptura quam quod actum sit*: la volontà effettiva vale meno di quanto risulta dalla scrittura²⁷.

26 D. 33.2.19. Mod. *libro singulari de heurematicis: si alii fundum, alii usum fructum eiusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. nam detracto usu fructu proprietatem eum legare oportet eo modo: 'Tizio fundum detracto usu fructu lego: vel Seio eiusdem fundi usum fructum heres dato'. quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura quam quod actum sit.* Petrucci, Saccoccio 2021, 19.

27 Wieling 1972, 159.

La ragione appena esposta muove il consiglio di Modestino, che indica due possibilità per una corretta formulazione del lascito: legare la proprietà a Tizio, escludendo l'usufrutto, e a Seio solamente quest'ultimo; oppure, per seguire la lettera del frammento, prevedere per l'erede un obbligo di attribuire a Seio l'usufrutto, attraverso una formula propria del legato *per damnationem*.

Ad una lettura critica, resta il dubbio che il passaggio sia stato accorciato dai compilatori: il *vel* disgiuntivo crea una difficoltà di armonizzazione logica, dal momento che la disposizione relativa a Seio non può rappresentare un'alternativa rispetto a quella dell'attribuzione a Tizio della proprietà *detracto usu fructu*, perché essa ne costituisce, semmai, la conseguenza²⁸. In questo ordine di idee, avrebbe senso pensare che il *vel* fosse originariamente preceduto da una frase idonea a trasmettere a Seio l'usufrutto che era stato sottratto a Tizio. Il testo potrebbe essere allora integrato, immaginando una formulazione di questo genere: «*Titio fundum detracto usu fructu do lego; Seio eiusdem fundi usum fructum do lego vel Seio eiusdem fundi usum fructum heres dato*». In questo modo si salverebbe la connessione tra le due parti del legato, quella che vale a trasferire la nuda proprietà e quella che ha lo scopo di attribuire l'usufrutto del medesimo fondo, cosa che il testatore avrebbe potuto realizzare con un legato *per vindicationem*, oppure anche con un legato *per damnationem*²⁹. In quest'ultima ipotesi, sarebbe stato l'erede ad assumere l'obbligo di far avere a Seio l'usufrutto.

Il fatto che Modestino preveda anche l'eventualità del legato a effetti obbligatori, dovrebbe far altresì ritenere che, nel caso in cui si fosse scelto il legato a effetti reali, l'usufrutto non trasmesso a Tizio sarebbe ricaduto direttamente nella titolarità di Seio all'apertura del testamento, mentre nel caso del legato obbligatorio, l'usufrutto sarebbe restato in capo all'erede stesso, fino all'atto di trasferimento a Seio. Sul tema, però, è documentata l'esistenza di un dibattito giurisprudenziale, che vede una parte dei giuristi propendere per un immediato passaggio della proprietà al legatario³⁰.

28 In questa prospettiva, non si ritiene completamente soddisfacente la soluzione adottata dai traduttori, che sembrano pensare a due disposizioni diverse, racchiudendo ciascuna tra autonome virgolette.

29 Si veda Gai. 2.201, quando chiarisce che *per damnationem hoc modo legamus: heres meus stichum servum meum dare damnas esto; sed et si dato scriptum fuerit, per damnationem legatum est*.

30 Si veda, al proposito, un frammento tratto dal titolo *Si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur*, Iul. 35 dig. D. 7.6.4, che farebbe pensare ad una questione non pacificamente risolta: *Fundus detracto usu fructu legatus est Titio et eiusdem fundi usus fructus Sempronio sub condicione: dixi interim cum proprietate usum fructum esse, licet placeat, cum detracto usu fructu fundus legatur, apud heredem usum fructum esse: quia pater familias cum detracto usu fructu fundum legat et alii usum fructum sub condicione, non hoc agit, ut apud heredem usus fructus remaneat*. Qui la soluzione giuliana è nel senso che, qualora l'usufrutto sia lasciato a un legatario sotto condizione, la proprietà resti comunque in capo al titolare della nuda proprietà, fino a quando la condizione non si sia realizzata. La soluzione, che però pare opposta a quella di altri, è giustificata dal giurista con un principio generale, quello secondo cui, nella traduzione di Schipani 2005, 162 «il padre di famiglia, quando lascia in legato un fondo detratto l'usufrutto, e lega ad un altro l'usufrutto

4.3 Il lascito costituito da singole annualità

Si veda ora il seguente frammento gaiano, ancora in tema di legato di usufrutto:

Gai. 5 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 33.1.8³¹: un legato lasciato per singole annualità è simile all'usufrutto, estinguendosi con la morte. Certamente non si estingue con il mutamento dello status giuridico <del legatario>, mentre l'usufrutto si estinguerrebbe; anche se l'usufrutto può anche essere legato così: «*A Tizio lego l'usufrutto del fondo e ogni qual volta egli subirà un mutamento dello status giuridico, a lui do lo stesso usufrutto*».

Il testo è tratto dal commentario alla legge *Iulia et Papia*³².

Qui il giurista discute sulle conseguenze del mutamento dello *status* giuridico del beneficiario di una disposizione testamentaria, qualora tale disposizione sia consistente in un legato formato da singole annualità. Gaio ritiene che l'esecuzione dello stesso si estingua per la morte del legatario, come se si trattasse di usufrutto; al contrario, e a differenza di quanto accadrebbe per l'usufrutto, essa non è esclusa dall'eventuale mutamento di *status*. Anche se le due situazioni sono simili, la diversa soluzione dipende dalla natura specifica dell'usufrutto, che è legato strettamente alla persona, tanto da non poter 'sopravvivere' alla *capitis deminutio*.

Da questa osservazione scaturisce il suggerimento di Gaio, che vale a ripristinare l'equiparazione tra i due istituti con una disciplina più favorevole all'usufruttuario: afferma il giurista che si può evitare l'estinzione dell'usufrutto a causa del mutamento dello *status* giuridico dell'usufruttuario, avendo l'accortezza di specificarlo espressamente con una frase *ad hoc*, che potrebbe essere concepita con le parole «ogni qual volta egli subirà un mutamento dello status giuridico, a lui do lo stesso usufrutto»³³. Procedendo nella lettura, il punto di vista di Gaio

sotto condizione, non fa questo allo scopo che l'usufrutto rimanga all'erede». Nel nostro caso, tuttavia, il legato *per damnationem* farebbe pensare alla previsione di un potere diretto dell'erede di disporre dell'usufrutto. Se così non fosse, egli, per adempiere al proprio obbligo, avrebbe dovuto ricorrere a mezzi di coazione indiretti (ad esempio, la consegna concreta del fondo solo a seguito di prestazione di garanzia, da parte di Tizio, di trasferirne l'usufrutto a Seio). Ma una simile soluzione appare alquanto macchinosa nelle implicazioni pratiche. Sullo stesso tema, cfr. Iul. 35 *dig.* D. 7.2.4; Afr. 5 *quaest.* D. 7.2.9; Iul. 35 *dig.* D. 7.5.6.

31 Gai. 5 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 33.1.8: *in singulos annos relictum legatum simile est usui fructui, cum morte finiatur. Sane capitis deminutione non finitur, cum usus fructus finiatur: et usus fructus ita legari potest: 'Tizio usum fructum fundi lego et quotiensque capite minutus erit, eundem usum fructum ei do'*. Petrucci, Saccoccio 2021, 6.

32 Lenel 1889.1, 247, ipotizza un titolo *De usufructu legato*, per il quale era prevista l'esclusione dalla disciplina dei *caduca*. Spesso l'usufrutto è trattato nei commenti a questa legge, in forza della connessione con la questione della legittimazione attiva alla *vindicatio caducorum*. Cfr. Agnati, Ammirati 2018, 44 e nt. 27. Per una trattazione generale, si veda Astolfi 1996; da ultimo, cfr. Bonin 2019. Il titolo del Digesto in cui il testo è oggi riprodotto è invece rubricato *De annuis et mensuris legatis et fideicommissis*.

33 Schnabel 2015, 47 e nt. 265; Kaser 1972, 405 ss.; Amelotti 1996, 456 ss.

si chiarisce ulteriormente: secondo il giurista, il legato di rendita e quello di usufrutto coincidono, nel senso che essi si estinguono con la morte: tuttavia, tra i due istituti corre un'importante differenza, perché nel caso della rendita la morte del legatario all'inizio dell'anno non impedisce la trasmissione al suo erede dell'ammontare relativo a quell'anno, mentre ciò non vale per l'usufrutto, che si estinguerà nel caso in cui, morto l'usufruttario, i frutti, pur già maturi, non siano ancora stati percepiti³⁴.

Il testo appare piuttosto isolato all'interno del commentario gaiano, circostanza che ne rende più difficile la contestualizzazione. Il caso si presenta come un passaggio all'interno di un discorso generale legato alla legislazione augustea, forse riferito alle fattispecie comprese nel novero dei *caduca*. Il punto che interessa qui evidenziare è quello dell'apporto del giurista, che consiste nel precisare quale possa essere il tenore della disposizione qualora si voglia evitare quello che rappresenterebbe, in virtù dell'applicazione automatica della disciplina dell'usufrutto, un ordinario effetto giuridico. La tecnica redazionale suggerita da Gaio consiste nella ripetizione della formula del lascito, con indicazione espressa dell'irrilevanza dello stato soggettivo del beneficiario.

In questo passo, come si è detto, la differenza tra le due situazioni, pur affini sul piano pratico, è data dalla diversità di regime giuridico originario: tale diversità viene vanificata dal consiglio cautelare del giurista, sul presupposto che – in questa fattispecie concreta – si possa attribuire alla volontà del disponente la forza di superare una regola vigente.

Un'altra testimonianza che coinvolge scadenze annuali successive appartiene a Ulpiano:

Ulp. 24 *ad Sab.* D. 33.1.3³⁵: Se sia lasciato un legato, ad esempio di trenta, con scadenza nel primo, nel secondo e nel terzo anno, sono dovuti dieci per ciascun anno, benché non sia stato aggiunto «*in rate uguali*». 1. Di conseguenza, anche se sia stato aggiunto «*in rate*», benché non sia stato inserito «*uguali*», e, parimenti, se sia stato scritto «*uguali*», benché non sia stato aggiunto «*in rate*», si dovrà dire che le rate siano fatte uguali. 2. Ma se sia stato aggiunto «*in rate diseguali*», saranno dovute

34 Cfr. Amler 2021, 14 s.

35 Ulp. 24 *ad Sab.* D. 33.1.3 *pr.-3*: *si legatum sit relictum annua bima trima die, triginta forte, dena per singulos debentur annos, licet non fuerit adiectum 'aequis pensionibus'*. 1. *Proinde et si adiectum fuerit 'pensionibus', licet non sit insertum 'aequis', item si scriptum fuerit 'aequis', licet non sit adiectum 'pensionibus', dicendum erit aequas fieri.* 2. *Sed si adiectum 'pensionibus inaequis', inaequales debebuntur: quae ergo debeantur, videamus. Et puto eas deberi (nisi specialiter testator electionem heredi dedit), quas vir bonus fuerit arbitratus, ut pro facultatibus defuncti et depositione patrimonii debeantur.* 3. *Sed et si fuerit adiectum 'viri boni arbitratus', hoc sequemur, ut pro positione patrimonii sine vexatione et incommodo heredis fiat.* 4. *Quid si ita 'pensionibus, quas putaverit legatarius' an totum petere possit, videamus. et puto totum non petendum simul, sicut et in heredis electione. fieri enim pensiones debere testator voluit, quantitates dumtaxat pensionum in arbitrio heredis aut legatarii contulit.* 5. *Sed si ita sit legatum 'heres meus Titio decem trima die dato', utrum pensionibus an vero post triennium debeatur? et puto sic accipiendum, quasi pater familias de annua bima trima die sensisse proponatur.* Petrucci, Saccoccio 2021, 3.

diseguali. Vediamo dunque quali rate siano dovute. E reputo che siano dovute (a meno che il testatore non diede specificamente la scelta all'erede) quelle che un uomo onesto avrebbe valutato che siano dovute in base alle facoltà <economiche> del defunto e alla condizione del patrimonio. 3. E anche se sia stato aggiunto «in base alla valutazione di un uomo onesto», ci atterremo a che le rate si facciano in base alla condizione del patrimonio, senza vessazione e incomodo dell'erede. 4. Cosa avviene se <sia stato scritto> così: «nelle rate, che avrà reputato il legatario»? Vediamo se possa richiedere l'intero. E reputo che non possa essere richiesto tutto in una volta, così come anche quando la scelta sia dell'erede. Il testatore, infatti, ha voluto che fossero dovute delle rate ed ha attribuito alla valutazione dell'erede o del legatario soltanto gli importi delle rate <stesse>. 5. «Il mio erede dia a Tizio dieci nel termine di tre anni», forse che sarebbe dovuto in rate, o invece <per intero> dopo il triennio? E reputo che debba essere compreso come se sia prospettato <nel quesito> avere il padre di famiglia inteso con il termine per il primo anno, per il secondo, per il terzo.

Il contenuto del testo è coerente con la collocazione palinogenetica, che al libro 24 *ad Sabinum* registra la rubrica *Legata quemadmodum solvantur*³⁶. Il Digesto riporta il frammento nell'apposito titolo *De annuis et mensuris legatis et fideicommissis*.

Ulpiano procede per successive esemplificazioni. Nella prima ipotesi, il testatore ha stabilito l'ammontare complessivo del legato, prevedendo che esso debba essere corrisposto in tre rate annuali, senza però specificare la consistenza di ciascuna di esse. Il giurista, nello stabilire che le tre rate debbano essere uguali, colma, di fatto, una lacuna presente nel testamento. Egli procede infatti ad una interpretazione che potremmo definire costruttiva/integrativa, perché nell'analizzare la fattispecie passa, in sostanza, dal detto al non detto. Infatti, l'unico elemento certo, esplicitato dalla disposizione di ultima volontà, è quello della scadenza in tre rate successive; l'elemento indefinito, quello dell'ammontare delle rate, è ricavato in primo luogo proponendo una soluzione lineare e di buon senso, secondo la quale le rate dovranno essere uguali. La stessa soluzione viene ritenuta operante anche nell'ipotesi in cui il testatore abbia concepito un'indicazione incompleta, formata dalla sola parola «rate» o «uguali» (anche se, a ben vedere, quest'ultima precisazione è assai più idonea della prima a fondare la lettura individuata da Ulpiano).

Nella seconda parte del testo si discute invece l'ipotesi in cui il tenore letterale del legato preveda che le rate debbano essere diseguali³⁷. Anche in questa eventualità, a meno che non sia lasciata espressamente la decisione all'erede, si possono immaginare due situazioni: se vi sia una semplice indicazione relativa alla diseguaglianza delle rate, l'elemento da considerare sarà quello della consistenza e della situazione del patrimonio, entrambe valutate rispetto alla persona del defunto, secondo il criterio del *boni viri arbitratus*. A maggior ragione, se il

36 Lenel 1889.2, 1103.

37 Camiñas 1984, 90.

parametro della valutazione del *bonus vir* sia stato esplicitamente inserito nella disposizione, esso dovrà essere applicato tenendosi presente, ancora una volta, la condizione del patrimonio, senza che ne derivi una vessazione per l'erede.

La terminologia usata da Ulpiano, *depositio patrimonii/ pro positione patrimonii*, da un lato, e *facultates*, dall'altro, mostra un'attenzione volta a considerare contemporaneamente l'aspetto dell'ammontare del patrimonio ereditario e quello della consistenza di esso sotto il profilo più marcatamente finanziario³⁸. Rileva, in ogni caso, la gestione operata dal defunto prima dell'apertura della successione, in modo da evitare un coinvolgimento del patrimonio dell'erede, che sopravvanzi la capienza dell'eredità.

Procedendosi nella disamina del testo, nel paragrafo 4 si nota un cambio di prospettiva: qui il punto di vista è quello del legatario, al quale si ammette che possa essere demandata la determinazione delle rate. In presenza di un legato la cui formulazione sia «nelle rate, che avrà reputato il legatario», la questione giuridica che viene affrontata non è tanto quella dell'ammontare delle singole rate, che sarà, appunto, determinato dal beneficiario, ma, invece, quella della possibilità o meno di chiedere l'intero in un'unica soluzione. Ulpiano giudica che questa opzione non sia praticabile, così come non lo sarebbe nel caso in cui la definizione del *quantum* fosse completamente affidata all'erede. Questa pronuncia sembra dettata dall'esigenza di rispettare alla lettera la volontà, espressa dal defunto, che il lascito abbia comunque un andamento rateale.

La stessa *ratio* guida anche la parte finale del testo, il § 5, che si occupa del legato disposto con le parole «Il mio erede dia a Tizio dieci nel termine di tre anni»: in questo caso, non può essere ritenuto che tutta la somma debba/possa essere attribuita in un'unica soluzione alla fine dei tre anni, ma che, al contrario, la formulazione impiegata debba essere intesa come riferita alla scadenza del termine relativa a ciascun anno.

È, peraltro, il § 5 l'unica parte del frammento nella quale il giurista ricorre alla esposizione del tenore del legato nella sua interezza, mentre nei paragrafi precedenti egli si limita a riportare singole clausole, tutte individuate a complemento di un legato rateale-base, il cui contenuto è richiamato, nel *principium*, in forma indiretta.

Possiamo ricavarne, sotto il profilo dell'attività di consulenza giuridica, le seguenti indicazioni: il legato da corrispondersi in rate annuali è validamente formulato anche senza la specifica indicazione dell'ammontare di ciascuna rata,

³⁸ Per qualche osservazione sulla nozione di *patrimonium*, così come descritta da Scherillo, cfr. Gnoli, Fagnoli 2018, 121 ss.; Sanfilippo 2002, 249 parla di *facultates* nel senso di 'condizioni finanziarie'. Patrimonio, invece, indica l'attitudine dei beni ad essere attribuiti alla titolarità di un soggetto specifico. Sono fuori dal patrimonio i beni che non possono essere acquisiti ai singoli e quelli che, pur suscettibili di titolarità privatistica, al momento sono senza proprietario perché, ad esempio, abbandonati, oppure perché trattasi di fiere o di gemme che si trovano sul lido del mare. Cfr. De Giorgi 1857, 195 s.

che può essere determinato in via interpretativa, ritenendosi che le rate debbano essere uguali; ma il testatore può anche decidere di lasciare libertà di decisione ai protagonisti del lascito, ammettendo esplicitamente che le rate possano essere diseguali («in rate diseguali»). In questo caso il testatore potrà fornire un criterio per la decisione («in base alla valutazione di un uomo onesto»), criterio che in ogni caso dovrà essere tenuto presente dal giudice in caso di contenzioso; viceversa, potrà essere lasciata discrezionalità all'erede o al legatario («nelle rate, che avrà reputato il legatario»), con il limite di evitare che tutta la somma sia corrisposta in un'unica soluzione.

Si impongono allora considerazioni ulteriori: *quid iuris* se la scelta del legatario ricadesse sulla pretesa di una prima rata corrispondente alla quasi totalità del lascito, seguita (ad esempio) da due ulteriori rate dalla consistenza vicina a zero? Ulpiano non contempla questa eventualità, ma si può sostenere che essa, pur formalmente rispettosa della volontà del defunto, rappresenterebbe di fatto un aggiramento della medesima. Dovrebbe allora comunque operare il principio espresso nel § 4, che si tradurrebbe concretamente nella necessità di applicare, in caso di chiamata in giudizio dell'erede, la valutazione secondo il sentire dell'uomo onesto. Il giurista non si sofferma più di tanto, invece, sulla scelta affidata all'erede, per la quale non richiama una formula³⁹. Anche in questa eventualità, comunque, egli sostiene, con un'osservazione incidentale, che non sarebbe possibile la liberazione totale con la corresponsione di un'unica rata.

Non si può essere certi che questo testo rappresenti la fotografia di un caso concreto: esso si presenta piuttosto come una disamina teorica delle modalità di esecuzione di un legato rateale, nell'ipotesi, che appare esposta in termini altrettanto teorici, di mancata indicazione dell'ammontare di ciascuna rata. Le considerazioni di tipo strettamente cautelare/preventivo sono qui associate a questioni di interpretazione successiva e, andando anche oltre, a preoccupazioni che appaiono di natura più strettamente processuale.

4.4 La servitù 'per destinazione del padre di famiglia'

Un caso concreto dà invece l'occasione a Giuliano di soffermarsi ancora su una questione di forma del legato, che si riverbera in modo consistente sulla situazione giuridica di due legatari. Siamo nel titolo 33.3, *De servitute legata*. Nell'opera giuliana *ad Minicium*, il passo apparteneva ad un titolo la cui denominazione era, probabilmente, quella più generica *De legatis*⁴⁰.

39 Anche se essa potrebbe ricavarsi applicando analogicamente quella prevista per il legatario: «nelle rate, che avrà reputato il legatario» (in latino, suonerebbe «*pensionibus, quas putaverit heres*»).

40 Lenel 1889.1, 485. Sul commento *ex Minicio* in generale, cfr. Schulz 1968, 390 ss. Il nostro testo è indicato come l'unico nel quale sia stato mantenuto il carattere lemmatico dell'opera originaria.

Giuliano, nel libro primo Da Minicio D. 33.3.1⁴¹: un tale, che aveva due locali commerciali congiunti, lasciò ciascun locale distintamente in legato a due persone. Si è posto il quesito se, qualora dal locale superiore fosse stato edificato qualcosa sull'inferiore, fosse contenuto nel legato che quello inferiore dovesse sopportare la servitù di sostenerne il peso. <Il giurista> diede il responso che si considera imposta la servitù. GIULIANO annota: consideriamo che ciò non sia vero, salvo che questa servitù sia stata imposta espressamente oppure il legato sia dato così: «Ti do in legato il mio locale come è adesso».

La fattispecie non presenta particolari difficoltà di comprensione: due locali, edificati uno sopra l'altro e appartenenti allo stesso proprietario, vengono lasciati in legato separatamente. Il problema giuridico riguarda la disciplina di quanto sia stato costruito in appoggio sul locale inferiore: ci si chiede, cioè, se si debba ritenere costituita una servitù.

Randazzo ha posto in luce come, nello *status quo ante*, i due locali fossero di fatto già legati da una *servitus oneris ferendi*, la cui esistenza tuttavia non avrebbe potuto formalmente essere riconosciuta, stante l'appartenenza dei due fondi al medesimo proprietario. Solo dopo la morte di costui e il passaggio, in via ereditaria, di ciascun locale ad un proprietario individuale, si pone il problema di rendere esplicito il rapporto di asservimento. In questo necessario passaggio si nota la diversa impostazione dei due giuristi; mentre Minicio, al quale appartiene il responso commentato da Giuliano, si era accontentato di riconoscere implicitamente l'esistenza della servitù, perché evidente sul piano pratico (oggi lo definiremmo requisito di apparenza), Giuliano annota il testo ritenendo che in ogni caso occorra una specifica dichiarazione del disponente. Più specificamente, il *dictum* raccomandato dal giurista adrianeo consiste nell'indicazione di inserire, nella formulazione del legato, la clausola «*uti nunc est*», che riproduce letteralmente la forma delle più antiche *leges mancipii*, tracciando una linea di continuità con esse.

Da un altro punto di vista, però, la struttura del testo, nel quale è evidente il profilo del *ius controversum*, rende palese una linea evolutiva destinata a sfociare in un riconoscimento della servitù anche attraverso una volontà non espressa, ma ricavabile da altri elementi⁴². Si potrebbe parlare, in questo senso, di «momento

41 Iul. 1 ex Minicio D. 33.3.1: *qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit: quaesitum est, si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, num inferiorem servire oneri ferendo in superioris tabernae legato contineretur. respondit servitutem impositam videri. Iulianus notat: videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatim haec servitus imposita est aut ita legatum datum est: 'tabernam meam uti nunc est do lego'*. Petrucci, Saccoccio 2021, 29; Bonfante 1933, 149; Randazzo 2002, 279 ss. parte dal presupposto che fosse possibile prevedere delle *leges mancipii* tali da determinare una situazione di asservimento di un fondo a un altro, situazione che talvolta fotografava uno stato di fatto preesistente, senza che l'atto ricognitivo assumesse alcun valore costitutivo.

42 Randazzo 2002, 301.

transitorio nell'elaborazione giurisprudenziale della disciplina della costituzione tacita di servitù»⁴³.

Ragionando, poi, su un piano generale, le conseguenze della *quaestio* travalicano i confini della controversia privata. Infatti, portando più avanti la riflessione, in questo frammento si coglie tutta la tensione tra quella che Randazzo chiama previsione 'ordinamentale' della servitù così configurata e la necessità che, al contrario, una limitazione a tal punto invasiva non possa prescindere da una decisione consapevole dei soggetti coinvolti. La stessa denominazione, di origine medievale, ma ancora oggi accolta dal codice civile all'art. 1062⁴⁴, di servitù per destinazione del padre di famiglia, rappresenta in qualche modo un compromesso tra queste opposte istanze.

Dal punto di vista dell'apporto giurisprudenziale, in questo frammento si contrappongono due modi di vedere, quello perfino più moderno di Minicio, per il quale la servitù può ritenersi implicitamente costituita in presenza di determinati elementi di fatto, e quello, più formalista, di Giuliano, che ritiene più prudente inglobare nella forma del legato le clausole delle antiche *leges mancipi*, al duplice scopo di rendere certo l'effetto giuridico sostanziale (la costituzione della servitù) e di scongiurare il pericolo di una controversia in tal senso. Potremmo affermare che nella pronuncia di Minicio prevalga la connotazione rispondente, in quella di Giuliano la funzione cautelare.

4.5 Il legato del fondo e dell'attrezzatura

Si vuole ora prendere in esame una controversia tra Labeone e Paolo, nella quale si torna ad affrontare l'aspetto dell'influenza della forma sulla consistenza del legato:

Lab. 1 Degli enunciati plausibili epitomati da Paolo D. 33.7.5⁴⁵: Se vuoi legare a qualcuno un fondo e le cose strumentali allo sfruttamento di esso, nulla importa in quale modo tu leghi: «il fondo con le cose strumentali» o «il fondo e le cose strumentali» o «il fondo attrezzato». PAOLO: non è così; infatti, tra quei legati, vi è questa differenza, che, se colui che così legò: «il fondo con le cose strumentali» sia morto dopo aver alienato il fondo, in base a questa scrittura nulla sarà legato; in base alle altre, potranno essere legate le cose strumentali.

43 Randazzo 2002, 302 nt. 132.

44 Per qualche osservazione in chiave diacronica, cfr. Tuccillo 2017, 115 ss.

45 Lab. 1 Πιθωνῶν a Paulo epitomatorum D. 33.7.5: *si cui fundum et instrumentum eius legare vis, nihil interest, quomodo leges 'fundum cum instrumento' an 'fundum et instrumentum' an 'fundum instructum'* Paulus: *immo contra: nam inter ea legata hoc interest, quod, si fundo alienato mortuus fuerit qui ita legavit, ex hac scriptura 'fundum cum instrumento' nihil erit legatum, ex ceteris poterit instrumentum esse legatum.* Petrucci, Saccoccio 2021, 51.

Nei *Πιθανῶν libri VIII*, opera di Labeone che ci è giunta nella versione epitomata da Paolo⁴⁶, il passo era collocato nel titolo *De legatis*⁴⁷, mentre nel Digesto i compilatori hanno formato, secondo una tecnica che si è già avuto modo di osservare, un titolo specifico per la fattispecie particolare del fondo attrezzato, rubricato *De instructo vel instrumento legato*.

La questione comincia con la chiara enunciazione dell'ambito di analisi, che coincide con il caso in cui il testatore abbia intenzione di lasciare per legato il fondo, corredato delle cose strumentali. Conviene chiarire, in primo luogo, che la nozione di fondo, genericamente intesa, intende il fondo stesso come un terreno in senso dinamico, destinato a una produzione economica, e come tale dotato di risorse, tanto materiali quanto umane⁴⁸. Lo Sardo ha recentemente posto in luce la differenza di opinioni tra giuristi, non soltanto in relazione all'opposizione tra Paolo e Labeone, ma richiamando anche l'impostazione di altri, come Ulpiano, Sabino e Cassio, che ci viene tramandata da alcuni testi collegati⁴⁹. In essi l'espressione *fundus instructus*, che risulta comprendere anche l'attrezzatura personale del proprietario del fondo, mostra di possedere un'ampiezza di valore maggiore rispetto a quella di *fundus cum instrumento*.

Ciò premesso, nella situazione concretamente esemplificata, Labeone presenta tre possibili alternative formali, che differiscono leggermente tra di loro, ed esprime la propria opinione nel senso di un'equivalenza tra esse ai fini dell'effetto giuridico voluto. Risulta perciò indifferente la formulazione scelta, che potrà essere una delle tre indicate dal giurista, cioè «*fundus cum instrumento*», «*fundus et instrumentum*», oppure anche «*fundus instructus*».

Il commento di Paolo si muove invece in un'altra direzione, cioè quella di ritenere produttive di effetti giuridici solamente due delle tre formule sopra ricordate, privando invece di qualsiasi idoneità traslativa la prima clausola. A ben guardare, però, non si tratta di pronunce perfettamente confrontabili, perché quella di Paolo non sembra valere in generale, ma per un caso specificamente indicato, cioè quello dell'alienazione del fondo avvenuta prima dell'apertura della successione⁵⁰. In questa fattispecie specifica, ritiene il giurista che non sia sufficiente ricorrere a una qualsiasi delle formule individuate, ma che occorra evitare la dicitura *fundus cum instrumentum*, perché l'impiego di essa avrebbe l'effetto di

46 Schulz 1968, 368; Vacca 1989, 120 ss.

47 Lenel 1889.1, 530.

48 Così Giomaro 2013 115 ss. e 160.

49 Così Ulp. 20 *ad Sab.* D. 33.7.12.27-28. Cfr. Lo Sardo 2020, 51 e nt. 138.

50 È la tecnica del *distinguo*, su cui cfr. Vacca 1989, 121: «il responso [...] non può e non deve invece essere necessariamente applicato ma deve invece essere necessariamente utilizzato nel ragionamento volto ad individuare la norma nel caso singolo. Spetta poi al singolo giurista confermare di volta in volta il principio già espresso o individuare la necessità di modificarlo, introducendo distinzioni ed eccezioni».

impedire qualsiasi passaggio al legatario, mentre negli altri due casi il legatario continuerebbe ad avere il diritto di ricevere il solo *instrumentum*.

L'apporto di questo giurista perfeziona e integra la soluzione di Labeone, evocando l'immagine del testatore che si rivolge ad un consulente per essere sicuro di confezionare correttamente l'atto di ultima volontà, ottenendone in cambio la prospettazione di tutte le eventualità, comprese le eventuali ripercussioni, sui futuri legatari, di un'alienazione del fondo. La differenza evidente di conseguenze giuridiche si gioca, nel commento di Paolo, su una sfumatura espressiva.

4.6 La stipulazione di garanzia dell'usufruttuario: capitale e interessi

Un ultimo caso, che si ritiene utile riportare, riguarda un legato di usufrutto in favore della moglie, rispetto al quale Papiniano consiglia uno specifico contenuto della stipulazione di garanzia:

Pap. 7 *resp.* D. 33.2.24 *pr.*⁵¹: legato alla moglie l'usufrutto di <tutti i> beni, dopo che, in ottemperanza al senatoconsulto, sia stata prestata stipulazione di garanzia <di restituzione della quantità delle cose consumabili una volta terminato l'usufrutto>, sarà prestato anche l'interesse sulle somme capitali che il defunto ha investito. Pertanto, è necessario che siano dedotti nella stipulazione di garanzia, come se fossero somme capitali, gli interessi dei crediti rimasti nell'eredità e maturati prima che la garanzia fosse interposta. Non sarà osservato lo stesso per i crediti contratti dall'erede <con capitali dell'eredità>: in questo caso, infatti, saranno dati al legatario soltanto i capitali; o <altresi>, poiché parve bene che si debbano dare <da parte dell'erede> anche gli interessi moratori, <pure> sopra questi non sarà prestata garanzia.

Il testo, che oggi appartiene al titolo del Digesto *De usu et de usu fructu et redditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis*, titolo nel quale i compilatori hanno ritenuto opportuno raggruppare la trattazione dei legati aventi uno specifico contenuto, è tratto dai *libri responsorum* di Papiniano, in particolare dal libro VII, rubricato *De legatis*⁵².

La questione dibattuta riguarda la disposizione di un legato di usufrutto su tutti i beni del marito, comprensivi anche di somme di denaro. Si richiede alla moglie legataria di prestare una garanzia per la restituzione, non solamente del capitale, ma anche degli interessi eventualmente maturati a seguito di investimenti compiuti in precedenza dal *de cuius*. Il giurista richiama espressamente la

51 Pap. 7 *resp.* D. 33.2.24 *pr.*: *uxori fructu bonorum legato faenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex senatus consulto cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis: tunc enim sortes dumtaxat legatario dabuntur aut, quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur.* Petrucci, Saccoccio 2021, 20.

52 Lenel 1889.1, 912). Come si vede, l'intitolazione giustiniana suggerisce, come accade anche nei libri 30-32, l'avvenuta equiparazione dei legati ai fedecommissi.

disposizione di un senatoconsulto, che sarebbe da identificarsi con quello cui fanno riferimento anche i *Tituli ex corpore Ulpiani* in Ulp. 24.26-27⁵³.

Per questa ipotesi, la Longo ha posto in evidenza la differenza sostanziale che intercorre tra l'ordinaria *cautio fructuaria*, che ha la funzione di rafforzare sul piano pretorio un obbligo, quello di restituzione, già previsto dal *ius civile*, e la *cautio* richiesta dal senatoconsulto per il caso delle cose consumabili, la quale rappresenta una vera e propria condizione per il passaggio della proprietà. La *cautio* «diventa elemento integrante della disciplina contribuendo in modo determinante al sorgere del rapporto reale-obbligatorio *ex senatoconsulto*: l'efficacia traslativa di proprietà non si produce se alla *datio*, da parte dell'erede, delle cose consumabili non si accompagna la prestazione, da parte del legatario, della *cautio* che appare quindi 'funzionale' all'attuazione del legato»⁵⁴.

Ricostruito brevemente il caso, interessa soffermarsi ora sull'apporto del giurista. Trattandosi di un responso, si potrebbe immaginare una richiesta di parere a Papiniano basata su una situazione concreta, forse un conflitto tra erede e legataria, relativo all'ammontare complessivo del legato. La specificazione della spettanza all'usufruttaria anche degli interessi, che il defunto aveva guadagnato sulle somme date in usufrutto, viene sostanzialmente bilanciata dall'obbligo di restituire, alla scadenza, anche questi. Il passo non permette di definire con precisione in quale momento della vicenda successoria sia stato chiamato in causa Papiniano, se, cioè, il parere sia stato reso prima della prestazione della garanzia, in costanza di usufrutto o, addirittura, alla morte della beneficiaria. L'unico dato che sembra potersi ricavare con certezza è la raccomandazione di inserire esplicitamente nella formulazione della *stipulatio* di garanzia anche la menzione, appunto, degli interessi, pur non essendo riportato letteralmente il tenore della relativa clausola. Per questo lo stile papiniano fa pensare, in questo punto, a una già avvenuta generalizzazione del principio, più che a una sua originaria enunciazione, ma resta comunque evidente il ruolo centrale dell'elaborazione del giurista nella corretta determinazione del contenuto negoziale, strettamente dipendente, a propria volta, dalle vicende concrete del legato.

5. Il giurista-notaio tra interpretazione e consiglio

Corbino ha affermato che nell'esperienza negoziale romana le forme «sono servite ad assicurare la serietà, l'obiettiva riconoscibilità e l'efficacia della volontà e a rendere conseguentemente stabili i risultati ai quali si indirizzava il

53 Secondo Longo 2007, 484 nt. 15, il provvedimento affonderebbe le proprie radici nel I sec. a.C., epoca che fu teatro delle riforme augustee in tema di matrimonio.

54 Longo 2007, 497 s. Nella seconda parte del *principium* si esclude invece la restituzione degli interessi nell'ipotesi in cui i capitali oggetto di usufrutto derivino da crediti procurati dall'erede dopo che sia diventato tale. In tal caso spetteranno tuttavia all'usufruttario gli interessi moratori, senza che venga richiesta la prestazione della *cautio*.

comportamento»⁵⁵. Con uno sguardo più ampio, Irti ha ulteriormente osservato che «il diritto non “vive” il mondo, ma lo pensa e costruisce secondo le proprie forme»⁵⁶.

Muovendo da questi presupposti, è ora tempo di riassumere gli esiti della ricerca, pur parziale, condotta in queste pagine. Lasciando da parte le peculiarità dell'epoca romana arcaica, di cui si è detto all'inizio, è giunto il momento di ri-affrontare la questione introdotta in apertura: se, cioè, si possa affermare che in età classica il giurista esercitasse di fatto un'attività equiparabile a quella notarile.

Com'è risultato chiaro, i passi sopra analizzati sono solamente alcuni dei tanti individuabili: è tuttavia possibile tracciare qualche riflessione complessiva, partendo dalla considerazione che essi, anche se riferiti a istituti diversi, sono accomunati dalla modalità espositiva, consistente nel ricorso all'esemplificazione (più o meno) diretta delle clausole negoziali. L'occasione è di solito fornita da un caso concreto, reale o fittizio, dal quale origina la discussione. Si tratta, per lo più, di questioni interpretative che solo *a posteriori* sfociano in specifici consigli cautelari, ma, a volte, si incontrano anche consigli cautelari in senso stretto.

Ripercorrendo brevemente la strada di indagine che si è fin qui dipanata, ci si muoverà evidenziando di volta in volta la finalità perseguita dalla pronuncia relativa alla forma del negozio. Per farlo, si procederà a richiamare le singole clausole negoziali incontrate nel corso dell'indagine, così come costruite dai giuristi.

«Allud aut illud fieri spondes? si nihil eorum factum erit, tantum dabis?»; «si mihi neque filius neque filia heres erit» (Iul. Lib. sing. de amb. D. 34.5.13.5)⁵⁷.

Le due determinazioni negoziali sono descritte sotto forma, diremmo oggi, di virgolettato. Nello specifico, nel caso in cui lo stipulante deduca in stipulazione più cose, delle quali desidera che una sola sia fatta, deve stare attento a che la propria intenzione non venga vanificata da una formulazione ambigua. L'attenzione alla disposizione delle parole si accompagna, in altri termini, all'intento di riprodurre esattamente la volontà del disponente.

Nello stesso passo, risponde alla medesima *ratio* anche la soluzione proposta qualora l'intento di un testatore sia quello di rendere erede un estraneo solo nel caso in cui non gli siano eredi né un figlio, né una figlia; Giuliano individua l'unica formulazione adatta, escludendo altre possibili versioni dell'istituzione di erede, che non sarebbero di efficacia univoca rispetto al risultato perseguito.

«Titio fundum detracto usu fructu lego: vel Seio eiusdem fundi usum fructum heres dato» (Mod. Lib. sing. de her. D. 33.2.19)⁵⁸.

55 Corbino 2006, 15.

56 Irti 2020, 10.

57 Cfr. *supra*, § 4.1.

58 Cfr. *supra*, § 4.2.

Rinviando alla disamina già compiuta per una valutazione critica del passo, sia sufficiente ricordare che in esso si discute il modo più consono per disporre con legato, separatamente, della nuda proprietà e dell'usufrutto. La pronuncia cautelare è occasionata dalla necessità di interpretare correttamente una disposizione la cui lettera dia adito a dubbi, non come mero esercizio di virtuosismo, ma al fine di determinare la consistenza economica del legato.

«*Titio usum fructum fundi lego et quotiensque capite minutus erit, eundem usum fructum ei do*»
(Gai. 5 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 33.1.8)⁵⁹.

Gaio spiega come equiparare l'usufrutto al legato di annualità, per evitare che si produca l'estinzione con il mutamento di *status* del beneficiario. Il giurista passa dal piano dell'interpretazione a quello della consulenza: la formula letterale da lui individuata serve a rendere applicabile all'usufrutto la disciplina di un istituto affine.

«*Tabernam meam uti nunc est do lego*» (Iul. 1 *ad Min.* 33.3.1)⁶⁰.

Giuliano ingloba nella formula del legato una clausola che il diritto antico riservava alle *leges* aggiunte alla *mancipatio*, allo scopo di rendere certa la costituzione di una servitù tra due locali originariamente appartenenti allo stesso proprietario e successivamente lasciati a due diversi legatari. Disporre con la formula indicata mette al riparo il legatario del fondo dominante dal rischio di soccombenza in un'eventuale azione volta a negare la sussistenza della servitù, molto più di quanto accadrebbe in assenza della specificazione (anche se, secondo Minicio, la servitù deve ritenersi implicitamente costituita). In questo intervento giurisprudenziale, pare di poter osservare che prevalga sulle altre la finalità di riduzione del contenzioso.

In due ulteriori casi ci vengono riferite non le clausole complete, ma parti di esse.

«*Fundum cum instrumento*», «*fundum et instrumentum*», «*fundum instructum*» (Lab. 1 Πιθανῶν a Paulo *epitomatorum* D. 33.7.5)⁶¹.

«*Aequis pensionibus*», «*pensionibus*», «*aequis*», «*inaequis pensionibus*», «*boni viri arbitratu*», «*pensionibus, quas putaverit legatarius*» (Ulp. 24 *ad Sab.* D. 33.1.3)⁶².

La controversia tra Labeone e Paolo, di cui dà notizia il passo appena ricordato, verte sul tema del trasferimento, attraverso un legato *per vindicationem*, del fondo con l'*instrumentum*. Le alternative in gioco, pur solo lievemente differenti,

59 Cfr. *supra*, § 4.3.

60 Cfr. *supra*, § 4.4.

61 Cfr. *supra*, § 4.5.

62 Cfr. *supra*, § 4.3.

sono tre: la scelta di una di esse in certi casi non pregiudica l'operatività del legato, mentre in certi altri il ricorso all'una o all'altra formulazione incide direttamente sulla stessa validità del legato e, indirettamente, sulla possibilità di darvi esecuzione. Permea il passo, appunto, la preoccupazione di concepire una disposizione valida. Da un altro punto di vista, quello della rilevanza della minima differenza espressiva, il testo si collega con il già visto Mod. D. 34.5.13.6, in tema di istituzione di erede.

Sempre rimanendo in un ambito contiguo al precedente, nel passaggio ulpiano l'interpretazione ruota intorno ad un legato il cui tenore letterale non è riportato direttamente, ma rispetto al quale Ulpiano fornisce una serie di suggerimenti sulle parole con cui potrebbe essere formulato, restando comunque valido.

Come si è visto, una lettura ragionata del testo può portare a individuarne un ulteriore intento, cioè quello di fissare, 'a monte', la linea di giudizio da seguire in una eventuale controversia. I principi guida sono, da un lato, il rispetto della volontà del defunto di suddividere il lascito in rate successive, rispetto che non deve essere solamente formale, ma anche sostanziale, come dimostra il divieto, in ogni caso operante, di scegliere il pagamento in un'unica soluzione; dall'altro lato, il criterio di valutazione dell'uomo onesto, che deve essere applicato nella decisione sull'ammontare delle singole rate, ma anche, si può azzardare, dal giudice in caso di azione.

In chiusura, corre l'obbligo di giustificare l'inserimento nel novero delle fonti commentate di Pap. 7 *resp.* D. 33.2.24 *pr.*, dato che esso rappresenta un'eccezione rispetto al richiamo delle clausole negoziali in forma diretta. In effetti, il giurista riferisce in modo discorsivo il contenuto della *cautio fructuaria*, per sottolineare che, qualora l'oggetto dell'usufrutto sia fatto di cose consumabili, si ritiene opportuno che in quella siano compresi, oltre al capitale, anche gli interessi:

«usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est» (Pap. 7 *resp.* D. 33.2.24 *pr.*)⁶³.

Anche se qui l'assetto della *cautio* è individuato con un riferimento indiretto e non con un suggerimento sul tenore letterale appropriato, il passaggio si ritiene importante come paradigma dell'esistenza – anche – di una forma di attività consulente dei giuristi, finalizzata a determinare con precisione non solo la forma, ma anche, ovviamente, il contenuto dei negozi, ancora una volta allo scopo ultimo di precostituire una situazione atta a scoraggiare le contestazioni⁶⁴.

63 Cfr. *supra*, § 4.6.

64 Scorrendo le fonti si trovano innumerevoli esempi di definizione di contenuti di negozi, sia *inter vivos* che *mortis causa*. *Ex multis*, cfr. Paul. 3 *ad Sab.* D. 33.2.1: non può essere legato né l'uso, né l'usufrutto della <servitù> di passaggio di persone, di passaggio di bestiame e carri, di via, di acquedotto, poiché non può esistere una servitù di servitù [...] (*Nec usus nec usus*

È il momento di concludere. Le fonti analizzate non valgono certo a negare l'idea che i precursori dei notai siano stati i *tabelliones* e i *notarii*, soggetti ai quali tradizionalmente, anche per assonanza lessicale, viene riservato questo ruolo⁶⁵. Il nesso si individua in modo davvero pregnante soprattutto dall'età postclassica in poi, quando si fanno strada le regole di redazione e di attribuzione di pubblicità al documento (il cosiddetto *instrumentum publice confectum*).

Pare però riduttivo ritenere che quello con i *tabelliones* e i *notarii* sia l'unico parallelo possibile: come si è visto, in età classica sono invece per lo più le opere giurisprudenziali a mostrare operatori giuridici impegnati sia in attività di redazione, riconducibili all'art. 1 della legge notarile odierna, sia – e in grande quantità – in attività sovrapponibili a quelle dell'art. 47: anche se queste ultime, è vero, erano spesso praticate in via incidentale e *a posteriori* rispetto all'interpretazione di atti negoziali esistenti, credo che si possa ricavare, con un buon grado di certezza, che esse fossero svolte regolarmente anche in via, per così dire, preventiva.

Già Schulz, del resto, aveva sottolineato come, fin dai tempi della repubblica romana, la categoria dei redattori di documenti non fosse uniforme, al punto che tale compito talvolta veniva esercitato dagli stessi giureconsulti; accanto ad essi, «figuravano dei pratici più umili, che traevano la sussistenza dal loro modesto sapere giuridico redigendo documenti legali»⁶⁶. Costoro erano, appunto, i *tabelliones*. Lo studioso, a proposito dell'epigrafe in precedenza citata, celebrativa dell'attività del redattore Pomponio, era giunto ad affermare, significativamente, che «egli non era un avvocatuccio, come Mommsen lo chiamò [...], ma un notariuccio»⁶⁷. Lungi dal voler ribaltare la prospettiva tradizionale, sostenendo *tout court* che gli antenati romanistici dei notai siano stati i giuristi, si deve osservare che proprio nel dualismo *tabellio-iurisperitus* troviamo la radice della duplice funzione che ancora oggi, in diversi ordinamenti europei, vediamo esercitata dai notai stessi⁶⁸.

Tornando ancora per un momento alle testimonianze giurisprudenziali analizzate nelle pagine precedenti, possiamo da esse enucleare il principio secondo

fructus itineris actus viae aequeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest [...]; lo stesso Paolo si riferisce a entrambe le tipologie negoziali in Paul. 3 *ad Sab.* D. 33.2.3: anche le attività lavorative di un uomo libero possono essere legate, così come essere locate e dedotte in una stipulazione (*Hominis quoque liberi operae legari possunt, sicut locari et in stipulationem deduci*).

65 Ancora oggi l'art. 18 c. 4 della legge notarile fa riferimento alla ricezione del «sigillo o segno di tabellionato», la cui disciplina è enunciata anche all'art. 23.

66 Schulz 1968, 198.

67 Schulz 1968, 199 nt. 3. Cfr. *supra*, § 3.

68 A titolo esemplificativo, in Germania la professione è regolamentata dalla *Bundesnotarordnung*, (*BNotO*), la legge federale: i notai possono svolgere la loro attività come liberi professionisti o anche come dipendenti pubblici, oltre che esercitare parallelamente la professione di avvocato (si parla, in tal caso, di *Annaltsnotare*). Per la complessa evoluzione del notariato francese, si rinvia a Hilaire 2003.

cui l'attenzione alla correttezza formale non si esauriva certamente in sé, ma rispondeva alla necessità di garantire la validità dei negozi, la corretta determinazione del contenuto, la riduzione del contenzioso, realizzando, in sostanza, le finalità dell'attività notarile: un'interazione virtuosa tra forma e sostanza, dove la prima è al servizio della seconda.

Qualche secolo dopo tale concetto sarà espresso da Dante, in una veste letteraria particolarmente raffinata, con una frase che appare idonea a sintetizzare lo studio qui condotto: «in ciascuna cosa, che ha dentro e di fuori, è impossibile venire al dentro, se prima non si viene al di fuori»⁶⁹.

Bibliografia

- Agnati, Ammirati 2018 = U. Agnati, S. Ammirati, *P.Oxy. XVII 2089*, in *Giurisprudenza romana nei papiri. Tracce per una ricerca*, a cura di D. Mantovani, S. Ammirati, Pavia, 2018.
- Amelotti, Costamagna 1975 = M. Amelotti, G. Costamagna, *Alle origini del notariato italiano*, Roma, 1975.
- Amelotti 1996 = M. Amelotti, *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1996, 456 ss.
- Amelotti M. 1978 = M. Amelotti, *Notaio (Diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, 27 (1978), 553 ss.
- Amler 2021 = M.T. Amler, *Renten- & Ratenlegat*, Linz, 2021.
- Arangio-Ruiz 1943 = FIRA, 3, *Negotia*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Firenze, 1943.
- Arces 2015 = P. Arces, *La rilevanza della componente fiduciaria nelle disposizioni mortis causa nel diritto romano arcaico e classico*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 66 (2015), 133 ss.
- Astolfi 1996 = R. Astolfi, *La Lex Iulia et Papia*, Padova, 1996.
- Bonfante 1933 = P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 3, *I diritti reali*, Roma, 1933.
- Bonin 2019 = F. Bonin, *Tra ius antiquum, lex Iulia e lex Papia: il complesso destino dei caduca in età augustea*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 12 (2019). https://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/wp-content/uploads/2021/12/2019_Contributi_Bonin.pdf
- Camiñas 1984 = J.G. Camiñas, *De calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1984.
- Corbino 2006 = S. Corbino, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 2006.
- De Buján 2005 = A.F. De Buján, *Documentación y notariado en Derecho Romano*, in «*Ruta Cicloturísticas del Románico*», 23 (2005), 256 ss.

⁶⁹ *Convivio* II, cap. 1.

- De Giorgi 1857 = A. De Giorgi, *Elementi del diritto romano considerato nel suo storico svolgimento*, Padova, 1857.
- Giomaro 2013 = A.M. Giomaro, *Dall'instruere all'instrumentum e viceversa nell'economia della Roma antica*, in *Studi Urbinati, A-Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 62 (2013), 115 ss.
- Gnoli, Fargnoli 2018 = F. Gnoli, I. Fargnoli, *Institutiones iuris romani*, Milano, 2018.
- Guarino 1977 = A. Guarino, *Ineptiae iurisconsultorum*, in *Labeo*, 23 (1977), 263 ss.
- Hilaire 2003 = J. Hilaire, *La scienza dei notai. La lunga storia del notariato in Francia*, Milano, 2003.
- Irti 2020 = N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Napoli, 2020.
- Kaser 1972 = M. Kaser, *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars*, in *Studi Scherillo*, 1, Milano, 1972, 405 ss.
- Lenel 1889.1 = O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, vol. 1, Lipsia, 1889.
- Lenel 1889.2 = O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, vol. 2, Lipsia, 1889.
- Lo Sardo 2020 = G. Lo Sardo, *La circolazione mortis causa dell'azienda (Notariato: rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuali)*, Milano, 2020.
- Longo 2007 = S. Longo, *Alle radici dell'usufrutto di res, quae usu consumuntur*, in *Studi Nicosia*, 1, Milano, 2007, 477 ss.
- Luzzatto 1971 = G.I. Luzzatto, *Tabelliones*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 18, Torino, 1971, 1014 ss.
- Martina, Ogrin, Torzi, Cettuzzi 1994 = M. Martina, M. Ogrin, I. Torzi, G. Cettuzzi (traduzione a cura di), Cicerone, *L'oratore*, Milano, 1994.
- Ong 2014 = W.J. Ong, *Orality and Literacy. The Technologizing of the Word*, 3, London-New York, 2012, traduzione italiana di A. Calanchi (*Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 2014).
- Orestano 1987 = R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.
- Petrucci, Saccoccio 2014 = *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, testo e traduzione, V.1, libri 28-32, a cura di A. Petrucci e A. Saccoccio, Milano, 2014.
- Petrucci, Saccoccio 2021 = *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, testo e traduzione, V.2, libri 33-36, a cura di A. Petrucci e A. Saccoccio, Milano, 2021.
- Procchi 2005 = F. Procchi, *Della culpa in contrahendo, ossia Del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione / Rudolf von Jhering: traduzione dal tedesco e nota di lettura di Federico Procchi*, Napoli, 2005.
- Pulitanò 2022 = F. Pulitanò, *Alle origini della funzione notarile*, in *Mediazione notarile. Forme e linguaggi tra Medioevo ed Età Moderna (Quaderni degli Studi di Storia Medioevale e di Diplomatica)*, 6, Milano-Torino, 2022, 5 ss.
- Randazzo 2002 = S. Randazzo, *Servitus iure imposita, destinazione del padre di famiglia e costituzione ipso iure della servitù*, in *Rivista di diritto romano*, 2 (2002). <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02randazzo.pdf>

- Sanfilippo 2002 = C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*, X ed., Soveria Mannelli, 2002.
- Scarano Ussani 1987 = V. Scarano Ussani, *L'utilità e la certezza: compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987.
- Schipani 2005 = *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, libri 28-32, testo e traduzione, V.1, sotto la direzione di S. Schipani con la collaborazione di L. Lantella, a cura di A. Petrucci e A. Saccoccio, Milano, 2005.
- Schnabel 2015 = C. Schnabel, *Der solutionis causa adiectus im römischen Recht*, München, 2015.
- Schulz 1968 = F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, traduzione italiana di G. Nocera, Firenze, 1968.
- Signorini 2014 = R. Signorini, *D.34.5 "De rebus dubiis". Profili sistematici e rassegna casistica*, Milano, 2014.
- Spina 2012 = A. Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei Responsa di Cervidio Scevola*, Milano, 2012.
- Torrente, Schlesinger 2019 = A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*²⁴, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2019.
- Tuccillo 2017 = F. Tuccillo, *Algunas notas sobre las servidumbres prediales en la tradición romanística y en las modernas codificaciones*, in *Revista internacional de derecho romano*, 19 (2017), 96 ss.
- Vacca 1989 = L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989.
- Voci 1967 = P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 1², Milano, 1967.
- Wieling 1972 = H.J. Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München, 1972.